FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 18 maj 2000 *

1. Kommissionen har den 28 juli 1998 väckt talan mot Republiken Österrike för att inte på riktigt sätt ha uppfyllt vissa av sina skyldigheter enligt rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar [1] (nedan kallat direktivet). Skyldigheterna i fråga har samband med skyldigheten att förbjuda penningtvätt och att säkerställa att kreditinstitut och finansiella institut ser till att kunden legitimerar sig.

Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

Penningtvättdirektivets syfte och innehåll

2. Det skall för det första påpekas att direktivet i fråga antogs på grundval av artiklarna 57.2 första och andra meningen och 100a i EEG-fördraget (artiklarna 57.2 första och andra meningen och 100a i EG-fördraget efter ändring genom Fördraget om Europeiska unionen och nu artiklarna 47.2 första och andra meningen EG och 95 EG efter ändring genom Amsterdamfördraget). Genom bestämmelserna i fråga föreskrivs i huvudsak att rådet genom beslut som fattats genom kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen och i samarbete med Europaparlamentet skall besluta om "direktiv om samordning av medlemsstaternas bestämmelser i lagar och andra författningar om upptagande och utövande av förvärvsverksamhet som egenföretagare" samt om "åtgärder för tillnärmning av sådana bestämmelser i lagar och andra författningar i medlemsstaterna som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera".

3. Direktivet har ett dubbelt syfte. Det skall reglera villkoren för att få bedriva kredit- och finansverksamhet utifrån principen att "[n]är kreditinstitut och finansiella institut utnyttjas för tvättning av sådana tillgångar som erhållits genom brottslig verksamhet... kan detta allvarligt äventyra sundheten och stabiliteten i det ifrågavarande institutet

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 166, s. 77; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 68.

och minska allmänhetens förtroende för hela det finansiella systemet".[2] Direktivet syftar vidare till att säkerställa att den inre marknaden fungerar väl, med hänsyn till att "[o]m gemenskapen inte ingriper mot tvättning av pengar, kan detta leda till att medlemsstaterna för att skydda sina finansiella system vidtar åtgärder som inte är förenliga med fullbordandet av den inre marknaden".[3] Detta förklarar de två olika rättsgrunder som använts vid antagande av direktivet. Mer allmänt är direktivet avsett att förhindra att "de som tvättar pengar", "om inte vissa åtgärder för samordning på gemenskapsnivå vidtas", "för att underlätta sin brottsliga verksamhet... försök[er att] dra nytta av den frihet för kapitalrörelser och den frihet att tillhandahålla finansiella tjänster som hör till det integrerade finansiella området".[4]

4. Det skall i det avseendet framhållas att tvättning av pengar — som ses som en form av "brottslighet, som utgör en särskild samhällsfara i medlemsstaterna"[5] — i direktivet definieras på ett sätt som är direkt hämtat från Förenta nationernas konvention mot olaglig handel med narkotika och psykotropa preparat antagen den 19 december 1988 i Wien och mer allmänt, med avseende på all brottslig verksamhet, genom Europarådets konvention om tvättning, uppspårande, beslag och förverkande av utbyte av brott, vilken öppnats för undertecknande den 8 november 1990 i Strasbourg.[6] Definitionen, som återfinns i artikel 1 tredje strecksatsen i direktivet, omfattar fyra typer av "förfaranden när de sker uppsåtligt": a) "Omvandling eller överföring av egendom i vetskap om att egendomen härrör från brott eller från medverkan till brott och i syfte att hemlighålla eller dölja egendomens olagliga ursprung, eller för att hjälpa någon som är delaktig i sådan verksamhet att undandra sig de rättsliga följderna av sitt handlande." b) "Hemlighållande eller döljande av en viss egendoms rätta beskaffenhet eller ursprung, av dess belägenhet, av förfogandet över den, av dess förflyttning, av de rättigheter som är knutna till den, eller av äganderätten till den, i vetskap om att egendomen härrör från brott eller från medverkan till brott." c) "Förvärv, innehav eller brukande av egendom i vetskap om, vid tiden för mottagandet, att egendomen härrörde från brott eller från medverkan till brott." d) "Medverkan till överenskommelse att utföra, försök och medhjälp till, främjande och underlättande av, samt rådgivning för utförande av någon av de gärningar som sägs i föregående strecksatser." Vad gäller sådan brottslig verksamhet får vetskap, uppsåt och ändamål härledas ur objektiva, faktiska omständigheter. Enligt direktivet skall dessutom "[t]vättning av pengar betraktas som sådan även i fall då de gärningar, som frambringat den egendom som skall tvättas, begåtts inom någon annan medlemsstats eller ett tredje lands territorium."

5. Efter dessa allmänna anmärkningar skall jag i korthet uppehålla mig vid de bestäm-

2 — Första övervägandet.
3 — Första meningen i andra övervägandet.
4 — Andra meningen i andra övervägandet.
5 — Andra meningen i tredje övervägandet.
6 — Fjärde och nionde övervägandet.

melser i direktivet som är väsentliga i detta mål.

6. I artikel 2 i direktivet uppställs ett allmänt förbud mot tvättning av pengar, som "förenat med lämpliga åtgärder och påföljder, är en nödvändig förutsättning för att bekämpa denna företeelse". [7] Förbudet har följande lydelse: "Medlemsstaterna skall se till att tvättning av pengar, enligt definitionen i detta direktiv, är förbjuden".

7. I artikel 3 stadgas att kreditinstitut och finansiella institut skall kräva att deras kunder styrker sin identitet "för att hindra dem som tvättar pengar att utnyttja anonymiteten för sin brottsliga verksamhet". [8] I artikel 3 föreskrivs särskilt olika regler för *fasta* kunder och för *tillfälliga* kunder hos kreditinstituten och de finansiella instituten. Enligt artikel 3.1 skall medlemsstaterna se till att de nämnda instituten kräver av sina fasta kunder att de "styrker sin identitet när ett affärsförhållande inleds, särskilt då ett sparkonto eller annat konto öppnas och då bankfackstjänster erbjuds". De tillfälliga kundernas identitet måste enligt artikel 3.2 fastställas "då transaktionen gäller ett belopp motsvarande 15 000 ecu eller mer, vare sig transaktionen genomförs på en gång eller i flera led som verkar ha samband". Om summan "inte är känd då transaktionen utförs, skall det berörda institutet begära identifikation så snart det fått kännedom om summan och konstaterat att gränsvärdet uppnåtts".

8. Två bestämmelser avsedda att förstärka direktivets ändamålsenliga verkan återfinns i artikel 3.5 och 3.6. I artikel 3.5 föreskrivs att i de fall då det råder osäkerhet om kunderna handlar för egen del, samt i de fall då det står klart att de inte handlar för egen del "skall kreditinstituten och de finansiella instituten vidta lämpliga åtgärder för att skaffa sig upplysningar om den verkliga identiteten hos de personer, för vilkas räkning kunderna i fråga handlar". I den sistnämnda bestämmelsen krävs av kreditinstituten och av de finansiella instituten att de skall genomföra identifikation av kunden även om transaktionsbeloppet är lägre än föreskrivet gränsvärde, "närhelst det föreligger misstanke om tvättning av pengar".

9. I samband med den sistnämnda bestämmelsen finns det även anledning att påminna om att artiklarna 5 och 6 i direktivet allmänt föreskriver en skyldighet för medlemsstaterna att se till att "kreditinstitut och finansiella institut med särskild uppmärksamhet granskar alla transaktioner som de, med hänsyn till transaktioner-

7 — Tionde övervägandet.
8 — Elfte övervägandet.

nas natur, bedömer med särskilt stor sannolikhet kunna ha samband med tvättning av pengar" [9] och "samarbetar fullt ut med de myndigheter som har att bekämpa tvättning av pengar".

10. I artikel 14 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna "skall vidta de åtgärder som behövs för fullständig tillämpning av alla bestämmelser i detta direktiv och skall särskilt föreskriva vilka påföljder som skall gälla vid överträdelse av regler som antagits på grund av detta direktiv".

11. I artikel 16.1 i direktivet fastställdes fristen för att införliva direktivet med den nationella lagstiftningen till den 1 januari 1993.

Andra tillämpliga bestämmelser

12. Enligt artikel 5 första stycket i EG-fördraget (nu artikel 10 första stycket EG) skall medlemsstaterna "vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av... åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner", medan det i artikel 189 tredje stycket i EG-fördraget (nu artikel 249 tredje stycket EG) stadgas att "ett direktiv skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet".

13. Genom rådets och kommissionens beslut 94/1/EKSG, EG av den 13 december 1993 om ingående av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet mellan Europeiska gemenskaperna, deras medlemsstater och Finland, Island, Liechtenstein, Norge, Schweiz, Sverige och Österrike [10] och genom rådets och kommissionens beslut 94/2/EKSG, EG av den 13 december 1993 om ingående av protokollet med justeringar av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet mellan Europeiska gemenskaperna, deras medlemsstater och Republiken Finland, Republiken Island, Furstendömet Liechtenstein, Konungariket Norge, Konungariket Sverige och Republiken Österrike [11] godkändes avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet) och protokollet till detta. EES-avtalet trädde i kraft den 1 januari 1994. [12]

9 — I trettonde övervägandet anges att instituten i fråga "bör ägna särskild uppmärksamhet åt transaktioner med sådana tredje länder, vilka i fråga om tvättning av pengar inte tillämpar normer, som är jämförbara med dem som införts av gemenskapen, eller andra likvärdiga normer som lagts fast i internationella fora och som antagits av gemenskapen".

10 — EGT 1994, L 1, s. 1; svensk specialutgåva, område 2, volym 11, s. 37.

11 — Ibidem, s. 571; svensk specialutgåva, område 2, volym 11, s. 38.

12 — Se meddelande om tidpunkten för ikraftträdande av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och av protokollet om anpassning av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT 1994, L 1, s. 606).

14. I artikel 7 i EES-avtalet föreskrivs att "[r]ättsakter som det hänvisas till eller som ingår i bilagorna till detta avtal... skall vara bindande för de avtalsslutande parterna samt... införlivas med deras interna rättsordning." Enligt artikel 36.2 i avtalet återfinns de särskilda bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster i bilagorna IX, x och XI till EES-avtalet. I punkt II, iii) nr 23 i bilaga IX till EES-avtalet, vilken avser finansiella tjänster, omnämns direktivet om tvättning av pengar.

15. I artikel 108 i EES-avtalet föreskrivs att de EFTA-stater, som undertecknar avtalet, skall inrätta ett oberoende övervakningsorgan, kallat EFTA:s övervakningsmyndighet samt liknande förfaranden som de som finns i gemenskapen för att säkerställa att skyldigheterna enligt avtalet uppfylls. Genom avtalet mellan EFTA-staterna av den 2 maj 1992 om inrättande av en övervakningsmyndighet och en domstol [13] infördes bland annat ett fördragsbrottsförfarande som i stora delar liknar det förfarande som föreskrivs i artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG). Vad beträffar förevarande mål skall påpekas att övervakningsmyndigheten enligt artikel 31 i avtalet genom föreläggande kan anmoda en EFTA-stat att inkomma med yttrande om eventuellt åsidosättande av skyldigheterna enligt EES-avtalet.

16. Fördraget om Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till Europeiska unionen [14] trädde i kraft den 1 januari 1995, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 2.2 i fördraget. I akten om villkoren för Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till Europeiska unionen [15] (nedan kallad anslutningsakten), som är en bilaga till nämnda fördrag i vilket den utgör en integrerad del, föreskrivs i artikel 2 att från dagen för anslutningen "är bestämmelserna i de grundläggande fördragen och i rättsakter som har antagits av institutionerna före anslutningen bindande för de nya medlemsstaterna och skall tillämpas i dessa på de villkor som fördragen och denna anslutningsakt anger". Enligt artikel 166 i anslutningsakten skall "efter anslutningen... direktiv... enligt artikel 189 i EG-fördraget... anses vara riktade till de nya medlemsstaterna, i den utsträckning dessa direktiv... är riktade till alla de nuvarande medlemsstaterna". Vidare "skall direktiven... anses ha anmälts till de nya medlemsstaterna vid anslutningen". Enligt artikel 168 i anslutningsakten skall slutligen "de nya medlemsstaterna vidta de åtgärder som är nödvändiga för att från dagen för anslutningen följa bestämmelser i

13 — EGT 1994, L 344, s. 1.

14 — EGT 1994, L 241, s. 9.

15 — EGT 1994, C 241, s. 21.

direktiv... enligt artikel 189 i Rom-fördraget..., om någon annan dag för detta inte anges i förteckningen i bilaga XIX eller i någon annan bestämmelse i denna anslutningsakt." Direktivet om tvättning av pengar omnämns inte i sagda bilaga och är heller inte föremål för särskilda bestämmelser i anslutningsakten.

17. Slutligen skall några övergångsbestämmelser nämnas som är tillämpliga på sådana fördragsbrottsförfaranden om fördragsbrott som inletts av EFTA:s övervakningsmyndighet före de nya medlemsstaternas anslutning till Europeiska unionen. Enligt artikel 172.6 och 172.7 i anslutningsakten skall "[f]rån dagen för anslutningen... de nya medlemsstaterna säkerställa att alla andra ärenden, som före anslutningen har väckts hos EFTA:s övervakningsmyndighet inom ramen för övervakningsförfarandet enligt EES-avtalet, utan dröjsmål lämnas över till kommissionen för fortsatt handläggning enligt relevanta gemenskapsbestämmelser och med bibehållen rätt för intressenter att bli hörda" varvid "de beslut som EFTA:s övervakningsmyndighet har fattat (skall) fortsätta att gälla efter anslutningen, om inte kommissionen bestämmer något annat genom ett motiverat beslut i överensstämmelse med gemenskapsrättens grundläggande principer".

Tillämplig nationell lagstiftning

Inledande anmärkningar

18. Jag skall här endast lämna sådana uppgifter om den nationella lagstiftningen som är relevanta i förevarande mål. Denna lagstiftning omfattar i huvudsak vissa bestämmelser i den österrikiska strafflagen [16] (nedan kallad StGB), i den österrikiska banklagen [17] (nedan kallad BWG) och i den österrikiska depositionslagen [18] (nedan kallad DG), samt vissa officiella meddelanden från Österrikes riksbank. [19]

Straffrätten

19. Inom straffrätten återfinns i 165 § i StGB en uttrycklig bestämmelse om brottet "tvättning av pengar", som i huvudsak definieras som undangömmande av egendom som härrör från andras brottsliga

16 — Strafgesetzbuch (*BGBl.* nr 60/1974 och senare ändringar). Ändringar av intresse i förevarande mål är 1993 års ändring (*BGBl.* nr 527/1993), 1996 års ändring (*BGBl.* nr 762/1996) och 1998 års ändring (*BGBl.* nr 153/1998).

17 — Bankwesengesetz (*BGBl.* nr 63/1979 och senare ändringar). Ändringar av intresse i förevarande mål är 1993 års ändring (*BGBl.* nr 532/1993), 1996 års ändring (*BGBl.* nr 446/1996) och 1998 års ändring (*BGBl.* nr 11/1998).

18 — Depotgesetz (*BGBl.* nr 424/1969 och senare ändringar).

19 — Kundmachungen der Österreichischen Nationalbank DL 1/91, DL 2/91 och DL 1/99, som den österrikiska regeringen på begäran av domstolen överlämnat den 3 februari 2000.

verksamhet eller döljer dess härkomst genom att lämna oriktiga uppgifter om dess ursprung, dess rätta beskaffenhet, äganderätten eller andra rättigheter till den, rätten att förfoga över den, överlåtelse av den eller dess belägenhet. [20] Fram till år 1998 var penningtvätt endast straffbert om den egendom som undanhållits eller vars ursprung dolts hade ett "värde som överstiger 100 000 ATS". I samband med att rekvisiten för brottet omformulerades i syfte att göra kampen mot penningtvätt mer effektiv upphävdes detta villkor med verkan från och med den 1 oktober 1998. Dessutom stadgas att det är att anse som försvårande omständigheter att den tvättade egendomen har "ett värde som överstiger 500 000 ATS" eller att gärningsmannen är medlem av en kriminell organisation. [21] Ett undantag har införts vid aktiv ånger från gärningsmännens sida [22].

Banklagstiftningen

20. Det skall framhållas att Österrikes banklagstiftning innehåller bestämmelser avsedda att bekämpa penningtvätt. I 40 § i BWG föreskrivs särskilt om en skyldighet för kreditinstituten och de finansiella instituten att kräva att kunderna legitimerar sig, när a) ett varaktigt affärsförhållande inleds, b) transaktioner genomförs som trots att de inte faller inom ramen för ett varaktigt affärsförhållande uppgår till ett värde om minst 200 000 ATS, vare sig transaktionen genomförs på en gång eller i flera led som verkar ha samband, varvid det anges att det belopp som transaktionen avser inte är känt skall kunden legitimera sig när beloppet är känt eller när det konstateras att det föreskrivna gränsvärdet har uppnåtts, c) det finns grundad misstanke om att kunden deltar i penningtvätt. Kreditinstituten och de finansiella instituten skall dessutom fråga sina kunder om de vill ha affärsförhållandet för egen del eller för utomståendes räkning och i det senare fallet ange uppdragsgivarens identitet.

21. Fram till den 31 juli 1996 fanns det i de ovannämnda bestämmelserna om kunders legitimering undantag för bland annat öppnande av "sparkonton" ("Sparbücher") och "värdepapperskonton" ("Wertpapierkonten"), samt för transaktioner som berör dessa konton, utan hinder av vad Österrikes riksbank har föreskrivit för i Österrike bosatta personer och för "utlänningar" ("Ausländer"). [23] Skyldigheten att fastställa kundens identitet har från och med den 1 augusti 1996, och med verkan från denna dag, utvidgats till att omfatta öppnandet av värdepapperskonton. [24] För transaktioner som genomförs från dessa konton eller till dessa konton har skyldigheten dock

20 — Enligt den österrikiska straffrätten bestraffas häleri enligt 164 § i StGB. Rekvisiten för häleri skiljer sig från rekvisiten för penningtvätt såtillvida att medhjälpsmomentet överväger i fråga om häleri, nämligen medhjälpen till gärningsmannen som begår förmögenhetsbrottet i syfte att dölja eller utnyttja vinsterna från brottet.

21 — I den mening som avses i 278a § i StGB.

22 — I 165 § i StGB.

23 — Se i detta avseende punkterna 8.2.2 och 8.2.3 i det officiella meddelandet ("Kundmachung") från Österrikes riksbank DL 2/91, i dess lydelse efter ändring genom officiellt meddelande DL 1/99. Enligt punkterna 2.2.1 och 2.2.2 i det officiella meddelandet DL 1/91 anses som "utlänningar" ("Ausländer") i huvudsak personer som inte är bosatta i Österrike.

24 — Bestämmelser om dessa konton återfinns i 11 § i DG, vari fastställs en rad särskilda skyldigheter för det kreditinstitut hos vilket de öppnas.

inskränkts till att omfatta mottagande och förvärv av värdepapper.[25] Undantaget för öppnande av sparkonton, såväl som för transaktioner i samband med dessa, har dock bibehållits.

22. Bestämmelser om sparkonton återfinns i 31 och 32 §§ i BWG. Bestämmelserna avser i huvudsak insättning av medel — hos härför godkända kreditinstitut — som inte används för genomförande av betalningstransaktioner utan endast för investeringsändamål, och från vilka penningsummor därför kan tas ut endast på vissa villkor och mot uppvisande av särskilda dokument (sparbanksböcker), som är utställda på namnet eller på innehavaren. När det gäller sparbanksböcker som är utställda på innehavaren kan tillgången till kontot göras beroende av att kunden anger ett särskilt "lösenord". Det kan vad gäller förevarande mål noteras att de enda transaktioner som är tillåtna vad avser sparkonton är insättningar och uttag som noteras i sparbanksboken och att det i princip inte är möjligt att från dessa konton skriva ut checkar eller att göra överföringar, även om överföringar till sparkonton kan göras av tredje man. Kontona i fråga är räntebärande till överenskommen räntesats, och räntorna beräknas och utbetalas vanligen vid kalenderårets slut, det vill säga den dag som vanligen sammanfaller med insättningens förfallodag.[26]

25 — Se 40 § femte stycket i BWG.

26 — 32 § femte stycket i BWG. Sparkonton kan för övrigt bindas för viss tid.

Fördragsbrottsförfarandet

Förfarandet inför EFTA:s övervakningsmyndighet

23. EES-avtalet trädde i kraft den 1 januari 1994. I samband därmed begärde EFTA:s övervakningsmyndighet genom skrivelse av den 17 juni 1994 att den österrikiska regeringen skulle lämna ingående uppgifter om de nationella bestämmelserna för införlivande av direktivet om penningtvätt. De österrikiska myndigheterna tillhandahöll denna information genom skrivelse av den 25 juli 1994.

24. Efter att ha tagit del av denna information översände EFTA:s övervakningsmyndighet den 9 december 1994 till den österrikiska regeringen ett föreläggande i den mening som avses i artikel 31 i avtalet mellan EFTA-staterna av den 2 maj 1992 om upprättande av en övervakningsmyndighet och en domstol och anmodade denna regering att utan dröjsmål rätta sig efter alla de bestämmelser i direktivet som dittills inte genomförts. De österrikiska myndigheterna besvarade skrivelsen den 9 januari 1995 och hänvisade i stor utsträckning till vad som redan framförts i skrivelse av den 25 juli 1994.

25. Österrikes anslutning till Europeiska unionen ägde rum den 1 januari 1995. I enlighet med föreskrifterna i artikel 172.6 i

anslutningsakten överlämnade EFTA:s övervakningsmyndighet hela den skriftväxling som förts med den österrikiska regeringen till kommissionen för fortsatt handläggning.

Förfarandet inför kommissionen

26. Kommissionen beslutade den 20 december 1995 att återuppta fördragsbrottsförfarandet och anmodade den österrikiska regeringen att inkomma med sina synpunkter på ett visst antal anmärkningar om att skyldigheterna enligt direktivet inte uppfyllts. I detta syfte sändes den 14 februari 1996 en formell underrättelse i enlighet med artikel 169 första stycket i EG-fördraget (nu artikel 226 EG första stycket). Den österrikiska regeringen framförde sina synpunkter i skrivelse från dess ständiga representation av den 12 april 1997. Kommissionen fann dock inte att dessa synpunkter var tillfredsställande.

27. Kommissionen var övertygad om att det förelåg fördragsbrott och beslöt att tillställa den österrikiska regeringen ett motiverat yttrande i den mening och med den verkan som avses i artikel 169 första stycket i EG-fördraget. Det motiverade yttrandet delgavs genom skrivelse av den 21 februari 1997. De österrikiska myndigheterna svarade på detta första gången den 4 april 1997 genom skrivelse från finansförbundsministern och därefter den 17 april 1997 genom skrivelse från deras ständiga representation. Kommissionen fann båda dessa svar vara otillfredsställande.

28. Kommissionen fastställde således att det fortfarande förelåg fördragsbrott och beslöt att i enlighet med artikel 169 andra stycket i EG-fördraget (nu artikel 226 andra stycket EG) väcka förevarande talan, vilken inkom till domstolens kansli den 28 juli 1998.

Parternas yrkanden

29. Kommissionen har i sin ansökan i huvudsak yrkat att domstolen skall

1. fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt EG-fördraget samt enligt artiklarna 2 samt 3.1, 3.5 och 3.6 i direktivet genom att

   — begränsa förbudet mot penningtvätt i 165 § i Strafgesetzbuch till belopp som överstiger 100 000 schilling,

   — föreskriva att kunder som öppnar ett värdepapperskonto först från

och med den 1 augusti 1996 är skyldiga att legitimera sig i stället för från och med den 1 januari 1994 (då avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet trädde i kraft),

— inte föreskriva att kunden skall legitimera sig i samband med varje transaktion som utförs till eller från ett befintligt värdepapperskonto utan endast i 40 § femte stycket i Bankwesengesetz föreskriva att kundens identitet skall fastställas enbart i samband med mottagande och förvärv av värdepapper för ett värdepapperskonto,

— inte föreskriva att kunden från och med den 1 januari 1994 skall legitimera sig i samband med öppnandet av ett sparkonto,

— inte föreskriva att kunden skall legitimera sig i samband med varje transaktion avseende ett sparkonto som öppnats före eller efter den 1 januari 1994.

2. förplikta Republiken Österrike att ersätta rättegångskostnaderna.

30. I repliken[27] ändrade kommissionen den första anmärkningen mot den österrikiska regeringen och yrkade att domstolen skulle "fastställa att Republiken Österrike har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget och enligt artikel 2 i direktivet... genom att först från och med den 1 oktober 1998 utvidga förbudet mot penningtvätt enligt 165 § i StGB till att omfatta egendom vars värde understiger 100 000 ATS". Kommissionen har även yrkat att domstolen skall "fastställa att invändningen i punkt IV i svarsinlagan inte kan tas upp till prövning",[28] det vill säga undantaget om rättsstridighet som den österrikiska regeringen har gjort avseende artikel 3 i direktivet.

31. Den österrikiska regeringen har för sin del yrkat att domstolen skall

— ogilla talan i sin helhet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

27 — Punkt 1.4 i repliken. På grund av uppenbart bristande samordning återgavs denna ändring inte i sammanfattningen i slutet av repliken (punkt 4.1.1).

28 — Punkt 4.2 i repliken.

Tidpunkten för inträdet av den österrikiska regeringens skyldighet att följa bestämmelserna i direktivet

Parternas ståndpunkter

32. Kommissionen har genom sin talan yrkat att den 1 januari 1994, dagen för EES-avtalets ikraftträdande, skall fastställas som tidpunkt för inträdet av den österrikiska regeringens skyldighet att rätta sig efter bestämmelserna i direktivet [29] och att det därför skall anses att det rättsstridiga handlingssätt som läggs denna regering till last har påbörjats vid denna tidpunkt. Kommissionen har dock inte ens i sin replik [30] förklarat skälen till sin inställning, frånsett en vag hänvisning till de ovannämnda bestämmelserna i artiklarna 7 och 36 i EES-avtalet om den bindande karaktären av de gemenskapsakter som nämns i bilaga IX till avtalet — till vilka direktivet om penningtvätt hör — och de fördragsslutande parternas skyldighet att införliva dem med sina nationella rättsordningar.

33. Även om den österrikiska regeringen under det skriftliga förfarandet inte uttryckligen har bestridit kommissionens påstående om tidpunkten för skyldigheten att rätta sig efter bestämmelserna i direktivet [31] har nämnda regering vid sammanträdet den 15 mars 2000 dock anfört att skyldigheten kan uppstå först vid tidpunkten för Österrikes anslutning till Europeiska unionen, det vill säga den 1 januari 1995, och att fastställandet av det påstådda fördragsbrottet under perioden från den 1 januari 1994 — dagen för EES-avtalets ikraftträdande — till den 31 december 1994 inte omfattas av domstolens behörighet.

Generaladvokatens bedömning

34. Även om de har framförts sent förefaller mig de kritiska synpunkter på kommissionens ståndpunkt som den österrikiska regeringen har framfört vid den muntliga förhandlingen vara övertygande, även med avseende på den rättspraxis från domstolen som har utvecklats kring förhållandet mellan gemenskapens rättsordning och den andra rättsordning som följer av EES-avtalet.

35. Det skall i detta avseende noteras att redan befintliga gemenskapsdirektiv enligt den ovannämnda artikeln 166 i anslutningsakten skall anses vara riktade till de nya medlemsstaterna — däribland Republiken Österrike — *från tidpunkten för*

29 — Se punkt 17 i ansökan i vilken det hänvisas till föreläggandet av den 14 februari 1996 och till det motiverade yttrandet av den 21 februari 1997.

30 — I punkt 31 i repliken återges detta påstående utan vidare kommentarer.

31 — Se kapitel B.4 i svarsinlagan, vari frågan om retroaktivt införlivande av direktivet behandlas, men tidpunkten för införlivandet emellertid inte ifrågasätts.

anslutningen. De nya medlemsstaterna behandlas som om direktiven anmälts till dem *vid anslutningen*. Vidare måste de nya medlemsstaterna enligt den redan nämnda artikel 168 i anslutningsakten endast vidta nödvändiga åtgärder för att följa bestämmelserna i befintliga direktiv *från dagen för anslutningen*, såvida inte andra frister för införlivande har föreskrivits för dessa direktiv. Enligt dessa bestämmelser kan den österrikiska regeringens skyldighet att följa direktivet om penningtvätt ha inträtt först den 1 januari 1995, dagen för Österrikes anslutning till Europeiska unionen, då det inte har föreskrivits någon annan särskild frist i bilagorna till anslutningsakten. Domstolen förefaller för övrigt att, i den enda dom som tidigare meddelats i detta ämne, [32] implicit ha funnit att Republiken Österrike var skyldig att följa gemenskapsrätten först från och med dess anslutning till Europeiska unionen den 1 januari 1995. [33]

36. Visserligen var de fördragsslutande parterna — däribland Österrike — enligt artikel 7 i EES-avtalet skyldiga att införliva de i bilagorna till avtalet nämnda direktiven — däribland direktivet om penningtvätt — från tidpunkten för avtalets ikraftträdande. Denna skyldighet ingick dock i den särskilda rättsordning som skapats mellan gemenskapen och EFTA-staterna till följd av EES-avtalet, enligt vilken endast EFTA-domstolen var och är behörig att döma i tvister med avseende på EFTA-staterna. Efter anslutningen är Republiken Österrike dock en del av gemenskapen och omfattas sedan den 1 januari 1995 av gemenskapsrätten. Dess handlingssätt skall således bedömas enligt denna rätt. Att mot denna bakgrund godta att fördragsbrott som delvis avser perioder — även begränsade sådana — under vilka denna stat visserligen var part i EES-avtalet, men ännu inte hade anslutit sig till Europeiska unionen skulle kunna läggas Österrike till last, innebär att domstolen ges behörighet att avgöra tvister för vilka den i fråga om materiellt tillämpningsområde (*ratione materiae*) inte är behörig. Detta har bekräftats av vad domstolen på senare tid har fastställt i två domar om förhandsavgöranden som berör Sverige [34] respektive Österrike [35] vilka avser en medlemsstats ansvar för skador som har uppkommit genom att vissa direktiv inte har införlivats på ett korrekt sätt. I den förstnämnda domen har domstolen bland annat fastställt att den inte är behörig att uttala sig om tolkningen av EES-avtalet vad avser dess tillämpning i EFTA-staterna, varken på grundval av EG-fördraget eller på grundval av EES-avtalet, och att "omständigheten att den berörda EFTA-staten sedermera har blivit medlem av Europeiska unionen inte... (kan)... få till följd att EG-domstolen ges behörighet att

32 — Dom av den 28 oktober 1999 i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike (REG 1999, s. I-7479). Domen avser gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling i samband med anbudsförfarande för tilldelning av uppdrag för arbeten vid ett nytt förvaltnings- och kulturcentrum i Sankt Pölten.

33 — Domstolen har i punkt 63 i den ovannämnda domen fastställt följande: "Kommissionen har för det första påpekat att Republiken Österrike, *sedan den blev medlem i Europeiska unionen den 1 januari 1995*, är skyldig att iaktta gemenskapsreglerna, till vilka direktiven om offentlig upphandling hör" (min kursivering). Att domstolen, i domskälen (punkterna 74—79), för övrigt inte vidare nämner vid vilken tidpunkt skyldigheten att följa de tillämpliga direktiven inträder, beror enligt min mening endast på att detta förefaller vara utan betydelse för avgörandet av målet, som särskilt avser "kontrakt (som) ingicks före den 6 februari 1996 men som den 7 mars 1996 ännu inte hade genomförts, eller som, så långt det var möjligt, skulle ha kunnat hävas" (punkt 79), det vill säga verksamhet vars verkan i sin helhet inträder *efter* Österrikes anslutning till Europeiska unionen. Generaladvokaten Alber föreslog å sin sida, i sitt förslag till avgörande (punkt 59), att frågan om när de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling blev tillämpliga för Republiken Österrike skulle lämnas därhän, eftersom reglerna i vart fall blev tillämpliga för Republiken Österrike genom dess anslutning till Europeiska gemenskapen.

34 — Dom av den 15 juni 1999 i mål C-321/97, Andersson och Wåkeräs-Andersson (REG 1999, s. I-3551).

35 — Dom av den 15 juni 1999 i mål C-140/97, Rechberger m.fl. (REG 1999, s. I-3499).

tolka EES-avtalet vad avser dess tillämpning i situationer som inte omfattas av gemenskapens rättsordning".[36] Det fastställdes vidare att "domstolens behörighet innefattar... att tolka gemenskapsrätten, i vilken EES-avtalet utgör en integrerad del, vad avser dess tillämpning i de nya medlemsstaterna *från och med anslutningsdagen*".[37] I den andra domen fastställde domstolen att den "varken enligt artikel 177 i fördraget eller enligt EES-avtalet är behörig att uttala sig om tolkningen av EES-avtalet vad beträffar Republiken Österrikes tillämpning av detta under perioden före dess anslutning till Europeiska unionen",[38] och att den således "inte (är) behörig att uttala sig om frågan huruvida en medlemsstat som har anslutit sig till Europeiska unionen den 1 januari 1995"[39] har införlivat bestämmelserna i ett direktiv på ett korrekt sätt efter denna dag. Av dessa domar följer att från gemenskapsrättens synpunkt kan endast sådant handlingssätt från medlemsstaternas sida som avser perioder efter deras anslutning till Europeiska unionen granskas av kommissionen och dömas av domstolen. Domstolen har visserligen i några domar[40] före de ovannämnda domarna funnit att tillämpningsområdet för vissa bestämmelser i EG-fördraget kan utvidgas till att omfatta "verkningarna av situationer som uppstått innan denna nya medlemsstat anslöt sig till gemenskaperna",[41] men har dock gjort detta beroende av förutsättningen, att bestämmelserna skall vara tvingande för denna stat först från tidpunkten för dess anslutning till Europeiska unionen.[42] Undantag av detta slag kan dessutom enbart rättfärdigas på grundval av hur viktig den fastställda principen är — i de konkreta fallen handlade det om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet — och hur allvarlig överträdelsen av denna princip är. Dessa kriterier förpliktar domstolen att med särskild uppmärksamhet bedöma den subjektiva ställningen hos de näringsidkare som drabbats av nationella åtgärder som strider mot gemenskapsrätten.[43]

37. Man kan enligt min uppfattning inte finna några goda motargument i övergångsbestämmelserna i artikel 172.6 och 172.7 i anslutningsakten. om förfaranden som inletts av EFTA:s övervakningsmyndighet. I dessa bestämmelser föreskrivs

36 — Domen i målet Andersson, punkt 30.

37 — Ibidem, punkt 31 (min kursivering).

38 — Domen i målet Rechberger, punkt 38.

39 — Ibidem, punkt 40. Se även punkt 44, i vilken det uttryckligen talas om "Republiken Österrikes skyldighet enligt gemenskapsrätten att genomföra direktivet efter sin anslutning till Europeiska unionen den 1 januari 1995".

40 — Dom av den 26 september 1996 i mål C-43/95, Data Delecta och Forsberg (REG 1996, s. I-4661), och dom av den 2 oktober 1997 i mål C-122/96, Saldanha och MTS (REG 1997, s. I-5325). De två domarna avsåg frågan huruvida den svenska respektive den österrikiska lagstiftningen om skyldighet att ställa säkerhet för rättegångskostnader (*cautio indicatum solvi*) är förenlig med artikel 6 i EG-fördraget (nu artikel 12 EG i ändrad lydelse).

41 — Domen i målet Saldanha och MTS, punkt 14.

42 — I de två ovannämnda målen framhöll generaladvokat La Pergola att frågor avseende faktiska omständigheter som inträffat före en annan medlemsstats anslutning inte omfattas av det tidsmässiga tillämpningsområdet för EG-fördraget. Se särskilt punkterna 11 och 12 i förslaget till avgörande i målet Saldanha och MTS (REG 1997, s. I-5327).

43 — Domstolen har nämligen understrukit att "talan... har samband med utövandet av grundläggande friheter som garanteras av gemenskapsrätten" (domen i målet Saldanha och MTS, punkt 17).

nämligen att de fall som inom ramen för övervakningsförfarandet har initierats hos övervakningsmyndigheten skall lämnas över till kommissionen efter anslutningen av en medlemsstat som tidigare var fördragsslutande part i EES-avtalet, och att beslut som fattas av denna myndighet fortsätter att gälla även efter anslutningen. I bestämmelserna sägs dock ingenting om från vilken dag skyldigheten inträder för regeringen i den nya medlemsstaten att följa gemenskapsrätten, eller från vilken tidpunkt kommissionen kan granska överträdelser av denna rätt. I detta avseende kan endast hänvisas till de ovannämnda artiklarna 166 och 168 i anslutningsakten, av vilka det framgår att tidpunkten i fråga sammanfaller med tidpunkten för den nya medlemsstatens anslutning till Europeiska unionen. [44]

österrikiska regeringen som avser perioden från den 1 januari 1994, dagen för EES-avtalets ikraftträdande, till den 1 januari 1995, dagen för Österrikes anslutning till Europeiska unionen.

Påstått åsidosättande av skyldigheten att se till att penningtvätt förbjuds

Kommissionens ursprungliga invändningar och ändringen av dessa efter talans väckande

38. Mot bakgrund av vad ovan anförts är jag därför av den uppfattningen att domstolen skall förklara [45] att den inte är behörig att fatta beslut om den del av kommissionens invändningar mot den

39. Kommissionen har i sin ansökan i förevarande mål för det första yrkat att domstolen skall fastställa att den österrikiska regeringen inte har uppfyllt den skyldighet som föreskrivs i artikel 2 i direktivet, varigenom medlemsstaterna åläggs att se till att tvättning av pengar förbjuds, då nämnda regering har begränsat tillämpningsområdet för brottet penningtvätt — som regleras och straffbeläggs i 165 § i StGB — enbart till belopp som överstiger 100 000 ATS. Kommissionen kritiserar med andra ord Österrike för att i strid med bestämmelsen i direktivet, som förpliktar medlemsstaterna att *ständigt och oinskränkt* förbjuda tvättning av pengar, ha föreskrivit ett *minimibelopp* för straffbarheten av sådana transaktioner.

44 — Denna lösning är inte tillfredsställande, då den inte medger att kommissionen granskar eller, i förekommande fall, att domstolen bedömer sådant uppträdande hos en ny medlemsstat som strider mot gemenskapsrätten — vari EES-avtalet ingår som en väsentlig del — som förekommit under avtalets giltighet men före denna stats anslutning till Europeiska unionen. Det rör sig om en begränsad tidsrymd under vilken en medlemsstat så att säga ges ett slags immunitet för det förgångna. Visserligen kan olagligt uppträdande under denna tidsrymd teoretiskt beivras av EFTA:s övervakningsmyndighet och dömas av EFTA-domstolen, men denna möjlighet är i praktiken utesluten genom de ytterst begränsade bestämmelserna i artikel 5 i avtalet om övergångsbestämmelser för tiden efter vissa EFTA-stateras anslutning till Europeiska unionen.

45 — Enligt den princip som kan härledas ur artikel 92.1 i rättegångsreglerna.

40. Den österrikiska regeringen har genom skrivelse från justitieförbundsministern av den 28 augusti 1998 till kommissionen och därefter i svarsinlagan,[46] som inlämnats den 9 oktober 1998, meddelat att 165 § i StGB hade ändrats på lämpligt sätt genom en förbundslag som antagits av Nationalrat i juli 1998 och som offentliggjorts i augusti 1998.[47] Genom denna ändring slopades minimibeloppet om 100 000 ATS med verkan från och med den 1 oktober 1998.

41. Sedan kommissionen hade fått kännedom om ändringen av den ifrågasatta nationella bestämmelsen vidtog även den i repliken[48]) en ändring av den ursprungliga formuleringen av invändningen mot den österrikiska regeringen och yrkade att domstolen skulle "fastställa att Republiken Österrike har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget och enligt artikel 2 i direktivet genom att... först från och med den 1 oktober 1998 utvidga förbudet mot penningtvätt enligt 165 § i StGB till att omfatta belopp som understiger 100 000 ATS". I sammanfattningen i slutet av repliken nämns inte denna ändring, till följd av uppenbart bristande samordning.

42. Den österrikiska regeringen har i sin motreplik noterat kommissionens ändring av invändningen utan att uttala sig om huruvida den kan tas upp till prövning.

Generaladvokatens bedömning av huruvida ändringen av den ursprungliga invändningen efter talans väckande kan tas upp till prövning

43. Som jag redan har angett har den österrikiska regeringen i motrepliken inte invänt att kommissionens ändring av den ursprungliga invändningen inte kan tas upp till prövning. Enligt artikel 92.2 i rättegångsreglerna kan domstolen dock när som helst på eget initiativ pröva om talan skall avvisas till följd av att det föreligger ett rättegångshinder som inte kan avhjälpas. I föreliggande fall inverkar kommissionens vidtagna ändring på avgränsningen av föremålet för tvisten och innebär att de processuella garantierna enligt fördraget ifrågasätts, så att bedömningen av om denna ändring kan tas upp till prövning kan falla under den nämnda processuella bestämmelsen.[49]

44. Det skall inledningsvis noteras att enligt fast rättspraxis "[avgränsas] föremålet för talan... av kommissionens formella underrättelse till den berörda medlemsstaten och dess efterföljande motiverade yttrande, och det får därefter inte utvidgas",[50] eftersom den berörda statens möjlighet att försvara sig utgör en väsentlig garanti för att det fördragsbrottsförfarande som inletts mot denna stat genomförs korrekt.[51] I förevarande mål har det inte

46 — Punkt II.1 i svarsinlagan.

47 — *BGBl.* nr 153/1998.

48 — Punkt 1.4 i repliken.

49 — Fast rättspraxis. Se bland annat dom av den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen (REG 1993, s. I-3203; svensk specialutgåva, volym 14, s. 213), punkt 13.

50 — Dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. 7773), punkt 23.

51 — Se bland annat dom av den 17 september 1996 i mål C-289/94, kommissionen mot Italien (REG 1996, s. I-4405), punkt 15.

bestridits att den invändning som ursprungligen formulerats i ansökan är densamma som kommissionen har framfört till Österrike i formell underrättelse av den 14 februari 1996 och i motiverat yttrande av den 21 februari 1997. Ur denna synpunkt har kommissionen till fullo iakttagit reglerna om fördragsbrottsförfarande. Den fråga som uppkommer avser uteslutande det följande skedet efter talans väckande: det bör prövas huruvida det kan anses att den av kommissionen vidtagna ändringen av invändningen i fråga kan tas upp till prövning.

45. Jag hyser allvarliga tvivel om detta. Av rättspraxis framgår att, inom ramen för ett förfarande som syftar till att fastställa att en medlemsstat inte uppfyllt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten, föremålet för en tvist kan ändras efter talans väckande på grund av uppträdande som kan tillskrivas den klandrade staten, men endast i den meningen att invändningen begränsas eller att föremålet för tvisten *begränsas*.[52] Däremot tillåts inte ändringar i ansökan som väsentligen ändrar eller utvidgar föremålet för tvisten, genom att nya invändningar framförs eller att de som redan föreligger skärps, eftersom sådana ändringar skulle innebära åsidosättande av den berörda medlemsstatens rätt till försvar.[53] I föreliggande fall hade kommissionen, efter att ha tagit del av en sådan ändring i den klandrade nationella lagstiftningen som kommissionen förordat, kunnat bibehålla sin ansökan oförändrad och yrka att fördragsbrottet skulle fastställas med hänvisning till den tidpunkt när det motiverade yttrandet avgavs, eller delvis frånträda sitt yrkande på den punkten. Kommissionen har i stället valt en tredje väg, vars negativa följder den uppenbarligen inte varit medveten om. Kommissionen har ändrat invändningarna och yrkat att domstolen skall fastställa att Österrike inte har uppfyllt skyldigheterna enligt direktivet, genom att först från och med den 1 oktober 1998 slopa minimibeloppet enligt 165 § i StGB och därmed lämna den föregående perioden öppen. Kommissionen har på detta sätt i grunden ändrat innehållet i sina anmärkningar, genom att omvandla dem från *otillräcklig kvantitativ räckvidd* av förbudet mot penningtvätt till *bristande retroaktiv verkan* av den nya lag som införts år 1998. Jag anser därför att den ändring som företagits i repliken —

52 — Se exempelvis dom av den 12 oktober 1995 i mål C-257/94, kommissionen mot Italien (REG 1995, s. I-3041), punkt 4, och dom av den 14 december 1995 i mål C-17/95, kommissionen mot Frankrike (REG 1995, s. I-4895), punkt 4. I det sistnämnda målet talar generaladvokat La Pergola om "delvis återkallelse av talan" för att definiera de fall där anmärkningarna begränsas sedan ansökan inlämnats (se fotnot 4 i förslaget till avgörande i mål C-17/95, REG 1995, s. I-4896).

53 — Se dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. 229), punkterna 15 och 19, samt generaladvokat Tesauros förslag till avgörande (REG 1993, s. I-3373), punkt 7. Domstolen fastställde att tillägget av de nya invändningar som kommissionen rest i samband med repliken avseende information från den danska regeringen i dess svarsinlaga inte kunde tas upp till sakprövning. I dom av den 25 april 1996 i mål C-274/93, kommissionen mot Luxemburg (REG 1996, s. I-2019), punkterna 11—13 har domstolen — med enligt min uppfattning överdriven formalism — förklarat att en ansökan om att det skall fastställas att den luxemburgska regeringen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter att införliva bestämmelserna i ett direktiv inte kan tas upp till prövning, eftersom kommissionen efter att ha angivit "ett antal bestämmelser som inte införlivats i den luxemburgska lagen" sedermera har yrkat att domstolen "skall fastställa att Storhertigdömet Luxemburg inte har vidtagit alla de åtgärder som är nödvändiga för att följa direktivet"och därigenom ha hindrat den medlemsstat som är svarande — som för övrigt inte avhördes under förfarandet — "att ta ställning till kommissionens anmärkningar avseende det bristfälliga införlivandet av vissa närmare angivna bestämmelser i direktivet".

oberoende av varje övervägande om huruvida den är välgrundad [54] — innebär en ny anmärkning, som uppenbarligen inte tidigare behandlats i det administrativa förfarande som enligt bestämmelserna i EG-fördraget borde ha inletts.

46. Av dessa skäl föreslår jag att domstolen skall förklara att den nya anmärkning som kommissionen, i utbyte mot den ursprungliga, har gjort i repliken inte kan tas upp till prövning.

Skyldigheten att se till att kreditinstitut och finansiella institut kräver legitimation av sina kunder

Kommissionens ståndpunkt

47. Som redan har framgått måste medlemsstaterna enligt artikel 3 i direktivet se till att kreditinstitut och finansiella institut av sina fasta kunder och — vid transaktioner av ett värde motsvarande 15 000 ecu eller mer — av sina tillfällighetskunder kräver att de styrker sin identitet, för att förhindra att de som ägnar sig åt tvättning av pengar gynnas av anonymiteten. Kommissionen tolkar denna bestämmelse som ett uttryck för en sådan allmän princip som, med anledning av ett internationellt alltmer ökande medvetande om riskerna och farorna med tvättning av pengar, har införts genom direktivet, nämligen att alla former av anonymitet inom bank- och finansväsendet skall motverkas. Principen grundar sig på antagandet att anonymitet *objektivt* främjar uppkomsten av sådana kriminella företeelser som riktas mot "tvättning" av förtjänster från olaglig verksamhet. Kommissionen har därvidlag uttryckligen hänvisat till [55] de initiativ som tagits av de främsta internationella organisationerna (Förenta nationerna, Europarådet etc.) och i synnerhet till rekommendationerna från "finansiella aktionsgruppen mot tvättning av pengar" ("Financial Action Task Force on Money Laundering") som bildats vid Parismötet i juli 1989 mellan de sju ledande industrinationerna. [56] I samband med dessa tankegångar har bestämmelserna i artikel 3.5 och 3.6 i direktivet en särskild betydelse. Enligt denna artikel skall kreditinstituten och de finansiella instituten i de fall det råder osäkerhet om huruvida kunden handlar för egen del eller då det står klart att kunden inte handlar för egen del, skaffa sig upplysningar om identiteten hos uppdragsgivaren och, närhelst det föreligger misstanke om tvättning av pengar, alltid kräva att kunden legitimerar sig.

48. I enlighet med detta resonemang anser kommissionen att den ovannämnda arti-

54 — Kommissionen har nämligen sammanfattningsvis av Österrike begärt — kanske utan att vara medveten därom — att det utvidgade straffansvaret för tvättning av pengar på belopp som understiger 100 000 ATS skall ges retroaktiv verkan. Detta krav står dock i strid med principen "att en strafflag inte får tillämpas extensivt till nackdel för den åtalade, vilken är en följd av den straffrättsliga legalitetsprincipen och, mer allmänt, av principen om rättssäkerhet" (se dom av den 12 december 1996 i de förenade målen C-74/95 och C-129/95, brottmål mot X, REG 1996, s. I-6609, punkt 25).

55 — Se särskilt punkt 44 i ansökan och punkt 8 i repliken.

56 — I direktivet hänvisas även till denna sammanslutning, nämligen i dess sjunde övervägande.

kel 3 i direktivet är tillämplig i alla de fall, då en kund inleder ett varaktigt affärsförhållande med ett kreditinstitut eller ett finansiellt institut, eller en tillfällighetskund utför transaktioner med ett liknande institut. Arten av affärsförhållandet eller de tillfälliga transaktionerna har därvid ingen som helst betydelse, såtillvida som deras art, särskilda kännetecken och karaktär inte har någon inverkan på den skyldighet att styrka identiteten som föreskrivs i direktivet. Artikel 3.1 hänvisar således uttryckligen till öppnandet av sparkonton eller andra konton och till bankfackstjänster. Denna uppräkning är dock inte uttömmande, eftersom direktivet i själva verket är tillämpligt på alla sådana transaktioner som innefattar kapitalrörelser,[57] för att säkerställa dess ändamålsenliga verkan i kampen mot penningtvätt.

Frågan om invändning om rättsstridighet som gjorts av den österrikiska regeringen

49. Den österrikiska regeringen har bestridit kommissionens tolkning av artikel 3 i direktivet i frågan om anonyma konton och transaktioner. Enligt den österrikiska regeringen skall bestämmelsen i fråga tolkas uteslutande i ljuset av de rättsregler som låg till grund för rådets antagande av direktivet, det vill säga artiklarna 57.2 första och andra meningen och 100a i EG-fördraget som avser verksamheten som egenföretagare inom ramen för etableringsfriheten och tillnärmningen av nationella bestämmelser avseende den inre marknaden. Skyldigheten enligt artikel 3 i direktivet att kräva att kunden legitimerar sig avser följaktligen endast "transaktioner som äventyrar den fria rörligheten av kapital inom den inre marknaden genom möjligheten till penningtvätt".[58] Varje annan tolkning skulle leda till att direktivet överskrider gränserna för den behörighet som låg till grund för rådets antagande av den och därmed göra bestämmelserna i artikel 3 om den allmänna skyldigheten för kreditinstitut och finansiella institut att kräva legitimation av sina kunder rättsstridiga.[59]

50. På grundval av ovannämnda synpunkter har den österrikiska regeringen i sin svarsinlaga gjort en invändning om rättsstridighet som grundas på artikel 184 i EG-fördraget (nu artikel 241 EG) med avseende på artikel 3 i direktivet i den tolkning som kommissionen givit denna. Österrike har gjort gällande att en invändning av detta slag kan tas upp till prövning inom ramen för förevarande mål, i vilket det skall fastställas huruvida fördragsbrott eventuellt föreligger, just av det skälet att den österrikiska regeringen inte har haft möjlighet att genom talan om ogiltigför-

57 — Se rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44), vars bilagor innehåller en detaljerad beskrivning av olika kapitalrörelser och transaktioner och affärer i samband med dessa.

58 — Punkt IV.1 i svarsinlagan, vari hänvisas till ett yttrande av professor Georg Ress.

59 — Den österrikiska regeringen har väckt frågan om eventuell rättsstridighet enbart med avseende på artikel 3 i direktivet. Beträffande denna fråga se punkt 3 i motrepliken.

klaring bestrida den rättsliga grunden för bestämmelsen i fråga. [60] Den österrikiska regeringen har vidare låtit förstå att domstolen på eget initiativ kan bedöma rättsenligheten av den aktuella bestämmelsen. [61]

Generaladvokatens bedömning av invändningen om rättsstridighet

51. Det skall genast sägas att en medlemsstat, inom ramen för ett förfarande där dess påstådda fördragsbrott skall fastställas, enligt min uppfattning inte kan väcka frågan huruvida det direktiv — eller den särskilda bestämmelse i direktivet — som medlemsstaten klandras för att inte ha följt är rättsstridigt.

52. Domstolen har med hänvisning till besluten fastställt att det "skulle vara oförenligt med principerna för de olika formerna för talan som införts genom fördraget och skulle skada detta systems stabilitet samt principen om rättssäkerhet som detta system grundar sig på om den medlemsstat till vilken ett beslut, som fattats enligt artikel 93.2 första stycket, är riktat skulle tillåtas att sätta i fråga giltigheten av detta beslut enligt den form av talan som avses i andra stycket i denna bestämmelse, trots att tidsfristen enligt artikel 173 tredje stycket i fördraget har löpt ut" [62]. Domstolen har i en annan dom fastställt att "det system för former för talan som inrättats genom fördraget skiljer mellan talan enligt artiklarna 169 och 170, som syftar till fastställande av att en medlemsstat inte har uppfyllt sina skyldigheter, och talan enligt artiklarna 173 och 175, med vilken lagenligheten av gemenskapsinstitutionernas rättsakter eller av institutionernas underlåtenhet att handla skall granskas. Dessa former för talan har olika målsättning och omfattas av olika formaliteter. En medlemsstat kan därför inte, då det inte finns någon bestämmelse i fördraget som uttryckligen medger detta, åberopa att ett beslut riktat till denna stat är rättsstridigt som försvarsgrund gentemot en talan om fördragsbrott som grundas på att detta beslut inte har verkställts". [63] Vidare kan en liknande invändning "godtas endast om den ifrågavarande rättsakten är behäftad med särskilt allvarliga och uppenbara brister, till den grad att den kan anses som en nullitet". [64] Domstolen har med avseende på de förordningar som särskilt nämns i artikel 184 i EG-fördraget fastställt att denna bestämmelse "är uttryck för en allmän princip som skall säkerställa att varje part, i syfte att få ett beslut som berör denna part direkt och personligen upphävt, ges rätt att ifrågasätta giltigheten av gemenskapsinstitutionernas tidigare rättsakter, vilka utgör den rättsliga grunden för det ifrågasatta beslutet, om denna part inte hade rätt att enligt artikel 173 i fördraget omedelbart väcka talan mot dessa rätts-

60 — Punkt IV.3 i svarsinlagan och kapitel 3 i motrepliken, vari anges att det i målet "handlar om ett direktiv för vilket fristen för införlivande vid tidpunkten för Österrikes anslutning till Europeiska unionen sedan länge löpt ut".

61 — Punkt IV.3 slutet i svarsinlagan. "I artikel 184 i EG-fördraget anges inte huruvida domstolen på eget initiativ inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande kan ta upp brister i en rättsakt".

62 — Dom av den 12 oktober 1978 i mål 156/77, kommissionen mot Belgien (REG 1978, s. 1881; svensk specialutgåva, volym 4, s. 179), punkt 24, och dom av den 15 november 1983 i mål 322/82, kommissionen mot Italien (REG 1983, s. 3689), punkt 10.

63 — Dom av den 30 juni 1988 i mål 226/87, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 3611), punkt 14.

64 — Ibidem, punkt 16. Se även dom av den 26 februari 1987 i mål 15/85, Consorzio cooperative d'Abruzzo mot kommissionen (REG 1987, s. 1005; svensk specialutgåva, volym 9, s. 29).

akter, och som parten hädanefter får vidkännas följderna av utan att ha kunnat yrka deras upphävande".[65] Det förefaller mig vara onödigt att ytterligare uppehålla mig vid denna framställning, av vilken det utan vidare framgår att en medlemsstat inte kan utnyttja det processuella medlet invändning om rättsstridighet inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande.[66] Det skall tilläggas att domstolen entydigt har fastställt detta,[67] även med avseende på ett direktiv som kommissionen klandrade en medlemsstat för att inte ha följt. I det fallet hade Tyskland gjort en invändning om rättsstridighet avseende artikel 26 i sjätte direktivet om omsättningsskatter och påtalat att bestämmelsen var ogiltig. Domstolen har med uttrycklig hänvisning till punkt 14 i den ovannämnda domen i målet kommissionen mot Grekland uttalat att en medlemsstat "inte kan åberopa rättsstridighet hos ett direktiv som kommissionen klandrar medlemsstaten för att ha inte ha följt".[68] Domstolen har vidare — såsom den redan har gjort i punkt 16 i domen i målet kommissionen mot Grekland — fastställt att något annat "kan gälla endast om den ifrågavarande rättsakten är behäftad med särskilt allvarliga och uppenbara brister, till den grad att den kan anses som en nullitet".[69] Den tyska regeringen hade dock inte åberopat detta i det då aktuella fallet.

53. I överensstämmelse med riktlinjerna i nämnda rättspraxis är jag övertygad om att den österrikiska regeringen i förevarande mål inte kan åberopa att artikel 3 i direktivet, som kommissionen klandrar denna regering för att inte ha följt, är rättsstridig.[70] Visserligen har den österrikiska regeringen i motrepliken anfört att "direktivet skulle överskrida gemenskapens behörighet om det tolkades så som kommissionen föreslagit".[71] Det faktum kvarstår dock att den rättsliga grunden för den bestämmelse som den österrikiska regeringen anklagas för att inte ha följt ifrågasätts genom dennas invändning, vilket av ovan anförda skäl inte får ske. Den österrikiska regeringen har för övrigt inte åberopat några argument som kan visa att direktivet, särskilt artikel 3 i detta, är behäftat med sådana allvarliga och uppenbara brister att det är att anse som en nullitet, vilket är den enda omständighet som kan motivera invändning om rättsstridighet. Svarandeparten har nämligen anfört att artikel 3 i direktivet i kommissionens tolkning går utöver gemenskapens behörighet, det vill säga att bristande behörighet i den mening som avses i artikel 173.2 i EG-fördraget (nu artikel 230.2 EG) föreligger, men förefaller inte anse att denna bestämmelse skall betraktas som en nullitet.

65 — Dom av den 6 mars 1979 i mål 92/78, Simmenthal mot kommissionen (REG 1979, s. 777), punkt 39. Detta fastställande innebär slutpunkten av överväganden som inleddes med dom av den 12 juni 1958 i mål 2/57, Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse mot Höga myndigheten (REG 1958, s. 121), och dom av den 13 juni 1958 i mål 9/56, Meroni mot Höga myndigheten (REG 1958, s. 9; svensk specialutgåva, volym 1, s. 21), och som fortsattes med dom av den 13 juli 1966 i mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen (REG 1966, s. 295; svensk specialutgåva, volym 1, s. 303). Domstolen har inte alltid följt denna linje rigoröst. Sålunda har domstolen i dom av den 18 september 1986 i mål 116/82, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 2519), punkt 8 medgivit Tyskland rätten att bestrida rättsenligheten av en förordning som denna stat kritiserats för att inte ha följt.

66 — Ehuru detta uteslutande kan kritiseras mot bakgrund av principen om att lagenligheten av gemenskapens handlingar skall iakttas. Se i detta avseende generaladvokat Darmons förslag till avgörande i målet C-258/89, kommissionen mot Spanien (REG 1991, s. I-3986), punkterna 13—31, samt den doktrin som anges i detta.

67 — I dom av den 27 oktober 1992 i mål C-74/91, kommissionen mot Tyskland (REG 1992, s. I-5437).

68 — Ibidem, punkt 10.

69 — Ibidem, punkt 11.

70 — Jag har uttryckt liknande överväganden i punkt 27 i mitt förslag till avgörande som föredrogs den 20 januari 2000 i mål C-206/98, kommissionen mot Belgien (dom av den 18 maj 2000, REG 2000, s. I-3509 och s. I-3511).

71 — Kapitel 3 i motrepliken.

54. Den österrikiska regeringen har dock gjort gällande att den inte har haft möjlighet att genom talan om ogiltigförklaring bestrida lagenligheten av artikel 3 i direktivet, då fristen för införlivande av detta redan hade löpt ut vid tidpunkten för Österrikes anslutning till Europeiska unionen. Denna regering har med andra ord beklagat att direktivet ingår i *gemenskapens regelverk* och att anslutningsakten inte ger de nya medlemsstaterna möjlighet att yrka ogiltigförklaring av gemenskapsakter som redan var i kraft den 1 januari 1995, eller vars frist för införlivande i vart fall hade löpt ut. Detta argument går i huvudsak ut på att ifrågasätta de skyldigheter som Österrike genom sitt inträde i Europeiska unionen frivilligt har åtagit sig. Argumentet kan följaktligen inte godtas. Det skall i detta avseende erinras om att anslutningsakterna enligt rättspraxis "inte är att anse som rättsakter utfärdade av institutionerna och giltigheten av de bestämmelser som dessa innehåller kan följaktligen inte bestridas inför domstolen". [72] Kommissionen har för övrigt med rätta i repliken [73] anfört att Österrike "under anslutningsförhandlingarna aldrig har hävdat att direktivet går utöver gemenskapens behörighet för att reglera frågan, och har heller aldrig gjort minsta antydan om att så skulle vara fallet". Om de österrikiska myndigheterna var av den uppfattningen att direktivet skulle tolkas på visst sätt, skulle det ha varit mer förutseende från deras sida att begära att en särskild hänvisning till det önskade tolkningskriteriet skulle införas i anslutningsakten, eller att åtminstone bifoga en förklaring i den riktningen till denna akt. Men det är ostridigt att några sådana försiktighetsåtgärder inte vidtogs vid tidpunkten för anslutningen, vilket gör att det måste antas att den österrikiska regeringen villkorslöst har samtyckt till direktivets rättsliga grund och väsentliga innehåll. Den österrikiska regeringen har för övrigt aldrig initierat ett förfarande enligt artikel 13.1 i direktivet för att insätta kontaktkommittén i de frågor som uppkommit genom kommissionens extensiva tolkning av skyldigheterna enligt artikel 3 i direktivet.

55. Ur denna synpunkt finner jag inte det vara nödvändigt att i förevarande mål ta upp den känsliga frågan om domstolens möjlighet att på eget initiativ granska den ifrågavarande bestämmelsen i direktivet. Svaranderegeringen i förevarande mål förefaller i själva verket ha målsättningen att bestrida den *extensiva* tolkning som kommissionen gör av skyldigheten för kreditinstitut och finansiella institut att kräva att kunderna skall legitimera sig, och de framförda tvivlen på att direktivet är rättsenligt i huvudsak ha karaktären av ett medel för att uppnå denna målsättning. Det är således enligt min mening inte nödvändigt att med anledning av denna tvist ytterligare befatta sig med direktivets rättsliga grund. Det skall däremot konkret undersökas om den tolkning som kommissionen gör av skyldigheten i fråga är rättfärdigad med avseende på de särskilda fördragsbrott för vilka den österrikiska regeringen har klandrats. [74] Det är detta jag skall göra i det följande.

72 — Dom av den 7 november 1991 i mål C-313/89, kommissionen mot Spanien (REG 1991, s. I-5231), punkt 10.

73 — Punkt 50 i repliken.

74 — Det handlar om samma metod som domstolen tillämpat i den ovannämnda domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 66), i vilken tolkningen — och inte rättsenligheten — av den förordning prövades som kommissionen anklagat Spanien för att inte ha följt.

Generaladvokatens bedömning av tolkningen av artikel 3 i direktivet

56. Jag är övertygad om att direktivet om tvättning av pengar är fullständigt i överensstämmelse med det väsentliga innehållet i bestämmelserna i EG-fördraget — artiklarna 57 och 100a —, vilka har legat till grund för rådets antagande av direktivet. Skälen härtill är följande.

57. Direktivet överskrider inte gemenskapens behörighet i fråga om etableringsfrihet och den inre marknaden, utan stärker samtidigt verkan av dessa i syfte att säkerställa att det integrerade finansiella området som skapats inom gemenskapen inte blir ett verksamhetsområde för organiserad brottslighet, utan en i stället främjar sådana operatörers ekonomiska verksamhet som med utnyttjande av sin etableringsfrihet på sätt som överensstämmer med gemenskapens intressen drar nytta av fördelarna av en inre marknad grundad på bestämda och överskådliga regler. Tillgången till kredit- och finansverksamhet och utövandet av sådan verksamhet främjas på så sätt av bestämmelserna om kampen mot penningtvätt, och den inre marknadens sätt att fungera stärks genom att de smutsiga kapitalflödena gradvis undanröjs. De positiva resultaten härav måste föras vidare till hela det finansiella systemet i gemenskapen. Kampen mot penningtvätt är visserligen inte det egentliga syftet med direktivet, med hänsyn till de rättsliga grunder på vilka det vilar, men utgör utan tvekan ett medel som är absolut nödvändigt för att effektivt söka uppnå de mål som direktivet rättmätigt eftersträvar. Av detta följer att bestämmelserna i direktivet, för att svara mot deras målsättning, måste tillämpas allmänt, utan att undantag, luckor eller, än värre, förmånligare behandling för vissa medlemsstater medges. Med andra ord anser jag att systemet för identifiering av kunder enligt artikel 3 i direktivet, för att vara verkligt effektivt, måste anses som ett slutet system och följaktligen tillämpas utan åtskillnad på alla affärsförhållanden och på alla transaktioner som bestämmelserna i artikeln avser, oberoende av deras art, deras rättsliga eller finansiella kännetecken och, framför allt, deras verkliga eller förmodade målsättning. [75]

58. I det sammanhanget lämnar formuleringen av artikel 3.1 i direktivet enligt min uppfattning inget utrymme för tvivel beträffande tolkningen. Denna bestämmelse hänvisar nämligen till fasta affärsförhållanden inom kredit- och finansväsende som upprättas mellan en bank och en kund. Att den på detta sätt upprättade förbindelsen skall vara varaktig framgår såväl av ordalydelsen i bestämmelsen i fråga, i vilken det föreskrivs att kunderna skall styrka sin identitet när "ett affärsförhållande inleds" med bankerna att exemplen "sparkonto eller annat konto" och "bankfackstjänster" nämns. Direktivet kräver med andra ord att identiteten *alltid* skall styrkas, när en person blir fast kund hos ett kreditinstitut eller ett finansiellt institut.

75 — Se i detta avseende dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161), i vilken det i punkt 36 anges att ett direktiv som antagits på grundval av artikel 100 i EEG-fördraget (nu artikel 94 EG) "skall tillämpas utan åtskillnad på alla fusioner, fissioner, överföringar av tillgångar och utbyten av aktier och andelar oavsett om avsikten är finansiell, ekonomisk eller rent skattemässig".

59. Däremot anser jag att det i artikel 3.1 i direktivet inte tas hänsyn till enskilda transaktioner som genomförs inom ramen för en banks kredit- och finansieringsverksamhet, vare sig dessa transaktioner genomförs av en fast kund i den banken, som av den anledningen redan styrkt sin identitet, eller transaktionerna utförs av en tillfällighetskund i den banken. I detta sistnämnda fall skall bestämmelsen i artikel 3.2 med det däri föreskrivna minimibeloppet tillämpas. Denna tolkning följer enligt min uppfattning av logiska kriterier [76] och av själva ordalydelsen i nämnda punkt 2, som hänvisar till "transaktioner med andra kunder än sådana som avses i punkt 1". Det skulle nämligen vara fullständigt onödigt om en bank varje gång måste kräva att en *fast* kund legitimerar sig när han genomför en ekonomisk transaktion. För att direktivets mål skall kunna uppnås är det däremot nödvändigt och rimligt att banken kräver att den *tillfällighetskund* skall legitimera sig som utför en transaktion utan att han inleder ett fast affärsförhållande med banken. Härvid är bestämmelsen i artikel 3.2 till nytta. I denna bestämmelse fastställs en gräns — 15 000 ecu — vid vilken skyldigheten inträder för kreditinstitutet eller det finansiella institutet att uppfylla formaliteterna för styrkande av identiteten.

60. Mot den bakgrunden har artikel 3.5 till uppgift att säkerställa att skyldigheten att kräva att identiteten styrks uppfylls på ett korrekt sätt i de fall kunderna — fasta kunder eller tillfällighetskunder — handlar som bulvaner. För att inte bestämmelserna i artikel 3.1 och 3.2 skall berövas sin ändamålsenliga verkan är det nämligen absolut nödvändigt att känna till "den verkliga identiteten hos de personer, för vilkas räkning kunderna i fråga handlar". Genom den följande punkten 6 — som föreskriver skyldighet att genomföra sådan identifikation *närhelst* det föreligger misstanke om tvättning av pengar — blir systemet för identifiering av kunder en sammanhängande helhet, då alla luckor i den rad transaktioner som omfattas av identitetskontrollen tas bort.

Det påstådda åsidosättandet av skyldigheten att kräva legitimation med avseende på den österrikiska lagstiftningen om sparkonton

Kommissionens invändningar

61. Kommissionen har i huvudsak kritiserat Österrike för att med avseende på den österrikiska lagstiftningen om sparkonton ("Sparbücher") inte ha uppfyllt skyldigheten enligt artikel 3.1, 3.5 och 3.6 att kräva att kunderna skall styrka sin identitet. I motiveringen till sin ansökan har kommissionen gjort två specifika anmärkningar mot den österrikiska regeringen:

76 — Även rådet och kommissionen har i olika förklaringar som skrivits in i protokollet inom ramen för samarbetsförfarandet gjort samma tolkning av artikel 3.1 och 3.2 i direktivet och framhållit att kunder som avses i artikel 3.1 ingår ett fast affärsförhållande med banken, medan kunder som avses i artikel 3.2 har tillfälliga kontakter med banken, vilka är begränsade i tiden på grund av den punktvisa karaktären av den genomförda transaktionen och följaktligen saknar varaktig verkan.

a) Den har inte föreskrivit att kunder från och med den 1 januari 1994 skall legitimera sig vid öppnande av ett sparkonto, och b) den har inte föreskrivit att kunder skall legitimera sig i samband med transaktioner som utförs från ett sparkonto som öppnats före eller efter den 1 januari 1994.

62. Enligt kommissionen åläggs kreditinstitut och finansiella institut genom artikel 3.1 i direktivet att av sina kunder kräva att de styrker sin identitet "när ett affärsförhållande inleds", det vill säga när de inleder ett varaktigt affärsförhållande med institutet, utan att någon åtskillnad kan göras med avseende på arten av affärsförhållande. Sparkonton ingår således utan förbehåll i tillämpningsområdet för den ifrågavarande bestämmelsen. Enligt den österrikiska banklagstiftningen, särskilt 40 § i BWG, undantas dock sparkontokunder, av svepskäl, även i fortsättningen från skyldigheten till identifikation. I artikel 3.2 föreskrivs dock en allmän skyldighet att kräva att identiteten styrks även för samtliga kredit- och finanstransaktioner med tillfällighetskunder som gäller "ett belopp motsvarande 15 000 ecu eller mer". Transaktioner avseende sparkonton ingår således, oberoende av vid vilken tidpunkt kontona har öppnats, i tillämpningsområdet för denna bestämmelse från och med dess ikraftträdande i Österrike. I 40 § i BWG däremot föreskrivs inte någon skyldighet till identifikation för transaktioner som avser sparkonton. De enda undantagen, som dock är begränsade, från anonymitetssystemet berör endast "utlänningar", det vill säga personer som inte är bosatta i Österrike,[77] medan det för personer som är bosatta i Österrike, så snart bosättningen har bevisats, inte föreskrivs någon identifikation annat än i fall då konton öppnas i utländsk valuta. Dessa undantag har för övrigt grundats på rättsakter (officiella meddelanden från Österrikes riksbank) vars rättsliga natur är tvivelaktig.[78]

63. Kommissionen har vidare hävdat att de i Österrike gällande reglerna om anonymitet för sparkonton och för transaktioner som berör dessa berövar bestämmelserna i artikel 3.5 och 3.6 i direktivet ändamålsenlig verkan. Enligt dessa bestämmelser skall nämligen kreditinstituten och de finansiella instituten, då det råder osäkerhet om kunderna handlar för egen del eller då det står klart att de inte handlar för egen del, skaffa sig upplysningar om den verkliga identiteten hos uppdragsgivaren och, närhelst det föreligger misstanke om tvättning av pengar, genomföra sådan identifikation även om transaktionsbeloppet är lägre än i punkt 2 föreskrivet gränsvärde. I det första fallet är det uppenbart att den nationella lagstiftningen strider mot direktivet, eftersom anonymitetsregeln hindrar banken från att börja efterforska uppdragsgivarens verkliga identitet.[79] I det andra fallet blir det svårt att få konkreta misstankar om tvättning av pengar med avseende på transaktioner i samband med anonyma sparkonton, då "kontrollen av

77 — Legitimation föreskrivs då "utlänningar" öppnar sparkonton och då medel som erhållits från "utlänningar" deponeras på sådana konton. Se punkterna 8.2.2 och 8.2.3 i det officiella meddelandet DL 2/91 från Österrikes riksbank.

78 — Punkt 14 i repliken.

79 — Punkt 39 i ansökan.

identiteten hos den kund som genomför en transaktion på ett anonymt sparkonto inte är av någon praktisk nytta och i vart fall inte gör det möjligt att dra några slutsatser om det verkliga ekonomiska förhållandet". [80]

Den österrikiska regeringens argument till försvar

64. Den österrikiska regeringen har medgivit att det i 40 § i BWG föreskrivs ett undantag från skyldigheten att kräva att kunder för sparkonton och transaktioner med anknytning till dessa styrker sin identitet, men har anfört att undantaget uppvägs av bestämmelserna i det officiella meddelandet DL 2/91 från Österrikes riksbank, vari föreskrivs att kundens bosättning skall fastställas, [81] vilket är liktydigt med en sorts styrkande av kundens egen identitet. Identifikation av kunder sker dock *alltid* då sparkonton öppnas för personer som inte är bosatta i Österrike, då konton i utländsk valuta öppnas för personer som är bosatta i Österrike och då medel för förvaltning och sparande sätts in på sparkonton av personer som inte är bosatta i Österrike.

65. Den österrikiska regeringen har vidare anfört att de sparkonton som föreskrivs i BWG inte kan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 3.1 i direktivet. Sparkontona har nämligen — på grund av att de företrädesvis är avsedda för investeringar — karaktär av värdepapper ställda på innehavaren och måste därför omfattas av rättsordningen för värdepapper. [82] Upprätthållandet av anonymiteten strider således inte mot direktivet om tvättning av pengar. Den kund som öppnar ett sparkonto inleder inte ett affärsförhållande med banken utan förvärvar i själva verket en finansiell produkt. Kundens identitet skall därför styrkas enbart om transaktionen gäller ett belopp motsvarande 15 000 ecu eller mer, såsom det föreskrivs i artikel 3.2 i direktivet.

66. Svaranderegeringen har anfört ytterligare argument till sitt försvar för att visa att sparkontosystemet är förenligt med direktivet.

67. För det första kan sparkonton enligt den österrikiska regeringen inte användas för tvättning av pengar. De enda transaktioner som efter öppnandet av kontot kan göras anonymt är nämligen sådana insättningar och uttag i kontanter som genomförs mot uppvisande av en sparbanksbok, i vilken transaktionerna noteras. I den österrikiska lagstiftningen föreskrivs dock även för sådana transaktioner att aktören skall styrka sin identitet, om det

80 — Punkt 40 i ansökan. Kommissionen har i punkt 41 tillagt att genomförandet av en transaktion "på ett anonymt konto i sig självt borde väcka berättigad misstanke hos kreditinstitutet eller det finansiella institutet om eventuell tvättning av pengar".

81 — Närmare bestämt talas i punkt 8.2.2 i det officiella meddelandet DL 2/91 om "ställning i förhållande till valutasystem" ("devisenrechtliche Status") angående frågan om kunden är "utlänning" ("Ausländer") eller ej, det vill säga inte är bosatt i Österrike. Se punkt III.A.1.3 i svarsinlagan.

82 — Punkt III.A.1.4 i svarsinlagan och punkt 2.1.4 i motreplik en. Den österrikiska regeringen hänvisar till ett yttrande av professor Markus Achatz.

föreligger misstanke om tvättning av pengar.[83] Det går däremot inte att ställa ut checkar eller göra överföringar när det gäller denna typ av konto, och transaktioner som inte är kontanttransaktioner omfattas av de vanliga bestämmelserna om att kunden skall legitimera sig. Tredje man kan göra överföringar till ett sparkonto men inte från ett annat sparkonto. Detta betyder att den person som gör insättningen omfattas av skyldigheten att styrka sin identitet i den mening som avses i direktivet, vare sig han utför transaktionen från ett konto för vilket han redan har styrkt sin identitet, eller transaktionen är en engångsföreteelse, i vilket fall han skall styrka sin identitet om transaktionen överstiger det belopp som föreskrivs i direktivet (15 000 ecu) och som införlivats med den österrikiska lagstiftningen (200 000 ATS).[84] Det är med andra ord inte möjligt för tredje man "att göra anonyma insättningar på ett sparkonto".[85] Samtliga dessa speciella egenskaper gör instrumentet sparkonto olämpligt för penningtvättares behov, eftersom dessa snabbt och säkert på distans vill överföra ansenliga summor svarta pengar.

68. För det andra har de anonyma sparkontona – ungefär 95 procent av samtliga sparkonton[86] – en vittomfattande spridning inom alla samhällsskikt av den österrikiska befolkningen och svarar traditionellt mot "det psykologiska behovet av säkerhet och diskretion" som särskilt äldre personer känner, vilka associerar tanken på att dessa konton måste stå i ett visst namn med den nationalsocialistiska perioden, när sparkontonas anonymitet upphävdes.[87]

69. För det tredje, och avslutningsvis, är målsättningen för direktivet enligt de österrikiska myndigheterna uteslutande att uppdaga sådana finansiella transaktioner som verkligen kan främja tvättning av pengar. Då sparkontona inte kan användas för detta ändamål, skulle det gå utöver vad som är nödvändigt för att tillämpa direktivet om man utan åtskillnad lät dem omfattas av skyldigheten till identifikation, vilket skulle innebära att proportionalitetsprincipen enligt artikel 3b tredje stycket i EG-fördraget (nu artikel 5 tredje stycket EG) åsidosattes. Nämnda artikel har följande lydelse: "Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag".[88]

70. Vid sammanträdet den 15 mars 2000 meddelade företrädarna för den österrikiska regeringen att denna regering till följd av ett beslut av ministerrådet snarast för Nationalrat skulle lägga fram ett lagförslag om avskaffande av anonyma sparkonton. Man förutser att det från och med

83 — Punkt III.A.1.1.b) i svarsinlagan.

84 — Punkt 2.1.1 i motrepliken.

85 — Punkt 2.1.3 i motrepliken.

86 — Enligt kommissionens uppgifter (punkt 72 i ansökan) fanns det i Österrike år 1996 omkring 26 miljoner anonyma sparkonton på en befolkning av omkring 7,5 miljoner invånare.

87 — Punkt III.A.1.1.e) i svarsinlagan och punkt 2.1.3 i motrepliken. Företrädarna för den österrikiska regeringen uppehöll sig vid sammanträdet den 15 mars 2000 vid dessa grunder av psykologisk art och hävdade även de anonyma sparkontona fyller funktionen att i vid mening skydda familjebehoven, på så sätt att den medger en make att för den andre maken hemlighålla det egna sparandet.

88 — Detta försvarsargument har för övrigt nära anknytning till den redan undersökta invändningen om rättsstridighet som den österrikiska regeringen har rest.

den 1 november 2000 inte längre skall vara möjligt att öppna anonyma sparkonton och att göra anonyma insättningar på befintliga konton, och att fram till år 2002 en slutgiltig lösning skall hittas för de anonyma sparkonton som öppnats före den 1 november 2000.

Generaladvokatens bedömning

71. För att avgöra om Österrike, genom att bibehålla systemet med anonyma sparkonton, faktiskt inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt direktivet skall det, enligt min uppfattning, undersökas vilken omfattning kommissionens invändningar har, huruvida de är grundade och huruvida och i vilken mån det som svaranden har anfört till sitt försvar kan godtas.

— Omfattningen av anmärkningarna avseende sparkontona

72. Frågan om den faktiska omfattningen av anmärkningarna är särskilt viktig, eftersom kommissionens anmärkningar avseende den tidpunkt vid vilken fördragsbrotten inleddes, vad fördragsbrotten avser och vilka bestämmelser som har överträtts är oklara och tvetydiga.

73. Kommissionen har som tidpunkt för fördragsbrottens början angivit den 1 januari 1994, vilket är den dag då EES-avtalet trädde i kraft. Jag har redan uttryckt uppfattningen att skyldigheten att följa direktivet om penningtvätt för Österrikes del inträdde den 1 januari 1995, dagen för Österrikes anslutning till Europeiska unionen. Den österrikiska regeringen kan därför inte klandras för fördragsbrott som, om än blott delvis, hänför sig till perioder före denna dag.

74. Förhållandet är mer komplicerat vad beträffar innehållet i anmärkningarna och förtjänar att varje anmärkning som kommissionen har gjort mot Österrike bedöms för sig.

75. För det första har kommissionen anklagat Österrike för att inte ha föreskrivit att kunder (alla kunder) skall legitimera sig då ett sparkonto öppnas, men har samtidigt medgett [89] att kreditinstituten och de finansiella instituten alltid fastställer kundens identitet om kontot öppnas av en person, eller för en person, som inte är bosatt i Österrike eller av en i Österrike bosatt person som använder kontot för utländska valutor. [90] Av handlingarna framgår vidare att styrkande av identitet föreskrivs även i de fall då en icke bosatt person sätter in medel på ett sparkonto för förvaltning och sparande. [91] Kommissionen har inte bestri-

89 — Punkt 69 i ansökan.

90 — Det framgår inte klart huruvida och i vilken mån det enligt österrikisk rätt är möjligt att öppna sparkonton i utländsk valuta. Denna fråga är för övrigt inte relevant i förevarande mål.

91 — Punkt 8.2.3 i det officiella meddelandet DL 2/91 från Österrikes riksbank.

dit detta. Kommissionens första anmärkning avser därför i själva verket enbart situationen då andra anonyma sparkonton än sparkonton i utländsk valuta öppnas av en person som är bosatt i Österrike och för dennes räkning.

76. För det andra är de enda transaktioner avseende sparkonton som, enligt den österrikiska lagstiftningen, kan utföras anonymt insättningar och uttag i kontanter, som i allmänhet utförs enbart genom att en sparbanksbok (ställd på innehavaren) uppvisas, i vilken transaktionerna noteras. Enligt 32.3 § i BWG är det däremot inte möjligt att från ett sparkonto göra överföringar eller ställa ut en check. Kommissionen har inte heller ifrågasatt denna bestämmelse. Den österrikiska regeringen har dessutom, utan att kommissionen har bestritt detta, visat[92] att transaktioner på sparkonton som inte utförs i kontanter omfattas av de vanliga bestämmelserna om fastställande av kunders identitet. Vidare kan utomstående göra insättningar på ett sparkonto, men — som den österrikiska regeringen har anfört utan att kommissionen har bestridit detta[93] — *inte* från ett annat sparkonto, varför tredje man inte under någon omständighet kan sätta in pengar anonymt på ett sparkonto. Kommissionens andra invändning kan således endast avse sådana anonyma kontanta insättningar och uttag som utförs på sparkonton.

77. Vad slutligen beträffar de bestämmelser i direktivet om penningtvätt som kommissionen har kritiserat Österrike för att inte ha följt, får enligt min mening enbart artikel 3.1 och 3.5 beaktas. Visserligen har kommissionen kritiserat den österrikiska regeringen för att den inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 3.6 i direktivet, enligt vilken kreditinstituten och de finansiella instituten *alltid* är skyldiga att fastställa kundens identitet närhelst det föreligger misstanke om penningtvätt. Kommissionen har dock inte tillhandahållit något bevis till stöd för denna kritik. Svaranderegeringen har nämligen visat,[94] utan att kommissionen har bestritt detta, att det i 40.1 och 40.3 § i BWG, varigenom den nämnda skyldigheten i direktivet har införlivats med österrikisk rätt, föreskrivs att fastställande av kunders identitet *alltid* skall ske då det föreligger misstanke om penningtvätt, och att denna bestämmelse därför även är tillämplig på sparkonton och transaktioner som kan hänföras till dessa. Den österrikiska regeringens fördragsbrott avseende skyldigheten i fråga har följaktligen inte bevisats och kan i det följande inte beaktas.

78. Slutligen måste kommissionens båda invändningar avseende anonymitetsreglerna för sparkonton i Österrike formuleras om. Den österrikiska regeringen har i huvudsak anklagats för att inte ha uppfyllt skyldigheterna enligt artikel 3.1 och 3.5 i direktivet, då nämnda regering inte med verkan från och med den 1 januari 1995 har föreskrivit att kunder som är bosatta i Österrike skall styrka sin identitet då a) ett sparkonto i ATS öppnas, b) kontanta

92 — Punkt III.A.1.1.a) i svarsinlagan.

93 — Punkterna 2.1.1 och 2.1.3 i motrepliken.

94 — Punkt III.A.1.1.b) i svarsinlagan.

insättningar och uttag utförs på ett sparkonto. Det återstår således att sedan invändningarna har omformulerats granska vilken grund de har.

— Huruvida anmärkningarna avseende sparkonton är välgrundade

79. Den första av kommissionens båda anmärkningar, som omformulerats i enlighet med vad som framgått ovan, är enligt min uppfattning välgrundad såtillvida som Österrike efter anslutningen har bibehållit systemet för anonymitet vid öppnandet av sparkonton och därigenom har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 3.1 och 3.5 i direktivet om tvättning av pengar. Detta framgår av följande överväganden.

80. I motsats till vad svaranderegeringen har anfört omfattas de österrikiska sparkontona utan tvekan av tillämpningsområdet för artikel 3.1 i direktivet. Sparkonton ingår nämligen i det allmänna begreppet "affärsförhållande" mellan kunder och banker i den mening som avses i den nämnda bestämmelsen och definieras i 31 § i BWG som insättning av medel i huvudsak avsedda för investeringar, det vill säga i samma ordalag som de som används i direktivet avseende sparkonton eller andra konton, som är — icke uttömmande — exempel på begreppet affärsförhållande.[95] Det skall vidare noteras att sparkonton enligt 40.1.1 § i BWG likställs med andra affärsförhållanden mellan bank och kund. För dessa sparkonton föreskrivs därefter ett uttryckligt undantag från bankens skyldighet att fastställa kundens identitet. Denna bestämmelse står i uppenbart motsatsförhållande till vad Österrike har anfört om sparkontonas karaktär av värdepapper. Visserligen lämpar sig sparkonton ställda på innehavaren till cirkulation av insatta sparmedel men vad beträffar tillämpningen av direktivet är dock det affärsförhållande som först genom öppnandet och sedan genom förvaltningen av dessa konton upprättas mellan kunderna, även om de är anonyma, och det kreditinstitut eller det finansiella institut som förvarar och förräntar de insatta medlen mer betydelsefullt. Ett sådant affärsförhållande är varaktigt och uppvisar alla kännetecken för sparkonton och andra konton som anges — som exempel — i artikel 3.1 i direktivet. Skyldigheten att se till att kunden styrker sin identitet måste således gälla även avseende sparkonton, eftersom hela det system som inrättats genom direktivet för att bekämpa penningtvätt annars allvarligt kan äventyras.

81. Jag anser vidare det vara visat att öppnande av sparkonton i Österrike för närvarande inte omfattas av skyldigheten att se till att kunderna styrker sin identitet.

95 — Se även förarbetena till direktivet, särskilt kommissionens förslag av den 28 april 1990 (EGT C 106, s. 6), i dess lydelse efter ändring den 19 december 1990 (EGT C 319, s. 9).

Den österrikiska regeringens försvarsargument som grundas på kriteriet att kontroll av bosättningen skall ske enligt det officiella meddelandet DL 2/91 från Österrikes riksbank förefaller nämligen inte vara övertygande. Kontrollen av kundens ställning i förhållande till valutasystemet ("devisenrechtlicher Status") används av banken enbart för att fastställa om kunden är "utlänning" ("Ausländer"), det vill säga inte bosatt i Österrike, eller ej, för att tillämpa det för det fallet föreskrivna obligatoriska systemet för fastställande av identiteten. Men om kunden på ett eller annat sätt bevisar att han är bosatt i Österrike har kreditinstitutet eller det finansiella institutet, i kraft av undantaget i 40.1.1 § i BWG, ingen skyldighet att kontrollera kundens identitet. Den österrikiska regeringen har inte bestridit detta. Kundens bosättning och identitet är för övrigt inte samma sak, och att den förstnämnda kontrolleras innebär inte med nödvändighet att den sistnämnda kontrolleras, oberoende av vilken metod som banken konkret använder. Kriteriet kontroll av bosättningen har i vart fall fastställts genom en rättsakt — ett officiellt meddelande från Österrikes riksbank — vars rättsliga natur de österrikiska myndigheterna [96] inte har klarlagt, men som till synes förefaller vara olämplig för införlivande av innehållet i ett direktiv. [97]

82. Det förefaller mig därmed vara klarlagt att artikel 3.1 i direktivet har åsidosatts genom att möjligheten för en kund som är bosatt i Österrike att öppna ett anonymt sparkonto i ATS där har bibehållits efter den 1 januari 1995.

83. Däremot anser jag inte att kommissionens andra anmärkning om systemet för transaktioner i samband med sparkonton, med hänvisning till ovannämnda bestämmelse i direktivet, är välgrundad.

84. Visserligen gäller reglerna för anonymitet för sparkonton även vid kontanttransaktioner — insättningar och uttag — i samband med dessa konton, vilket den österrikiska regeringen för övrigt medger. För sådana transaktioner föreskrivs nämligen inte någon skyldighet att, under det föreskrivna minimibeloppet, se till att kunden styrker sin identitet, även om det rör sig om en annan person än kontohavaren, som utför transaktionerna mot uppvisande av en sparbanksbok ställd på innehavaren. [98] Men det är bestämmelsen i artikel 3.2 — och inte bestämmelsen i artikel 3.1 — i direktivet som förefaller att inte ha införlivats korrekt med avseende på denna typ av transaktioner. Kommissionen har dock inte yrkat att domstolen skall fastställa att artikel 3.2 i direktivet har åsidosatts, eftersom kommissionen varken i det motiverade yttrandet eller i ansökan har hänvisat till denna bestämmelse. Artikel 3.1 kan dock, av skäl som redovisats ovan, enbart avse *öppnande* av sparkonton — som ett sätt att inleda ett affärsförhål-

96 — Som dock skulle ha haft intresse av att göra det.

97 — Särskilt med hänsyn till fast rättspraxis enligt vilken införlivande av ett direktiv som regel skall ske genom tvingande och oåterkalleliga nationella bestämmelser med samma rättsliga status som de andra nationella bestämmelser som skall ändras eller kompletteras. Se bland annat den på senare tid avkunnade domen av den 4 december 1997 i mål C-207/96, kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-6869), punkt 26.

98 — Enligt 32 § andra stycket i BWG synes det vara tillåtet att göra insättningar på sparkonton även utan uppvisande av en sparbanksbok.

lande — och inte enstaka "transaktioner", som beaktas i artikel 3.2. Kommissionens andra anmärkning kan därför inte godtas, då ingen lämplig rättslig grund har angivits som stöd för den.

85. Jag håller det däremot för troligt, att artikel 3.5 i direktivet genom de regler om anonymitet som föreskrivs för sparkonton — som kommissionen har anfört — berövas sin ändamålsenliga verkan. I nämnda artikel föreskrivs att då det råder osäkerhet om huruvida kunderna handlar för egen del eller då det står klart att de inte handlar för egen del "skall kreditinstituten och de finansiella instituten vidta lämpliga åtgärder för att skaffa sig upplysningar om den verkliga identiteten hos de personer, för vilkas räkning kunderna i fråga handlar". Om kunden är anonym har bankerna nämligen inte tillgång till någon upplysning som innebär att de får veta om kunden handlar för egen del eller ej. Jag skulle i det sammanhanget ville säga att kundens anonymitet i sig strider mot den praktiska verkan av den just nämnda bestämmelsen. Mot denna bakgrund är det betecknande att det i 40 § andra stycket i BWG, vid införlivandet av den nämnda artikeln i direktivet, uttryckligen har föreskrivits ett undantag för öppnande av sparkonton.

86. Kommissionen har följaktligen även visat att den österrikiska regeringen har åsidosatt artikel 3.5 i direktivet.

— Den österrikiska regeringens argument

87. Svaranderegeringen har som framgått använt tre olika resonemang för att rättfärdiga att den genom att bibehålla systemet för anonymitet för sparkonton och för transaktioner som är hänförliga till dessa har åsidosatt bestämmelserna i artikel 3.1 och 3.5 i direktivet. Nämnda regering har för det första anfört att sparkonton inte kan användas för tvättning av pengar och för det andra att dessa konton motsvarar kraven på säkerhet och diskretion för en stor del av den bosatta befolkningen. Att tillämpa bestämmelserna om skyldighet att se till att kunden styrker sin identitet på dessa konton skulle, för det tredje, inte stå i proportion till direktivets målsättning.

88. Inget av svaranderegeringens argument kan anses avse sådana inskränkningar i etableringsfriheten som är tillåtna enligt artikel 55 första stycket (nu artikel 45 första stycket EG), om utövandet av offentlig makt, och artikel 56.1 i EG-fördraget (nu artikel 46.1 EG i ändrad lydelse) om allmän ordning, säkerhet och hälsa. Då det vidare är fråga om ett harmoniseringsdirektiv, som likaså grundas på den ovannämnda artikel 100a i EEG-fördraget, skulle tillgripandet av eventuella grunder för undantag enligt artikel 36 i EG-för-

draget (nu artikel 30 EG) — vilka dock i förevarande mål inte har något samband med vad svaranderegeringen anfört till sitt försvar — strida mot en rättspraxis enligt vilken sådana grunder inte är relevanta eller giltiga.[99]

89. Den österrikiska regeringens argument övertygar inte heller av ett annat skäl. Nämnda regering har nämligen gjort gällande att de anonyma sparkontona inte heller är lämpliga som instrument för penningtvätt, och att anonymiteten hos dessa konton är djupt rotat i det österrikiska folkets tradition[100] för att rättfärdiga upprätthållandet av ett rättssystem *ad hoc* som inte överensstämmer med det program för avskaffande av anonymiteten som gemenskapslagstiftaren har inlett. På så sätt leder den österrikiska försvarslinjen till att direktivet om penningtvätt fråntas all ändamålsenlig verkan, såtillvida som det öppnar luckor som den organiserade brottsligheten kan utnyttja, och i sista hand till att Österrike ersätter rådets i direktivet klart uttalade bedömning av riskerna med anonyma sparkonton med sin egen. Detta är liktydigt med att ifrågasätta lagenligheten av de tillämpliga bestämmelserna i direktivet, vilket — som jag tidigare har fastställt — i nuvarande läge inte är tillåtet för svaranderegeringen. Jag vill för fullständighetens skull erinra om att en medlemsstat enligt rättspraxis inte kan åberopa att den omständigheten att ett direktiv inte har följts "inte har haft någon skadlig inverkan på den inre marknadens funktion eller på sagda direktiv".[101]

90. Vad slutligen gäller det påstådda åsidosättandet av proportionalitetsprincipen, som skulle följa av tillämpningen av direktivet på sparkonton, är det visserligen ostridigt att en medlemsstat kan åberopa en ursäkt för att inte ha uppfyllt en gemenskapsrättslig skyldighet endast i den mån denna ursäkt är nödvändig och står i proportion till det eftersträvade målet, men detsamma gäller dock inte för kommissionen då denna klandrar en medlemsstat för att inte ha uppfyllt en skyldighet av det slaget. Kommissionen skall i det fallet endast visa att det föreligger ett fördragsbrott utan att behöva bevisa att detta inte står i proportion till EG-fördraget. I annat fall skulle utnyttjandet av proportionalitetsprincipen medge en medlemsstat att efter eget behag vid ett fördragsbrottsförfarande ifrågasätta den rättsliga grunden för en gemenskapsakt, vilket av redan angivna skäl måste uteslutas.

99 — Detta gäller framför allt för grunden skyddet för hälsan. Se framför allt dom av den 5 oktober 1977 i mål 5/77, Tedeschi (REG 1977, s. 1555), punkt 35, dom av den 10 december 1985 i mål 247/84, Motte (REG 1985, s. 3887), punkt 16, och senast dom av den 25 mars 1999 i mål C-112/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-1821), punkt 54.

100 — I detta sammanhang vill jag erinra om att en medlemsstat enligt fast rättspraxis i vart fall inte kan åberopa interna svårigheter för att rättfärdiga sin underlåtenhet att uppfylla skyldigheterna enligt ett direktiv. Se bland annat dom av den 27 april 1988 i mål 225/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 2271), punkt 10.

101 — Dom av den 18 december 1997 i mål C-263/96, kommissionen mot Belgien (REG 1997, s. I-7453), punkt 30.

Det påstådda åsidosättandet av skyldigheten att se till att kunden styrker sin identitet med avseende på den österrikiska lagstiftningen om värdepapperskonton

Kommissionens anmärkningar

91. Kommissionen har för det andra kritiserat Österrike för att inte korrekt ha införlivat artikel 3.1, 3.5 och 3.6 i direktivet med de gällande bestämmelserna om värdepapperskonton, genom a) att ha föreskrivit att kunderna först från och med 1 augusti 1996, och inte från och med den 1 januari 1994, skall legitimera sig då ett värdepapperskonto öppnas, b) att inte ha föreskrivit att kunderna skall legitimera sig vid transaktioner från eller till befintliga värdepapperskonton annat än vid mottagande och förvärv av värdepapper för sådana konton i den mening som avses i 40 § femte stycket i BWG.

92. Sökanden har formulerat dessa anmärkningar i ansökan, vari ordagrant återges innehållet i det motiverade yttrandet av den 21 februari 1997. I föreläggandet av den 14 februari 1996 hänvisades dock allmänt till kravet att "innehavarna av anonyma konton som öppnats efter den 1 januari 1994 *systematiskt* och *retroaktivt* måste styrka sin identitet" [102] och till att "skyldigheten att se till att kunden styrker sin identitet skall avse varje transaktion över ett anonymt konto". [103] Det skall framhållas att den österrikiska lagstiftningen om värdepapperskonton från och med den 1 augusti 1996 — det vill säga efter det att kommissionen avsänt den formella underrättelsen men före överlämnandet av det motiverade yttrandet — har ändrats så att det med verkan från den dagen föreskrivs att kunderna skall legitimera sig då dessa konton öppnas och då transaktioner utförs för mottagande och förvärv av värdepapper.

93. Kommissionen har i sin ansökan förklarat att de åtgärder som regeringen vidtagit år 1996 enligt dess uppfattning inte är tillräckliga för att säkerställa att bestämmelserna i artikel 3.1, 3.5 och 3.6 i direktivet avseende värdepapperskonton iakttas. Införlivandet av dessa bestämmelser var nämligen försenat och avskaffandet av anonymiteten hos värdepapperskonton och transaktioner i samband med dessa var inte förenat med någon retroaktiv verkan. Begränsningen av den skyldighet som förelåg den 1 augusti 1996 att fastställa kunders identitet vid vissa av alla de transaktioner som kan genomföras på sådana redan existerande anonyma värdepapperskonton skulle möjliggöra att, i tydlig motsats till vad direktivet vill förhindra, dessa konton användes för tvättning av pengar.

102 — Kommissionens skrivelse av den 14 februari 1996, bifogad i bilaga 1 till ansökan, slutsatser ("Schlußfolgerungen"), s. 5 (min kursivering).

103 — Ibidem.

Den österrikiska regeringens försvarsargument

94. Den österrikiska regeringen har medgivit att den med verkan först från och med den 1 augusti 1996 har föreskrivit om en skyldighet att se till att kunderna styrker sin identitet då värdepapperskonton öppnas. Nämnda regering har till sitt försvar anfört i huvudsak två skäl: nödvändigheten att skydda berättigade förväntningar hos de näringsidkare som öppnat anonyma konton före denna tidpunkt och behovet av att hindra att stora flöden av kapital från dessa konton överförs till tredje land.

95. Till stöd för den första grunden har svaranderegeringen anfört att det inte hade varit lämpligt att med retroaktiv verkan utvidga de nya bestämmelserna om fastställande av kunders identitet till värdepapperskonton som öppnats före den 1 augusti 1996, eftersom detta skulle ha skadat det förtroliga förhållande som byggts upp mellan dessa kunder och kreditinstituten och de finansiella instituten hos vilka dessa hade deponerat sina värdepapper. Detta förtroendeförhållande är värt att skydda, då det påverkar personers förmögenhetsförhållanden, befintliga avtalsförhållanden mellan dessa och bankerna och slutligen reglerna för äganderätt avseende värdepapper. [104] Den lösning som innebär ett progressivt avskaffande av anonymiteten har i det sammanhanget den fördelen att alltför bryska ändringar av bestämmelserna om värdepapper undviks och att kunderna ges möjlighet att utan brådska välja alternativa investeringsformer.

96. Till stöd för den andra grunden har den österrikiska regeringen framhållit de allvarliga skadorna för Österrikes ekonomi och mer allmänt för Europeiska unionen som skulle uppkomma om "en oorganiserad flykt" ("ungeordneter Aussteigen") [105] av en betydande mängd kapital från den österrikiska kapitalmarknaden ägde rum. En sådan betydande mängd kapital skulle kunna drivas till andra skatteparadis om anonymiteten plötsligt avskaffades. Det föreligger särskilt risk för att en sådan flykt framkallar en överdriven höjning av räntesatserna, med allvarliga återverkningar på stabiliteten i den österrikiska budgeten och — i förlängningen — på hela det europeiska finanssystemet.

97. Svaranden har vidare anfört att av transaktioner som kan utföras till och från anonyma värdepapperskonton som är för handen den 1 augusti 1996 omfattas endast mottagande och förvärv av värdepapper av skyldigheten att se till att kunden styrker sin identitet, eftersom endast sådana transaktioner kan vara av intresse för tvättning av pengar. Anonyma värdepapperskonton är för övrigt inte lämpliga för brottslig verksamhet, då efter nämnda tidpunkt

104 — Punkt III.B.5 i svarsinlagan.

105 — Ibidem, s. 27.

något nytt värdepapper inte längre kan deponeras anonymt,[106] medan förvaltningen av befintliga medel begränsas av löptiden för de värdepapper och obligationer som har förvärvats på kapitalmarknaden, som av utställarna i regel inte förlängs.[107]

Generaladvokatens bedömning

98. Den bedömningsmetod som använts tidigare kan även användas på denna nya serie anmärkningar. Det skall i detta avseende undersökas vilken omfattning kommissionens anmärkningar mot Österrike har, om de är välgrundade, och om och i vad mån de grunder som svaranden har åberopat till sitt försvar kan godtas.

— Omfattningen av de anmärkningar som berör värdepapperskonton

99. Av redan angivna skäl är jag av den uppfattningen att de förhållanden för vilka kommissionen har kritiserat den österrikiska regeringen kan ha inträtt först den 1 januari 1995 och endast kan avse underlåtenheten att iaktta artikel 3.1 och 3.5 i direktivet. Innehållsmässigt är läget klart, det vill säga kommissionen har i huvudsak kritiserat Österrike för att inte med verkan från och med den 1 januari 1995 ha upphävt anonymiteten avseende värdepapperskonton och för att inte ha föreskrivit en skyldighet att fastställa kunders identitet vid andra transaktioner på befintliga värdepapperskonton än mottagande och förvärv av nya värdepapper.

— Huruvida anmärkningarna avseende värdepapperskonton kan tas upp till prövning och huruvida de är välgrundade

100. Jag anser att kommissionens båda anmärkningar som skall undersökas här kan tas upp till prövning. Visserligen har de framförts uttryckligen för första gången i det motiverade yttrandet och förefaller således åtminstone inte på det formella planet motsvara de anmärkningar som återfinns i den formella underrättelsen av den 14 februari 1996. Häri krävdes blott upphävande av anonymiteten avseende värdepapper och transaktioner i samband med dem. Kommissionen har dock i nämnda skrivelse även klargjort att innehavare av värdepapperskonton "med retroaktiv verkan och systematiskt måste identifieras" och har på detta sätt tydligt låtit förstå att införlivandet av direktivet på den punkten borde ha genomförts av de österrikiska myndigheterna från den tidpunkt — den 1 januari 1995 — då skyldigheten inträdde för dessa myndigheter att följa föreskrifterna i direktivet. Den österrikiska regeringen har visserligen på den punkten införlivat direktivet, men har gjort det för sent och därtill med verkan först från och med den 1 januari 1996. Kommissionen har därför vid omformuleringen av anmärkningarna i det motiverade yttrandet uppenbarligen endast anpassat dem till den nya situationen. I förevarande mål

106 — Punkt III.B.3 i svarsinlagan. Punkt 2.4.1 i motrepliken.
107 — Punkt 2.4.1 i motrepliken, s. 15.

kan man således tala om en *inskränkning* av anmärkningarna på så sätt att kommissionen yrkar att domstolen skall fastställa fördragsbrott för perioden från den 1 januari 1995 till den 1 augusti 1996, och inte — såsom vid skyldigheten att förbjuda penningtvätt — av en ändring av deras *innehåll i sak*.

101. Sedan detta konstaterats anser jag — med hänvisning till artikel 3.1 och 3.5 i direktivet — att den första av de båda anmärkningarna, nämligen anmärkningen avseende tidpunkten för skyldigheten att fastställa kunders identitet vid öppnande av värdepapperskonton är välgrundad. Det är i det avseendet tillräckligt att fastställa att Österrike vid den i det motiverade yttrandet fastställda tidpunkten inte hade upphävt anonymitetsreglerna för värdepapperskonton från och med den 1 januari 1995, utan endast från och med en senare tidpunkt, och på så sätt till egen fördel skapat en undantagssituation som inte föreskrivs i direktivet för perioden från och med den 1 januari 1995 till den 1 augusti 1996. Domstolen har för övrigt sedan länge fastställt att "bestämmelserna i ett direktiv är, för de medlemsstater detta riktar sig till, inte mindre bindande än bestämmelserna i andra rättsakter. Detta gäller än mer bestämmelserna om tidsfrister för genomförande av de föreskrivna åtgärderna, eftersom skillnaderna mellan de olika system som tillämpas i medlemsstaterna efter utgången av dessa tidsfrister kan leda till diskriminering". [108]

108 — Dom av den 26 februari 1976 i mål 52/75, kommissionen mot Italien (REG 1976, s. 277; svensk specialutgåva, volym 3, s. 41), punkt 10. Se även dom av den 21 juni 1973 i mål 79/72, kommissionen mot Italien (REG 1973, s. 667), punkt 7.

102. Av samma skäl som jag har framfört vid undersökningen av de föregående invändningarna anser jag däremot inte, med hänvisning till artikel 3.1 i direktivet, att kommissionens andra anmärkning om reglerna för transaktioner avseende värdepapperskonton är välgrundad.

— Den österrikiska regeringens argument

103. Svaranderegeringen har i huvudsak framfört två argument för att rättfärdiga det försenade införandet av skyldigheten att se till att kunden styrker sin identitet i samband med värdepapperskonton: skyddet av berättigade förväntningar och risken för kapitalflykt till tredje land.

104. Ingen av dessa grunder hör till dem som i EG-fördraget medges som möjliga grunder för inskränkningar av etableringsfriheten eller — ur den inre marknadens perspektiv — av den fria rörligheten för varor. De skäl som den österrikiska regeringen har åberopat för att rättfärdiga sitt beslut att först den 1 augusti 1996 låta upphäva anonymiteten avseende värdepapperskonton beror i själva verket på interna svårigheter — hänsyn till spararnas krav — som har gjort att en retroaktiv utvidgning av de nya reglerna för värdepapperskonton inte varit opportun. Dessa svårigheter mot-

svarar dock inte begreppet — som utvecklats av domstolens rättspraxis — om "absolut omöjlighet" [109] att rätta sig efter en gemenskapsrättslig skyldighet, som är den enda omständighet som kan rättfärdiga en medlemsstats fördragsbrott. Dessa argument kan således inte anses vara giltiga ursäkter.

105. Jag finner i synnerhet att det österrikiska argumentet avseende skyddet för berättigade förväntningar är osammanhängande. För det första kan enligt rättspraxis [110] sådana näringsidkare åberopa denna princip vars intressen skadas genom gemenskapens rättsakter, men i princip inte de medlemsstater som kritiseras för underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter enligt dessa rättsakter, bortsett endast från det — verkligen speciella — fallet av återkrav av felaktigt utbetalat stöd, [111] vilket för övrigt inte är fallet i förevarande mål. För det andra står domen i målet Tögel, [112] som den österrikiska regeringen åberopar i motrepliken, ingalunda i något motsatsförhållande till nämnda rättspraxis, eftersom det i denna fastställs att för det fall ett direktiv inte har införlivats vid utgången av den föreskrivna fristen för detta skall den nationella domstolen i den utsträckning det är möjligt säkerställa att tolkningen av den nationella rätten överensstämmer med direktivet, [113] såsom fastställts i fast rättspraxis. [114] Vidare tvivlar jag i föreliggande fall starkt på att spararens krav att bibehålla anonymiteten avseende värdepapperskonton kan anses vara ett skyddsvärt intresse, särskilt mot bakgrund av sådana kriminella konsekvenser som anonymiteten hos bankkonton *objektivt* riskerar att främja. Denne sparare visste för övrigt att Österrike hade skyldighet att senast den 1 januari 1995 föreskriva att kunders identitet skall fastställas för *alla* vid denna tidpunkt upprättade affärsförhållanden.

106. Svaranderegeringens ståndpunkt i fråga om den eventuella kapitalflykt till hypotetiska skatteparadis som ett retroaktivt avskaffande av anonyma värdepapperskonton skulle kunna medföra finner jag *a fortiori* inte vara övertygande. Som kommissionen oemotsagd har påpekat, [115] är det nämligen svårt att förstå vilket det ekonomiska skäl skulle vara som kunde leda ärliga sparare till att enbart på grund

109 — Dom av den 15 januari 1986 i mål 52/84, kommissionen mot Belgien (REG 1986, s.89), punkt 16. Se även dom av den 2 februari 1988 i mål 213/85, kommissionen mot Nederländerna (REG 1988, s. 281), punkt 22.

110 — Se bland annat dom av den 28 april 1988 i mål 120/86, Mulder (REG 1988, s. 2321), punkt 27, dom av den 5 oktober 1994 i de förenade målen C-133/93, C-300/93 och C-362/93, Crispoltoni (REG 1994, s. I-4863), punkt 57, och dom av den 26 november 1996 i mål C-68/95, T. Port (REG 1996, s. I-6065), punkt 40.

111 — Se bland annat dom av den 21 september 1983 i de förenade målen 205/82—215/82, Deutsche Milchkontor (REG 1983, s. 2633; svensk specialutgåva, volym 7, s. 233), punkt 33, och dom av den 20 mars 1997 i mål C-24/95, Alcan Deutschland (REG 1997, s. I-1591), punkt 38.

112 — Dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97 (REG 1998, s. I-5357). Nämnda mål berörde sektorn för anbudsförfarande vid offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

113 — Ibidem, punkt 28.

114 — Se särskilt dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8.

115 — Punkt 42 i repliken.

av avskaffande av anonymiteten avseende värdepapperskonton överföra kapital från Österrike till andra länder, om räntevillkoren för i värdepapper investerat kapital förblir oförändrade. Om den österrikiska regeringen däremot syftar på det faktum att eventuellt svart kapital som "placerats" på anonyma konton snabbt kan försvinna om reatroaktiva ändringar av anonymitetsreglerna sker, så kan de svårigheter som denna regering har anfört under inga omständigheter beaktas.

Rättegångskostnader

107. Om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter kan domstolen enligt artikel 69.3 första stycket i rättegångsreglerna besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad. Då jag föreslår att kommissionens yrkande endast delvis skall bifallas är jag av den uppfattningen att vardera parten skall bära sin kostnad.

Förslag till avgörande

108. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen skall döma enligt följande:

1) Domstolen är inte behörig att uttala sig om Republiken Österrikes påstådda åsidosättande av gemenskapsrätten avseende en period före dagen för Österrikes anslutning till Europeiska unionen.

2) Den österrikiska regeringens invändning om rättsstridighet kan inte tas upp till prövning.

3) Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 3.1 och 3.5 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar genom att

— inte föreskriva att i Österrike bosatta kunder från och med den 1 januari 1995 skall legitimera sig i samband med öppnandet av sparkonton i ATS,

— först med verkan från och med den 1 augusti 1996 föreskriva att kunderna skall legitimera sig i samband med öppnande av värdepapperskonton.

4) Talan ogillas i övrigt.

5) Vardera parten skall ersätta sin rättegångskostnad.