FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

fremsat den 10. juli 2008 [1]

1. De foreliggende sager vedrører investeringsaftaler, som Østrig, henholdsvis Sverige, har indgået med forskellige tredjelande, hvorefter investorer sikres overførsel af kapital, der er forbundet med deres investeringer.

2. Samtlige disse bilaterale investeringsaftaler er indgået, før Østrig og Sverige tiltrådte De Europæiske Fællesskaber, og reguleres derfor af artikel 307 EF. I henhold til den pågældende artikel er Østrig og Sverige forpligtet til at bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de uoverensstemmelser med EF-traktaten, der måtte være i sådanne aftaler. Kommissionen gør gældende, at Østrig og Sverige har tilsidesat denne forpligtelse, for så vidt som deres aftaler ikke indeholder bestemmelse om restriktion for de frie kapitalbevægelser til og fra tredjelande, som foreskrevet i EF-traktatens artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF, og at de ikke har taget skridt til at afhjælpe situationen.

I — Den faktiske og retlige baggrund

3. Østrig og Sverige »anklages« således for at have sikret de frie kapitalbevægelser til og fra tredjelande alt for nidkært. Hovedspørgsmålet i sagerne er imidlertid ikke dette åbenlyse paradoks. Selv om artikel 57, stk. 2, artikel 59, stk. 1, og artikel 60, stk. 1, EF tillader begrænsninger af den frie kapitalbevægelse, har Fællesskabet endnu ikke indført sådanne restriktioner i forhold til de pågældende tredjelande. I hvilken udstrækning kan Østrig og Sverige gøres ansvarlige for ikke at fjerne en uoverensstemmelse, der tilsyneladende endnu ikke er opstået?

4. Østrig indgik adskillige bilaterale investeringsaftaler med tredjelande, før landet

1 — Originalsprog: engelsk.

tiltrådte Den Europæiske Union [2]. De pågældende aftaler indeholder en såkaldt »transferbestemmelse«, der sikrer begge parters investorer fri overførsel, uden unødigt ophold, af kapital forbundet med deres investering.

5. Inden sin tiltrædelse indgik Sverige ligeledes en række bilateral investeringsaftaler med tredjelande, der indeholdt en transferbestemmelse [3]. I de svenske aftaler giver denne bestemmelse ret til overførsel af forskellige typer kapital, der er forbundet med investering, dvs. fortjeneste, beløb opstået i forbindelse med likvidation, tilbagebetaling af lån og betaling af udgifter. I visse aftaler fastsættes, at transfer skal ske i overensstemmelse med gældende national lovgivning.

6. Investeringsaftalers betydning var stigende i 1990'erne, hvilket endda førte til forhandlinger i Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD) i forsøget på at indføre et multilateralt instrument. Disse forhandlinger lykkedes imidlertid ikke. Der fremkom i stedet et netværk af bilaterale aftaler, der i dag tæller tusinder. Østrig og Sverige har gjort gældende, uden at Kommissionen har gjort indvendinger herimod, at transferbestemmelserne i deres aftaler er standardbestemmelser, og at de er af grundlæggende betydning for denne aftaletype.

7. I traktaten sidestilles de frie kapitalbevægelser til og fra tredjelande med kapitalbevægelser mellem medlemsstater. Artikel 56 EF forbyder enhver restriktion af begge samt enhver restriktion i forbindelse med betaling mellem medlemsstater og til og fra tredjelande. I henhold til traktaten kan medlemsstaterne imidlertid indføre visse restriktioner (navnlig i artikel 58 EF, der indeholder adskillige begrundelser), og hvad der er endnu vigtigere for denne sag, så kan Fællesskabet selv indføre sådanne.

8. Artikel 57, stk. 2, EF giver Fællesskabet mulighed for at regulere kapitalbevægelser til og fra tredjelande, herunder at indføre restriktioner:

2 — Med Kina (BGB1. 537/1986, ikrafttrådt den 11.10.1986), Malaysia (BGB1. 537/1986, ikrafttrådt den 1.1.1987), Den Russiske Føderation (BGB1. 387/1991, ikrafttrådt den 1.9.1991, oprindeligt indgået med eks-Sovjetunionen og gjort anvendelig mellem Østrig og Den Russiske Føderation ved en noteudveksling BGBl. 257/1994), Korea (BGB1. 523/1991, ikrafttrådt den 1.11.1991), Tyrkiet (BGB1. 612/1991, ikrafttrådt den 1.1.1992) og Cap Verde (BGB1. 83/1993, ikrafttrådt den 1.4.1993).

3 — Med Vietnam (SÖ 1994:69, ikrafttrådt den 2.8.1994), Argentina (SÖ 1992:91, ikrafttrådt den 28.9.1992), Bolivia (SÖ 1992:19, ikrafttrådt den 3.7.1992), Elfenbenskysten (SÖ 1966:31, ikrafttrådt den 3.11.1966), Ægypten (SÖ 1979:1, ikrafttrådt den 29.1.1979), Hong Kong (SÖ 1994:19, ikrafttrådt den 26.6.1994), Indonesien (SÖ 1993:68, ikrafttrådt den 18.2.1993), Kina (SÖ 1982:28, ikrafttrådt den 29.3.1982), Madagascar (SÖ 1967:33, ikrafttrådt den 23.6.1967), Malaysia (SÖ 1979:17, ikrafttrådt den 6.7. 1979), Pakistan (SÖ 1981:8, ikrafttrådt den 14.6.1981), Peru (SÖ 1994:22, ikrafttrådt den 1.8.1994), Senegal (SÖ 1968:22, ikrafttrådt den 23.2. 1968), Sri Lanka (SÖ 1982:16, ikrafttrådt den 30.4.1982), Tunesien (SÖ 1985:25, ikrafttrådt den 13.5.1985), Yemen (SÖ 1983:110, ikrafttrådt den 23.2.1984), Yugoslavien (SÖ 1979:29, ikrafttrådt den 21.11.1979, fornyet med Serbien og Montenegro som følge af en aftale indgået i Stockholm den 28.2.2002).

»Idet det tilstræbes at virkeliggøre målsætningen om fri kapitalbevægelighed mellem medlemsstater og tredjelande i den størst mulige udstrækning, og uden at de øvrige kapitler i denne traktat berøres heraf, kan Rådet, der træffer afgørelse med kvalificeret flertal på forslag af Kommissionen, vedtage foranstaltninger om kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, herunder investering i fast ejendom, etablering, levering af finansielle tjenesteydelser eller værdipapirers adgang til kapitalmarkeder. Der kræves enstemmighed ved vedtagelse i henhold til dette stykke af foranstaltninger, som er et tilbageskridt i fællesskabslovgivningen med hensyn til liberaliseringen af kapitalbevægelser til eller fra tredjelande.«

9. Fællesskabet kan ligeledes træffe beskyttelsesforanstaltninger for at løse vanskeligheder med Den Økonomiske og Monetære Union, som beskrevet i artikel 59 EF:

»Hvis kapitalbevægelser til eller fra tredjelande under ganske særlige omstændigheder medfører eller truer med at medføre alvorlige vanskeligheder for Den Økonomiske og Monetære Unions funktion, kan Rådet, der træffer afgørelse med kvalificeret flertal på forslag af Kommissionen og efter høring af ECB, træffe beskyttelsesforanstaltninger for en periode på højst seks måneder over for tredjelande, hvis sådanne foranstaltninger er strengt nødvendige.«

10. Endelig kan Fællesskabet i henhold til artikel 60, stk. 1, EF begrænse økonomiske forbindelser med tredjelande, herunder kapitalbevægelser, på grundlag af en fælles handling relateret til den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik:

»Hvis en handling fra Fællesskabets side i de i artikel 301 omhandlede tilfælde skønnes nødvendig, kan Rådet efter fremgangsmåden i artikel 301 træffe de nødvendige hasteforanstaltninger med hensyn til kapitalbevægelser og betalinger over for de berørte tredjelande.«

Artikel 301 EF, der henvises til i ovenstående bestemmelse, lyder således:

»Såfremt en fælles holdning eller en fælles aktion, der vedtages ifølge bestemmelserne om den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik i traktaten om Den Europæiske Union, tager sigte på en handling fra Fællesskabets side for helt eller delvis at afbryde eller indskrænke de økonomiske forbindelser med et eller flere tredjelande, træffer Rådet med kvalificeret flertal på forslag af Kommissionen de nødvendige hasteforanstaltninger.«

11. Uanset ovennævnte muligheder har Fællesskabet endnu ikke indført restriktioner, der kan påvirke de frie kapitalbevægelser til og fra tredjelande, som er part i de aftaler, der er indgået med Østrig og Sverige. Navnlig har Fællesskabet endnu ikke anvendt artikel 57, stk. 2, EF med henblik på at regulere området; det har ikke været nødvendigt at indføre de beskyttelsesforanstaltninger, der fremgår af artikel 59 EF; og skønt Rådet allerede har anvendt artikel 60, stk. 1, EF, har tiltagene ikke været rettet mod disse tredjelande i et omfang, der har betydning for sagen her [4].

12. Artikel 307 EF finder anvendelse, såfremt der opstår konflikt mellem de af Østrig og Sverige indgåede aftaler og traktaten. I henhold til denne artikel forbliver aftalerne gyldige, men Østrig og Sverige vil være forpligtet til at bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne uoverensstemmelsen:

»De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før den 1. januar 1958 eller før tiltrædelsesdatoen for tiltrædende medlemsstaters vedkommende er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i denne traktat.

I det omfang, disse konventioner er uforenelige med denne traktat, bringer den eller de pågældende medlemsstater alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser. Om fornødent bistår medlemsstaterne hinanden i dette øjemed og indtager i påkommende tilfælde en fælles holdning.

Ved anvendelsen af de konventioner, der omtales i stk. 1, tager medlemsstaterne i betragtning, at de fordele, hvorom de hver især har givet tilsagn i denne traktat, indgår som integrerende dele af Fællesskabets tilblivelsesproces, og derfor hænger uløseligt sammen med oprettelsen af fælles institutioner, med overdragelsen af beføjelser til disse og med de andre medlemsstaters indrømmelse af samme fordele.«

II — Den administrative procedure

13. Den 12. maj 2004 sendte Kommissionen i overensstemmelse med artikel 226 EF skrivelser til Østrig og Sverige, hvori den tilkendegav, at deres bilaterale aftaler med tredjelande efter dens opfattelse var i strid med Fællesskabets indførelse af de i artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF fastsatte restriktioner. Kommissionen opfordrede Østrig og Sverige til at oplyse, om de havde truffet foranstaltninger med henblik på at fjerne den uoverensstemmelse i henhold til artikel 307, EF, som Kommissionen havde påtalt.

4 — Der var allerede indført sanktioner i henhold til artikel 60, stk. 1, EF mod Elfenbenskysten samt Serbien og Montenegro, med hvilke Sverige havde indgået aftaler eller stadig havde gældende aftaler. Kommissionen har imidlertid ikke påtalt nogen konflikt mellem disse sanktioner og Sveriges aftaler.

14. I deres svar af henholdsvis 14. og 12. juli 2004 afviste Østrig og Sverige, at der forelå en sådan uoverensstemmelse. Herefter fremsatte Kommissionen to begrundede udtalelser den 21. marts 2005, hvorefter Østrig og Sverige fik en frist på to måneder til at opfylde deres forpligtelser i henhold til artikel 307 EF og fjerne den påståede uoverensstemmelse.

15. Som svar på de begrundede udtalelser afviste både Østrig og Sverige fortsat, at der var tale om nogen uoverensstemmelse. Østrig tilføjede, at der i forbindelse med revisionen af dens standard-bilaterale investeringsaftale ville blive tilføjet en bestemmelse om »organisationer til regional økonomisk integration«, der ville hindre uoverensstemmelser med forpligtelserne ifølge traktaten.

16. På baggrund af disse svar anlagde Kommissionen nærværende sag i henhold til artikel 226 EF. Finland, Tyskland, Ungarn og Litauen har anmodet om at måtte intervenere til støtte for Østrig og Sverige.

III — Bedømmelse

17. Hovedspørgsmålet i tvisten mellem Kommissionen og medlemsstaterne er, om der foreligger en uoverensstemmelse med artikel 307 EF. Løsningen på tvisten ville være ganske enkel, hvis Fællesskabet allerede havde indført begrænsninger for kapitalbevægelser til og fra de tredjelande, der har indgået aftaler med Østrig og Sverige. Det er imidlertid ikke tilfældet. Spørgsmålet angår omfanget af Østrigs og Sveriges forpligtelser, indtil sådanne begrænsninger er indført. Medlemsstaterne mener, at indtil Fællesskabet indfører sådanne begrænsninger, vil enhver uoverensstemmelse være »hypotetisk«. Kommissionen gør derimod gældende, at en sådan uoverensstemmelse under alle omstændigheder er tilstrækkelig til at udløse virkningerne af artikel 307 EF og forpligte Østrig og Sverige til at ændre deres aftaler.

18. Begrebet uoverensstemmelse i artikel 307 EF er logisk opbygget af to modstridende dele: en forpligtelse, der følger af traktaten, og en forpligtelse, der følger af en aftale indgået med et tredjeland [5].

5 — Jf. i denne retning dom af 18.11.2003, sag C-216/01, Budvar, Sml. I, s. 13617, præmis 146, og af 10.3.1998, forenede sager C-364/95 og C-365/95, T. Port, Sml. I, s. 1023, præmis 60, og punkt 34 i Generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i sag C-324/93, Evans, hvori der blev afsagt dom den 28.3.1995, Sml. I, s. 563. Hvad angår en forpligtelse, der følger af traktaten, er ræsonnementet for at finde en uoverensstemmelse i henhold til artikel 307 EF den samme som ved afgørelsen om en overtrædelse af artikel 226 EF.

19. Jeg vil derfor først undersøge, om Kommissionens argumenter er tilstrækkelige til at begrunde en forpligtelse, der følger af traktaten (A). Dernæst vil jeg undersøge medlemsstaternes argument om, at investeringsaftalerne under alle omstændigheder ikke kan give anledning til en modstridende international forpligtelse (B). Endelig, såfremt en kombination af disse elementer fører til en uoverensstemmelse, skal det vurderes, om Østrig og Sverige har afhjulpet denne på passende vis, og omfanget af deres forpligtelser til at gøre dette (C).

20. I nærværende forslag til afgørelse vil det blive klargjort, at medlemsstaternes forpligtelser i forbindelse med Fællesskabets potentielle handlinger har en ganske særlig karakter. Med Saint-Exupérys ord i omskrevet form er deres forpligtelse ikke at forudse fremtiden, men at tillade den [6].

A — *Forpligtelsen, der følger af traktaten*

21. Kommissionen har foreslået tre kilder til forpligtelser, der følger af traktaten, som efter dens opfattelse medfører anvendelse af artikel 307 EF: i) afledt ret med hjemmel i artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF; ii) selve artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF og iii) forpligtelsen til loyalt samarbejde [7]. Disse skal analyseres enkeltvis.

22. Jeg vil ligeledes behandle iv) det åbenlyse paradoks i disse sager, nemlig at artikel 307 EF påberåbes til at sætte spørgsmålstegn ved aftaler, der fremmer forpligtelsen i artikel 56 EF til at etablere de frie kapitalbevægelser til og fra tredjelande.

i) Afledt lovgivning hjemlet i artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF

23. Såvel primær som afledt lovgivning kan give anledning til en forpligtelse som omhandlet i traktatens artikel 307 EF. Men kan en sådan forpligtelse udledes af en lovgivning, der kan vedtages med hjemmel i artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF, som imidlertid endnu ikke er indført?

24. Svaret er åbenlyst nej. Den uoverensstemmelse, som omhandles i artikel 307 EF, skal være resultatet af to modstridende forpligtelser. Da der ikke er fastsat normative regler — primære eller afledte — er der ingen

6 — »Citadelle«, Antoine de Saint-Exupéry, forlaget Gallimard, coll. NRF, 1948, s. 167.

7 — Flere medlemsstater har med rette beskyldt Kommissionen for ikke at være klar hvad angår den eksakte kilde til den påståede traktatfæstede forpligtelse, eftersom den under sagen har ændret sin argumentation.

forpligtelse og således heller ingen uoverensstemmelse [8].

ii) Artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF

25. Til forskel fra den afledte lovgivning, som kan vedtages med hjemmel i artikel 57, stk. 2, artikel 59 eller artikel 60, stk. 1, EF, betinges den bindende virkning af disse bestemmelser ikke af nogen handling på fællesskabsplan. De har allerede bindende virkning for lovgivningsprocessen. Spørgsmålet er, om de ligeledes pålægger medlemsstaterne forpligtelser.

26. Efter ordlyden af artikel 57, stk. 2, artikel 59 eller artikel 60, stk. 1, EF synes dette ikke at være tilfældet. Artiklerne giver blot Fællesskabet bemyndigelse til at handle. For at de kan føre til en uoverensstemmelse efter artikel 307 EF, skal den bemyndigelse indebære, at medlemsstaterne pålægges en forpligtelse. Det er imidlertid svært at udlede en sådan forpligtelse af selve artiklerne [9].

27. I modsætning til hvad Kommissionen hævder, kan en sådan forpligtelse aldrig gå ud på at ændre aftalerne, fordi de måtte vise sig at være uforenelige med den lovgivning, som Fællesskabet er kompetent til at vedtage. Forpligtelsen til at ændre aftalerne følger af artikel 307 EF. For at kunne anvende artikel 307 EF er det dog stadig nødvendigt at udlede en forpligtelse, der påhviler medlemsstaterne. Ifølge de nævnte artikler tildeles Fællesskabet imidlertid kun en bemyndigelse til at handle.

28. Der findes et enkelt tilfælde, hvor bemyndigelsen fører til en forpligtelse, nemlig hvor Fællesskabet har enekompetence. I en sådan

8 — Selv Kommissionen omformulerede sit anbringende fra at gøre gældende, at investeringsaftalerne »tilsidesætter eventuelle fremtidige fællesskabsforanstaltninger« (afsnit III i replikken til Østrigs svarskrift), til at gøre gældende, at der foreligger uoverensstemmelser med artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF.

9 — Stillet over for samme vanskelighed fandt generaladvokat Tizzano i sit forslag til afgørelse i de forenede sager C-466/98 — C-469/98, C-471/98 — C-472/98, og C-475/98 — C-476/98, Open Skies — hvori der blev afsagt dom den 5.11.2002, Sml. I, s. 9427 — »at den eksterne kompetence for Fællesskabet, der er opstået på områder, der allerede er reguleret i henhold til medlemsstaternes aftaler, ikke i sig selv medfører, at sådanne aftaler bliver uforenelige med reglerne og principperne om kompetencefordelingen« (punkt 113). Domstolen tog ikke stilling til dette punkt, idet den fandt, at de pågældende aftaler var blevet erstattet af aftaler efter tiltrædelsen og derfor faldt uden for artikel 307 EF's anvendelsesområde.

situation er medlemsstaterne forpligtet til ikke at lovgive. Det er imidlertid ikke tilfældet her. Indtil Fællesskabet handler, kan medlemsstaterne frit regulere kapitalbevægelsen til og fra tredjelande [10]. Med andre ord er der tale om en delt kompetence.

29. Som nogle af de intervenerende medlemsstater har påpeget, vil en forpligtelse for medlemsstaterne til at afstå fra at lovgive, enten ved nationale eller internationale foranstaltninger, for at hindre en eventuel konflikt med fremtidig fællesskabslovgivning bevirke, at de frie kapitalbevægelser til og fra tredjelande vil blive omfattet af Fællesskabets enekompetence. Faktisk vil ethvert område med delt kompetence lide samme skæbne.

30. Kommissionens svar er, at artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF har et så særligt indhold, at medlemsstaternes forpligtelser begrænses i modsætning til andre områder med delt kompetence. Kommissionen vil derfor godtage, at der bliver tale om en enekompetence, men på en begrænset måde. Dette udgør efter min opfattelse ikke noget grundlag for at se bort fra princippet om delt kompetence og hindre medlemsstaterne i at lovgive, når Fællesskabet endnu ikke har handlet. Jeg er tværtimod overbevist om, at besvarelse af, om medlemsstaterne har forpligtelser, ikke er afhængig af omfanget af kompetencen, men bør finde anvendelse på samtlige områder med delt kompetence.

31. Som det vil fremgå af punkt iii) nedenfor, har jeg visse betænkeligheder hvad angår de virkninger, som medlemsstaternes udøvelse af deres delte kompetence til at indgå internationale aftaler kan få for effektiviteten af Fællesskabets egen kompetence og dets frihed til at udøve denne. Løsningen på dette problem består imidlertid ikke i at ændre disse bemyndigelsesgivende bestemmelser til en påstået begrænset enekompetence.

32. Tilsvarende synes artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF blot at bemyndige Fællesskabet til at handle og ikke at pålægge medlemsstaterne en forpligtelse. Artiklerne kan ikke i sig selv føre til en uforenelighed i medfør af artikel 307 EF.

10 — Forudsat at de overholder artikel 56 EF, der forbyder pålæggelse af begrænsninger, eller forudsat at de pålagte begrænsninger er begrundet i hensynet til den almene interesse eller af artikel 58 EF.

iii) Pligten til loyalt samarbejde

33. Forpligtelsen i artikel 307 EF er udtryk for den pligt til loyalt samarbejde, der fremgår af artikel 10 EF [11]. Denne pligt forklarer, hvorfor medlemsstater er forpligtet til at ændre aftaler, som er uforenelige med traktaten, selv om sådanne aftaler anses for fuldt gyldige.

34. Pligten til loyalt samarbejde giver imidlertid ligeledes anledning til mange andre forpligtelser, der i sig selv kan udløse anvendelsen af artikel 307 EF (hvilket enhver traktatfæstet forpligtelse kan gøre). Det ligger i denne pligts natur, at den ikke kan anvendes alene, men kræver, at andre fællesskabsbestemmelser ligeledes finder anvendelse. I denne sammenhæng kan artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF igen blive relevante. De gør det muligt at formulere spørgsmålet i generelle vendinger, nemlig om pligten til loyalt samarbejde indebærer, at medlemsstaterne pålægges forpligtelser på områder, hvor de deler kompetence med Fællesskabet?

35. På dette punkt vil jeg foreslå at drage en parallel til et andet område, hvor pligten til loyalt samarbejde er blevet anvendt, nemlig medlemsstaternes forpligtelser i løbet af fristen for gennemførelse af direktiver.

36. Det skal erindres, at medlemsstaterne ikke er forpligtet til at bringe deres nationale lovgivning i overensstemmelse med et direktiv, før gennemførelsesfristen for det pågældende direktiv er udløbet [12]. Domstolen har imidlertid fastslået, at selv i mangel af en sådan forpligtelse er medlemsstaterne ikke helt frit stillet. Det følger af pligten til loyalt samarbejde, at de »skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare« [13]. Det betyder ikke, at alle konflikter forbydes, men kun de, der kan bringe direktivets målsætning i fare [14].

37. Gennemførelsen af direktiver ligner de delte kompetencer, for så vidt som en konflikt med national lovgivning først kan opstå efter en vis tid, nemlig ved henholdsvis afslutningen af gennemførelsesperioden og udøvelsen af Fællesskabets kompetence. Forskellen består i, at gennemførelsespe-

11 — Jf. forslag til afgørelse af generaladvokat Tizzano i sag C-216/01, Budvar, hvori der blev afsagt dom den 18.11.2003, Sml. I, s. 13617, punkt 150, og punkt 32 i mit forslag til afgørelse i sag C-402/05, Kadi, der verserer for Domstolen.

12 — Jf. i denne retning dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 43.

13 — Wallonie-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 45.

14 — Jf. min analyse af denne forpligtelse inden for rammerne af en sag om artikel 226 EF i mit forslag til afgørelse af 25.2.2007, sag C-422/05, Kommissionen mod Belgien, dom af 14.6.2007, Sml. I, s. 4749, punkt 27-51.

rioden nødvendigvis udløber, mens Fællesskabets kompetence måske aldrig bliver udøvet. Er det tilstrækkeligt til at begrunde en forskellig behandling for så vidt angår pligten til loyalt samarbejde?

38. Det mener jeg ikke. Det følger af pligten til loyalt samarbejde, at en medlemsstat ikke hindrer nogen form for fællesskabshandling. Artikel 10 EF foretager ingen sondring. Det fremgår af den pågældende artikel, at medlemsstaterne »afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne traktats målsætning i fare«. Når Domstolen indtil dags dato har haft anledning til at fastslå, at artikel 10 EF finder anvendelse i et direktivs gennemførelsesperiode, men ikke under udøvelsen af den af traktaten tildelte fællesskabskompetence, er det en ren tilfældighed.

39. Den omstændighed, at udøvelsen af fællesskabskompetence forbliver blot en mulighed, kan ikke ændre denne konklusion. Medlemsstater må ikke bringe Fællesskabets målsætninger, end ikke potentielle målsætninger, i fare. At forfølgelsen af disse målsætninger kræver visse konkrete handlinger (her den egentlige udøvelse af kompetence), er irrelevant. Forpligtelsen til at overholde målsætningen er en realitet og er bindende for medlemsstaterne [15].

40. Det skal imidlertid præciseres, at problemet ikke består i mulige fremtidige konflikter med fællesskabslovgivningen og dens målsætninger. Såfremt alle sådanne mulige konflikter skulle fjernes, ville der ikke længere være nogen delt kompetence, men kun en enekompetence. Problemet opstår alene dér, hvor medlemsstaternes nationale eller internationale forpligtelser kan bringe effektiviteten af en potentiel fremtidig fællesskabslovgivning i fare og derved de facto begrænse den frihed, som Fællesskabet i henhold til traktaten har til at handle på disse områder. Om det er tilfældet, afhænger af såvel de nationale foranstaltningers eller internationale forpligtelsers karakter som de berørte fællesskabsbeføjelser, f.eks. den hastende karakter af de foranstaltninger, der skal vedtages i medfør af sådanne beføjelser.

41. Dette er særlig vigtigt i relation til aftaler, der sikres i henhold til artikel 307 EF. Mens national lovgivning som følge af princippene om direkte virkning og forrang automatisk vil blive tilsidesat af en fremtidig fællesskabslovgivning, er det samme ikke nødvendigvis tilfældet med disse aftaler. Derfor kan forekomsten af sådanne aftaler bringe effektiviteten af den lovgivning, som Fællesskabet har beføjelse til at vedtage, i fare [16].

15 — På samme måde er det fast retspraksis, at den omstændighed, at en aktivitet endnu ikke findes i en medlemsstat, ikke kan fritage den pågældende medlemsstat fra at overholde sin forpligtelse til at gennemføre et direktiv vedrørende denne aktivitet: jf. dom af 14.6.2007, sag C-422/05, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 4749, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes dom af 22.10.1998, sag C-184/96, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6197, »Foie gras«, der henvises til i visse medlemsstaters indlæg.

16 — Hvad angår en medlemsstats handling i løbet af et direktivs gennemførelsesfrist har jeg allerede i mit forslag til afgørelse til sagen i Kommissionen mod Belgien, nævnt ovenfor i fodnote 14, bemærket, at »nationale retsforskrifter f.eks. kan fastsætte forpligtelser, hvis opfyldelse er egnet til at fjerne nyttevirkningen af den harmonisering, der foretages på fællesskabsniveau, eller påbyde nogle valg, der kan bestå i lang tid efter gennemførelsesfristens udløb og påvirke den senere udvikling af disse valg på fællesskabsniveau« (punkt 49).

42. Jeg foreslår derfor Domstolen at anvende det samme ræsonnement, som allerede er blevet anvendt i forbindelse med gennemførelse af direktiver, og fastslå, at medlemsstaterne ikke må træffe foranstaltninger, der kan bringe udøvelsen af Fællesskabets kompetence i alvorlig fare. Medlemsstaterne skal navnlig tage de nødvendige skridt for at hindre, at deres tidligere indgåede internationale forpligtelser bringer udøvelsen af fællesskabsbeføjelser i fare.

43. Denne traktatfæstede forpligtelse kan derfor danne grundlag for en anvendelse af artikel 307 EF. For at der kan foreligge en uoverensstemmelse i henhold til den pågældende artikel i de foreliggende sager, skal udøvelsen af fællesskabsbeføjelsen efter artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 2, EF derfor bringes i alvorlig fare ved de aftaler, som Østrig og Sverige har indgået.

iv) Spørgsmålet, om der er uoverensstemmelse med artikel 56 EF

44. Jeg har antaget, at pligten til loyalt samarbejde forpligter medlemsstaterne til ikke at bringe udøvelsen af fællesskabsbeføjelsen i fare. Gælder det også, når, som det er tilfældet med artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF, beføjelsen gør det muligt at pålægge begrænsninger for den frie bevægelighed?

45. Som nogle medlemsstater har bemærket, kunne dette synes at stride mod forpligtelsen i artikel 56 til ikke at indføre restriktioner for kapitalbevægelser til og fra tredjelande. Det kunne opfattes således, at eventuelle fremtidige restriktioner fik forrang over den nuværende forpligtelse til at tillade den frie bevægelighed.

46. Enhver sådan bekymring er grundløs alene af den grund, at der ikke foreligger nogen uoverensstemmelse. Medlemsstaternes forpligtelse til at sikre fri bevægelighed finder anvendelse uanset deres pligt til ikke at bringe en fremtidig fællesskabshandling i fare. Såfremt denne pligt indebærer en tilsidesættelse af en national bestemmelse, der sikrer fri bevægelighed — eller, som i de forelæggende sager, ændring af en international aftale i overensstemmelse med artikel 307 EF — er det en følge af, at Fællesskabet, i begrænsede tilfælde, er bemyndiget til at indføre begrænsninger for de frie kapitalbevægelser. Pligten til ikke at bringe udøvelsen af fællesskabsbeføjelsen i fare skal ikke forveksles med de rettigheder og forpligtelser, der er forbundet med medlemsstaternes handlinger på dette område.

B — *Den forpligtelse, der følger af en aftale indgået med et tredjeland*

47. For at der kan opstå en uoverensstemmelse i henhold til artikel 307 EF, når først det er fastslået, at der foreligger en traktatfæstet forpligtelse, skal der være en modstridende forpligtelse i en aftale indgået med et tredjeland.

48. Jeg vil derfor i) undersøge, om de aftaler, som Østrig og Sverige har indgået, indeholder en sådan modstridende international forpligtelse. Jeg vil dernæst ii) analysere medlemsstaternes argumenter om, at uoverensstemmelsen kan undgås uden at anvende artikel 307 EF.

i) Internationale forpligtelser, der kan bringe udøvelsen af en fællesskabsbeføjelse i alvorlig fare

49. Domstolen har fastslået, at artikel 307 EF finder anvendelse på internationale aftaler, der »kan have virkning for traktatens anvendelse« [17]. Dette angiver, på hvilket niveau undersøgelsen skal foretages. I modsætning til hvad Sverige gør gældende, er det ikke nødvendigt at undersøge den præcise betydning af en aftale i lyset af dens særlige omstændigheder. Det er tilstrækkeligt, at aftalen efter sin ordlyd »kan« være uforenelig med traktaten.

50. Transferbestemmelserne i de aftaler, som Østrig og Sverige har indgået, er beskrevet ovenfor. Alle parter er enige om deres indhold, nemlig at sikre fri bevægelighed af enhver form for kapital forbundet med investeringer. Hvis Fællesskabet skulle indføre begrænsninger for den frie bevægelighed i henhold til artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF, ville aftalerne højst sandsynligt være uforenelige med en sådan lovgivning [18]. Som allerede nævnt flere gange er en sådan eventuel uoverensstemmelse dog ikke relevant for de foreliggende sager. Der vil kun være tale om uoverensstemmelse, såfremt aftalerne kan bringe udøvelsen af en fællesskabsbeføjelse i alvorlig fare.

51. Jeg mener, at der foreligger en sådan uoverensstemmelse. Når Fællesskabet udøver sin beføjelse, kan det tjene forskellige mål som fastsat i artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF, men fælles for dem alle er, at de kan bringes i fare ved at tillade Østrig og Sverige at opretholde internationale forpligtelser, der kan skade effektiviteten af den lovgivning, som Fællesskabet i henhold til disse artikler kan vedtage.

17 — Dom af 14.10.1980, sag 812/79, Burgoa, Sml. s. 2787, præmis 6.

18 — Østrig har gjort gældende, at visse elementer i den pågældende klausul ville medføre, at uoverensstemmelsen kunne undgås, mens Sverige har fremført samme argument i henseende til andre klausuler i dens aftaler. Disse argumenter behandles i punkt ii) nedenfor.

52. I nogle tilfælde vil Fællesskabets handling klart miste sin effektivitet. I henhold til artikel 59 EF kan der f.eks. vedtages foranstaltninger for en periode, der ikke overstiger seks måneder. Det er vanskeligt at se, hvorledes sådanne foranstaltninger skal kunne vedtages og gennemføres rettidigt i forhold til de lande, der har indgået aftaler med Østrig og Sverige. Det samme gør sig gældende i relation til artikel 60, stk. 1, EF. Den hastende (og umiddelbart eksigible) karakter af sanktioner vedtaget i henhold til denne artikel er uforenelig med opretholdelsen af Østrigs og Sveriges allerede eksisterende internationale forpligtelser. Hvis man i disse sager skulle vente på, at der opstod en egentlig konflikt mellem fællesskabslovgivning og de internationale forpligtelser, før der kunne tages de nødvendige skridt for at fjerne en sådan uforenelighed, ville det fratage fællesskabslovgivningens dens effektivitet. Det ville være ensbetydende med at begrænse den beføjelse, som traktaten tildeler Fællesskabet.

53. I andre tilfælde er tabet af effektivitet mindre klar, f.eks. i relation til fremtidig lovgivning om frie kapitalbevægelser kapital i artikel 57, stk. 2, EF eller en begrænsning af de økonomiske forbindelser i henhold til artikel 60, stk. 1, EF af andre grunde end sanktionsvilje. Ikke desto mindre er det et faktum, at aftalerne indgået af Østrig og Sverige kan hindre den umiddelbare anvendelse af restriktioner, og en sådan anvendelse kan være væsentlig for formålet med fællesskabslovgivningen. Den beføjelse, som Fællesskabet tildeles i henhold til artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF, bør ikke kunne indskrænkes af Østrigs og Sveriges mulighed for at opretholde internationale forpligtelser, der ex ante kan fratage fællesskabslovgivningen dens effektivitet.

54. Efter min opfattelse foreligger der således en uoverensstemmelse ifølge artikel 307 EF mellem transferbestemmelserne i de aftaler, som Østrig og Sverige har indgået, og de traktatfæstede forpligtelser om ikke at bringe udøvelsen af den kompetence, der fremgår af artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF, i fare.

ii) Afværgelse af en uoverensstemmelse i henhold til artikel 307 EF

55. Østrig og Sverige, der støttes af samtlige de intervenerende medlemsstater, har gjort gældende, at der er flere måder, hvorpå en uoverensstemmelse mellem deres aftaler og artikel 307 EF kan undgås. Samtlige disse måder indebærer, at det hindres, at aftalerne anvendes, enten ved fortolkning, via folkeretten eller ved ganske enkelt ikke at bruge dem.

56. Principielt mener jeg ikke, at disse argumenter kan godtages. Når først en aftale, på grund af sin ordlyd, kan svække anvendelsen

af traktaten, foreskriver artikel 307 EF allerede en hensigtsmæssig rekvisit: Medlemsstaterne skal anvende alle egnede midler for at fjerne uoverensstemmelsen. Dette har Domstolen fortolket således, at aftalen skal ændres eller, om nødvendigt, opsiges [19].

57. Såfremt medlemsstaterne havde ret i, at enhver uoverensstemmelse kunne fjernes ved blot at fortolke aftalerne i henhold til fællesskabsretten, ved at anvende visse folkeretlige principper — navnlig rebus sic stantibus — eller ved slet ikke at bruge dem, ville denne ret altid kunne gøres gældende, og den forpligtelse, der i henhold til artikel 307 EF pålægges medlemsstaterne til at træffe passende foranstaltninger for at fjerne en sådan uoverensstemmelse, ville ikke have noget formål.

58. Under alle omstændigheder vil hverken den fortolkende fremgangsmåde, som Østrig og Sverige har foreslået, eller anvendelsen af folkeretten kunne bevirke, at aftalernes uoverensstemmelse ville blive bragt til ophør. Skønt det efter min opfattelse ikke er relevant for Østrigs og Sveriges forpligtelser i henhold til artikel 307 EF, vil jeg ikke desto mindre kort analysere transferbestemmelserne nedenfor.

59. Østrig gør gældende, at udtrykket »uden unødigt ophold« i transferbestemmelserne i landets aftaler tillader denne medlemsstat at forsinke enhver transfer og således bevirke, at de midlertidige foranstaltninger fastsat i artikel 59 EF anvendes. Det ville imidlertid ikke gælde for artikel 57, stk. 2, og artikel 60, stk. 1, EF, og selv i henseende til artikel 59 EF er det tvivlsomt, om udtrykket kan fortolkes i den retning.

60. Sverige gør gældende, at eftersom en bestemmelse i nogle af dens aftaler fastsætter, at transfer skal ske ifølge landets lovgivning, kan aftalerne aldrig være i strid med fællesskabsretten. Den pågældende bestemmelse er ikke medtaget i alle Sveriges aftaler, og det kan endvidere diskuteres, om den pågældende bestemmelse henviser til fællesskabsretten.

61. Endelig gør både Østrig og Sverige gældende, at clausula rebus sic stantibus finder anvendelse på deres aftaler. Den doktrin er kodificeret i Wienerkonventionen

19 — Dom af 4.7.2000, sag C-62/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 5171, præmis 49.

om traktatretten og anses normalt for et folkeretligt princip [20]. Østrig og Sverige gør gældende, at Fællesskabets udøvelse af den beføjelse, det tildeles i henhold til artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF, kun vil ske undtagelsesvis. Derfor vil deres aftaler påvirkes af det pågældende princip og kan således ikke gøres gældende mod fællesskabsretten. Princippet om rebus sic stantibus anvendes imidlertid i meget begrænsede tilfælde, og spørgsmålet er, om det kan anvendes i de foreliggende sager.

62. Alle disse argumenter bør forkastes. Anvendelsen af artikel 307 EF kan ikke afhænge af den endelige fortolkning af bestemmelser i en aftale eller anvendelsen af et kontroversielt element i folkeretten såsom rebus sic stantibus. Domstolen har allerede antydet dette ved at fastslå, at den blotte mulighed for, at en aftale er uoverensstemmende, er tilstrækkelig til at anvende artikel 307 EF [21].

20 — Wienerkonventionen om traktatretten, 23.5.1969, artikel 62, »Fundamental ændring af omstændigheder«: »1. En indtruffet fundamental ændring af de omstændigheder, der forelå ved traktatens indgåelse, og som ikke var forudset af deltagerne, kan ikke påberåbes som grund til at bringe traktaten til ophør eller træde tilbage fra den, medmindre: a) disse omstændigheders eksistens udgjorde et væsentligt grundlag for deltagernes samtykke til at være bundet af traktaten, og b) virkningen af ændringen gennemgribende vil forandre omfanget af forpligtelser, som stadig skal opfyldes i henhold til traktaten. 2) En grundlæggende ændring af omstændigheder kan ikke påberåbes som grund til at bringe en traktat til ophør eller træde tilbage fra den: a) Hvis traktaten fastlægger en grænse eller b) hvis den grundlæggende ændring er resultatet af et brud fra den deltagers side, som påberåber sig den, enten på en forpligtelse i henhold til traktaten eller på nogen anden mellemfolkelig forpligtelse over for en anden deltager i traktaten. 3. Hvis en deltager i henhold til de foregående bestemmelser kan påberåbe sig en fundamental ændring af omstændigheder som grund til at bringe traktaten til ophør eller træde tilbage fra den, kan deltageren også påberåbe sig ændringen som grund til at suspendere traktaten.«

21 — Jf. fodnote 17 ovenfor.

C — Foranstaltninger for at fjerne uoverensstemmelsen

63. Når der opstår en uoverensstemmelse i henhold til artikel 307 EF, er medlemsstaterne forpligtet til at bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne den.

64. Sverige anså sin adfærd for lovlig og afviste derfor at træffe foranstaltninger inden for den tidsfrist, der var fastsat i Kommissionens begrundede udtalelse. Sverige har derfor tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 307 EF.

65. Østrig anlagde en lignende holdning, men har i modsætning til Sverige anført, at medlemsstaten arbejder på en bestemmelse om »organisationer for regional økonomisk integration«, der skal tilføjes dens standardinvesteringsaftale. Den pågældende bestemmelse vil angiveligt hindre en aftale i at blive opretholdt, såfremt den er i strid med en fællesskabsretlig forpligtelse. Bestemmelsen vil imidlertid kun finde anvendelse på fremtidige aftaler. Hvad angår de aftaler, der er genstand for den foreliggende sag, nævner

Østrig kun, at der var planlagt forhandling med Kina i nær fremtid, og at en genforhandling af aftalen med Rusland var påbegyndt, men udsat, indtil arbejdet med ovennævnte bestemmelse var afsluttet.

66. Den eneste foranstaltning, Østrig har truffet inden for den frist, som Kommissionen har fastsat i sin begrundede udtalelse, er at indlede forhandlinger om en enkelt aftale. Østrig indstillede efterfølgende disse forhandlinger. Jeg er derfor af den opfattelse, at Østrig ligeledes har tilsidesat sin forpligtelse i henhold til artikel 307 EF.

67. Østrig og Sverige gør gældende, at selv om de ikke har truffet hensigtsmæssige foranstaltninger med henblik på at fjerne uoverensstemmelsen, går forpligtelsen i artikel 307 EF ikke så vidt som til at kræve deres aftaler ophævet. I den henseende har nogle medlemsstater gjort gældende, at der bør tages hensyn til deres udenlandske investorers interesse ved afgørelsen af omfanget af forpligtelsen til at fjerne en uoverensstemmelse i henhold til artikel 307 EF.

68. Artikel 307 EF kræver, at medlemsstaterne skal bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne en uoverensstemmelse. Domstolen har allerede klargjort, hvilke midler der kan blive tale om, nemlig ændringer og, om nødvendigt, opsigelse af aftalerne [22]. Medlemsstater er bundet af det resultat, der skal opnås, og kun begrænset af, at midlerne skal være lovlige.

69. I denne sammenhæng kan de ganske vist tage hensyn til deres investorers interesser. Disse interesser kan imidlertid ikke fritage medlemsstaterne for deres forpligtelse til at overholde fællesskabsretten, medmindre der er en særlig bestemmelse herom. Artikel 307 EF giver mulighed for visse fravigelser fra fællesskabsretten, idet medlemsstaternes allerede indgåede internationale forpligtelser anerkendes. Formålet med artiklen er ikke at give medlemsstaterne ret til at give sådanne forpligtelser forrang for deres fællesskabsretlige forpligtelser, såfremt det måtte være mere fordelagtigt for deres investorer [23].

70. Når det er sagt, bør en ophævelse efter min opfattelse være den sidste udvej [24], og det fordi traktaten i videst muligt omfang forsøger at undgå enhver indblanding i medlemsstaters allerede eksisterende internationale forpligtelser.

22 — Jf. fodnote 19 ovenfor.

23 — Tilsvarende hvad angår en medlemsstats udenrigspolitiske interesser, jf. sagen i Kommissionen mod Portugal, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 50.

24 — Jf. ligeledes forslag til afgørelse af generaladvokat Mischo i sag C-62/98, Kommissionen mod Portugal, hvori der blev afsagt dom den 4.7.2000, Sml. I, s. 5171, punkt 69.

IV — Forslag til afgørelse

71. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at fastslå, at Østrig og Sverige har tilsidesat deres forpligtelser i henhold til artikel 307 EF ved ikke at bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne uoverensstemmelsen mellem de bilaterale investeringsaftaler, de har indgået før deres tiltrædelse, og artikel 10 EF, sammenholdt med artikel 57, stk. 2, artikel 59 og artikel 60, stk. 1, EF.