Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 16 maj 2013 [1]

Mål C-292/11 P

Europeiska kommissionen
mot

Republiken Portugal

”Överklagande — Artikel 258 FEUF — Åtgärder för att följa domstolens dom — Republiken Portugals underlåtenhet att vidta de åtgärder som krävs för att följa en dom i vilken fördragsbrott konstateras — Artikel 260 FEUF — Dom meddelad av domstolen i vilken Republiken Portugal föreläggs att betala vite — Kommissionens bedömning av de åtgärder som medlemsstaten har vidtagit för att följa domstolens dom — Kommissionens befogenheter inom ramen för verkställelsen av den dom som meddelades med stöd av artikel 260 FEUF”

1. I det nu aktuella målet ska domstolen för första gången ta ställning till problematiken kring verkställelse av domar meddelade med stöd av artikel 260 i EUF-fördraget. Den huvudsakliga svårigheten i det aktuella fallet består i att fördraget inte innehåller någon särskild bestämmelse om det förfarande som ska användas när en medlemsstat och Europeiska kommissionen inte är överens i en fråga som rör indrivning av penningbelopp som ska betalas som en åtgärd för att följa en sådan dom.

2. Den tvist som gett upphov till det nu aktuella målet gällde att Republiken Portugal på ett felaktigt sätt hade införlivat rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten. [2] Kommissionen hade med anledning av detta väckt talan mot nämnda medlemsstat med stöd av artikel 226 EG (nu artikel 258 FEUF). Genom dom av den 14 oktober 2004 i målet kommissionen mot Portugal (nedan kallad 2004 års dom om fördragsbrott) [3], fann domstolen att Republiken Portugal genom sin underlåtenhet att upphäva förordning nr 48 051 av den 21 november 1967, om krav på styrkande av uppsåt eller oaktsamhet för att skadestånd ska utgå till personer som lidit skada till följd av ett åsidosättande av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller de nationella bestämmelserna om genomförande av dessa (nedan kallad förordning nr 48 051) hade åsidosatt sina skyldigheter enligt nämnda direktiv. Kommissionen gjorde sedermera bedömningen att Republiken Portugal inte hade följt den domen och väckte därför talan med stöd av artikel 228.2 EG (nu artikel 260.2 FEUF). Genom dom av den 10 januari 2008 i målet kommissionen mot Portugal (nedan kallad 2008 års dom om verkställelse) [4], fann domstolen att Republiken Portugal hade underlåtit att följa 2004 års dom om fördragsbrott och förelade Republiken Portugal att betala ett löpande vite fram till dess att 2004 års dom om fördragsbrott följdes helt och hållet.

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 395, s. 33.

3 — Dom av den 14 oktober 2004 i mål C-275/03, kommissionen mot Portugal (ej publicerad i rättsfallssamlingen).

4 — Dom av den 10 januari 2008 i mål C-70/06, kommissionen mot Portugal (REG 2008, s. I-1).

3. Som ett led i kontrollen av efterlevnaden av nämnda dom, och i kraft av sin behörighet på budgetområdet med stöd av artikel 274 EG (nu artikel 317 FEUF), antog kommissionen den 25 november 2008 beslut K(2008) 7419 slutlig om krav på betalning av vite som utgår med anledning av verkställelsen av domstolens dom av den 10 januari 2008 i mål C-70/06, kommissionen mot Portugal (REG 2008, s. I-1) [5] (nedan kallat det angripna beslutet). Republiken Portugal var oense med kommissionen om omfattningen av de åtgärder som Portugal hade vidtagit i syfte att följa 2004 års dom om fördragsbrott och väckte därför talan vid Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt med yrkande om ogiltigförklaring av det angripna beslutet.

4. Genom sitt nu aktuella överklagande har kommissionen yrkat att domstolen ska upphäva tribunalens dom av den 29 mars 2011 i målet Portugal mot kommissionen (nedan kallad den överklagade domen) [6], genom vilken tribunalen biföll Republiken Portugals talan och ogiltigförklarade det angripna beslutet. Kommissionen har anfört två grunder till stöd för sin talan. Inom ramen för den första grundens första del har kommissionen gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att på ett otillbörligt sätt inskränka kommissionens befogenheter och tribunalens behörighet i samband med verkställelse av domar som domstolen meddelar med stöd av artikel 260.2 FEUF. Inom ramen för den första grundens andra del har kommissionen hävdat att tribunalen även gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att göra en ofullständig och restriktiv tolkning av domslutet i 2008 års dom om verkställelse. Som andra grund för sin talan har kommissionen slutligen gjort gällande att den överklagade domens motivering är bristfällig och motsägelsefull.

5. Det nu aktuella målet rör således en fråga som aldrig tidigare prövats, nämligen vilket utrymme kommissionen har att göra egna bedömningar av huruvida nationella myndigheters åtgärder i syfte att avhjälpa ett fördragsbrott är fullständiga och därmed av huruvida en eventuell skyldighet att betala vite har upphört. Domstolen har således ombetts att avgöra frågan om arten och omfattningen av de skyldigheter som åvilar en medlemsstat i kraft av domslutet i en dom som har meddelats med stöd av artikel 258 FEUF.

I – 2004 års dom om fördragsbrott och 2008 års dom om verkställelse samt förfarandet därefter

6. I 2004 års dom om fördragsbrott slog domstolen fast följande:

”Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt … direktiv 89/665/EEG … genom att inte upphäva förordning nr 48 051 … .”

7. I 2008 års dom om verkställelse slog domstolen – i punkterna 16 och 17 – fast att det vid prövningen av huruvida Republiken Portugal hade vidtagit de åtgärder som krävdes för att följa 2004 års dom om fördragsbrott var viktigt, mot bakgrund av lydelsen av domslutet i den domen, att undersöka huruvida förordning nr 48 051 hade upphävts. I punkt 19 i nämnda dom fann domstolen att Republiken Portugal vid den tidpunkt då fristen enligt det motiverade yttrandet av den 13 juli 2005 gick ut ännu inte hade upphävt nämnda förordning. I punkt 36 påpekade domstolen också att Republiken Portugals ombud under förhandlingen vid domstolen den 5 juli 2007 hade bekräftat att nämnda förordning vid denna tidpunkt alltjämt var i kraft.

8. Mot denna bakgrund slog domstolen fast följande:

”1. Republiken Portugal har inte vidtagit de åtgärder som krävs för att följa [2004 års dom om fördragsbrott], och har därigenom underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 228.1 EG, genom att inte upphäva förordning nr 48 051 … .

5 — Ej offentliggjort i *Europeiska unionens officiella tidning*.

6 — Tribunalens dom av den 29 mars 2011 i mål T-33/09, Portugal mot kommissionen (REU 2011, s. II-1429).

2. Republiken Portugal föreläggs att till … [kommissionen] betala ett löpande vite om 19 392 euro för varje dag som löper utan att de åtgärder vidtas som krävs för att följa [2004 års dom om fördragsbrott], från och med avkunnandet av domen i förevarande mål och fram till dess att Republiken Portugal har följt [2004 års dom om fördragsbrott].

…”

9. Vid ett möte den 28 januari 2008 med företrädare för kommissionen hävdade de portugisiska myndigheterna att Republiken Portugal i och med godkännandet av lag 67/2007, som antogs den 31 december 2007 och innebar att förordning nr 48 051 upphävdes, hade vidtagit alla åtgärder som krävdes för att följa 2004 års dom om fördragsbrott. Detta betydde enligt de portugisiska myndigheterna att Republiken Portugal under alla omständigheter som mest skulle behöva betala vite för perioden från dagen för avkunnandet av 2008 års dom om verkställelse till dagen för ikraftträdandet av lag 67/2007, det vill säga den 30 januari 2008. Kommissionen ansåg för sin del att lag 67/2007 inte utgjorde någon tillräcklig och fullständig åtgärd för att följa 2004 års dom om fördragsbrott.

10. Den 15 juli 2008 riktade kommissionen en skrivelse till de portugisiska myndigheterna [7] där den, med stöd av 2008 års dom om verkställelse, anmodade nämnda myndigheter att betala ett belopp av 2 753 664 euro i vite för perioden från den 10 januari till den 31 maj 2008. Kommissionen motiverade sin anmodan med att de portugisiska myndigheterna enligt kommissionens uppfattning ännu inte hade vidtagit alla åtgärder som krävdes för att följa 2004 års dom om fördragsbrott. [8]

11. I skrivelse av den 4 augusti 2008 besvarade de portugisiska myndigheterna kommissionens krav på betalning. De upprepade därvid sin ståndpunkt att de i och med offentliggörandet och ikraftträdandet av lag 67/2007 hade vidtagit alla åtgärder som krävdes för att följa 2004 års dom om fördragsbrott. Dessutom förklarade de portugisiska myndigheterna att de trots detta hade gått med på att ändra lag 67/2007 och anta lag 31/2008 av den 17 juli 2008, innebärande en första ändring av lag 67/2007, för att förhindra en förlängning av tvisten och för att överbrygga meningsskiljaktigheten med kommissionen i fråga om tolkningen av lag 67/2007. Vidare påpekade de portugisiska myndigheterna att artikel 2 i lag 31/2008 innehöll bestämmelser om retroaktiv tillämpning av nämnda lag från och med den 30 januari 2008. Därmed skulle den portugisiska rättsordningen ända sedan den 30 januari 2008 ha varit förenlig med 2004 års dom om fördragsbrott. Mot bakgrund av detta begärde de portugisiska myndigheterna att vitesbeloppet skulle omprövas med den 30 januari 2008 som referensdatum.

12. Genom det angripna beslutet, som delgavs Republiken Portugal genom skrivelse från generalsekretariatet av den 26 november 2008, gav kommissionen uttryck för uppfattningen att lag 67/2007 inte utgjorde en tillräcklig åtgärd för att följa 2004 års dom om fördragsbrott, men att de portugisiska myndigheterna däremot genom lag 31/2008 hade följt nämnda dom. Med hänvisning till att den sistnämnda lagen hade trätt i kraft den 18 juli 2008, fastställde kommissionen den dag då fördragsbrottet hade upphört till den 18 juli 2008. Kommissionen bekräftade följaktligen den anmodan om betalning av vite som hade framställts i skrivelsen av den 15 juli 2008 från generaldirektoratet Inre marknaden och tjänster. Dessutom krävde kommissionen betalning av ett tilläggsbelopp av 911 424 euro avseende perioden från den 1 juni till den 17 juli 2008.

7 — Skrivelse av den 15 juli 2008 med beteckningen MARKT/C 2/PMS/bmgF/(2008) 13692.

8 — Republiken Portugals talan mot nämnda skrivelse från kommissionen av den 15 juli 2008, som den 15 september 2008 registrerades vid förstainstansrättens kansli som mål T-378/08, avskrevs genom beslut av den 5 mars 2009 av ordföranden för förstainstansrättens tredje avdelning.

II – Tribunalens dom och förfarandet vid domstolen i det nu aktuella målet

13. Genom ansökan som inkom den 26 januari 2009 väckte Republiken Portugal talan vid förstainstansrätten om ogiltigförklaring av det angripna beslutet.

14. I den överklagade domen kom tribunalen till att börja med fram till att den med stöd av artikel 225.1 första stycket EG (nu artikel 256 första stycket FEUF) var behörig att pröva talan. Tribunalen förtydligade emellertid, i punkterna 66 och 67 i den överklagade domen, att den vid utövandet av denna behörighet inte fick inkräkta på domstolens exklusiva behörighet enligt artiklarna 226 EG och 228 EG genom att till prövning ta upp en fråga, angående medlemsstatens åsidosättande av sina skyldigheter enligt EG-fördraget, som inte tidigare hade prövats av domstolen.

15. I sak fann tribunalen för det första – i punkterna 68–70 i den överklagade domen och med hänvisning till domslutet i 2008 års dom om verkställelse, tolkat mot bakgrund av de skäl som domstolen anförde i punkterna 16–19 i den domen – att ett upphävande av förordning nr 48 051 i sig var tillräckligt för att Republiken Portugal skulle följa 2004 års dom om fördragsbrott och att vitet löpte till och med ett sådant upphävande. Av detta drog tribunalen – i punkterna 71 och 72 i den överklagade domen – slutsatsen att kommissionen hade gjort en felaktig tolkning av domslutet i 2008 års dom om verkställelse genom att anse dels att antagandet av lag 67/2007, varigenom nämnda förordning upphävdes, inte utgjorde en tillräcklig åtgärd för att följa 2004 års dom om fördragsbrott, dels att Republiken Portugal endast hade följt den domen från och med den 18 juli 2008, det vill säga den dag då lag 31/2008 trädde i kraft. Mot denna bakgrund fann tribunalen att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras.

16. För det andra underkände tribunalen – i punkt 80 och följande punkter i den överklagade domen – kommissionens argument att domstolen genom 2004 års dom om fördragsbrott och 2008 års dom om verkställelse skulle ha krävt att Republiken Portugal, för att undanröja det aktuella fördragsbrottet, inte endast skulle upphäva förordning nr 48 051 utan även göra den nationella lagstiftningen förenlig med kraven enligt direktiv 89/665.

17. För det tredje påpekade tribunalen – i punkt 90 i den överklagade domen – att om kommissionen medgavs ett större utrymme att göra egna bedömningar av åtgärder vidtagna i syfte att följa en dom som domstolen har meddelat med stöd av artikel 228.2 EG och en medlemsstat väckte talan vid tribunalen och därvid ifrågasatte en bedömning från kommissionens sida som gick utöver själva ordalydelsen i domslutet i domstolens dom, skulle tribunalen oundvikligen bli tvungen att pröva huruvida en nationell lagstiftning var förenlig med unionsrätten. En sådan bedömning omfattas emellertid av domstolens exklusiva behörighet och ligger således utanför tribunalens behörighet.

18. Mot bakgrund av samtliga ovan redovisade överväganden biföll tribunalen Republiken Portugals talan och ogiltigförklarade det omtvistade beslutet.

19. Den 9 juli 2011 väckte kommissionen den nu aktuella talan om överklagande och anförde till stöd för denna de båda grunder som har beskrivits i punkt 4 i detta förslag. Genom beslut av domstolens ordförande av den 27 oktober 2011 gavs Republiken Tjeckien, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Grekland, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna, Republiken Polen och Konungariket Sverige tillstånd att intervenera till stöd för Republiken Portugal.

20. Vid den muntliga förhandlingen den 5 mars 2013 yttrade sig den tjeckiska, den grekiska, den spanska, den franska och den svenska regeringen jämte Republiken Portugal och kommissionen.

III – Den andra delen av den första grunden för talan om överklagande: felaktig rättstillämpning i form av restriktiv tolkning av domslutet i domstolens dom

21. Kommissionen har inom ramen för den andra delen av sin första grund för talan aktualiserat en känslig problematik, varför jag har för avsikt att börja med att bedöma den delen av den första grunden. Jag anser i själva verket att bedömningen av den andra delen av den första grunden i betydande grad kommer att påverka bedömningen av den första delen av nämnda grund.

A – *Parternas argument*

22. Inom ramen för den andra delen av den första grunden för sin talan har kommissionen gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att göra en ofullständig och formalistisk tolkning av domslutet i 2008 års dom om verkställelse och därmed på ett otillbörligt sätt begränsa föremålet för det fördragsbrott som domstolen konstaterade i 2004 års dom om fördragsbrott och 2008 års dom om verkställelse. Närmare bestämt har kommissionen hävdat att tribunalen tillämpade rätten felaktigt genom att i punkt 69 i den överklagade domen göra bedömningen att nämnda domslut innebar att ett upphävande av förordning nr 48 051 i sig var tillräckligt för att Republiken Portugal skulle följa 2004 års dom om fördragsbrott och att vitet löpte till och med ett sådant upphävande.

23. Kommissionen har härvid förfäktat en annan uppfattning, nämligen att domslutet i 2004 års dom om fördragsbrott innebär ett tydligt krav på att Republiken Portugal ska vidta de åtgärder som krävs för att följa den domen. Detta är enligt kommissionens uppfattning vad tribunalen borde ha kontrollerat, snarare än att inskränka sig till att konstatera huruvida nämnda förordning hade upphävts; om förordningen hade upphävts utan att lämpliga andra åtgärder vidtogs, skulle detta för övrigt enligt kommissionen ha skapat ett rättsligt tomrum i den portugisiska rättsordningen.

24. Kommissionen anser sig ha haft fog dels för att göra en bedömning av huruvida lag 67/2007 var förenlig med direktiv 89/665 i syfte att kontrollera huruvida Republiken Portugal hade följt 2004 års dom om fördragsbrott, som bekräftades genom 2008 års dom om verkställelse, dels för att – med anledning av sitt konstaterande att det enligt den portugisiska lagstiftningen fortfarande krävdes att uppsåt eller oaktsamhet hade visats för att skadestånd skulle kunna utgå – dra slutsatsen att fördragsbrottet fortfarande förelåg. [9]

25. Republiken Portugal har för sin del gjort gällande att tribunalen gjorde en korrekt tolkning av tillämpningsområdet för dessa domstolens domar. Enligt Republiken Portugals uppfattning överskred kommissionen sina befogenheter inom ramen för det aktuella förfarandet för verkställelse genom att ålägga Republiken Portugal skyldigheter som saknade grund och genom att ta ställning till huruvida lag 67/2007 var förenlig med unionsrätten, en fråga som ännu inte hade prövats av domstolen.

B – *Bedömning*

26. Inledningsvis anser jag det viktigt att närmare beskriva sammanhanget för den kontroll som kommissionen var skyldig att utföra efter det att domstolen hade meddelat domar med stöd av artiklarna 258 FEUF och 260 FEUF.

9 — Kommissionen har i detta avseende bland annat hänvisat till punkt 54 i generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande i det ovannämnda målet C-70/06, kommissionen mot Portugal.

27. Med generaladvokaten Roemers formulering handlar en talan om fördragsbrott inte om skuld- eller moralfrågor utan helt enkelt om ett klarläggande av ett rättsläge.[10] Det är emellertid uppenbart att fördragsbrottsförfarandet under årens lopp har förändrats i betydande grad och därvid fjärmats från funktionen som normativt och objektivt kontrollinstrument.[11] Detta förfarande har alltmer kommit att fungera som ett sätt att bestrida inte endast normluckor utan även nationella myndigheters handlande och praxis. Två exempel som på ett bra sätt illustrerar denna utveckling är den variant av fördragsbrott som utgörs av en administrativ praxis[12] och begreppet ”strukturellt och allmänt fördragsbrott”[13]. Det står således klart att domslutet i en dom som meddelas med stöd av artikel 258 FEUF kan röra ett brett spektrum av rättsliga och faktiska omständigheter som utgör brott mot unionsrätten och att ett sådant domslut kan gå längre än att enbart bekräfta att en bestämmelse i nationell rätt är oförenlig med unionsrätten. Av detta följer att domstolen kan definiera fördragsbrott på olika sätt.

28. Den grundprincip som bör vägleda kommissionen när den utövar sina kontrollbefogenheter efter det att en dom har meddelats med stöd av artikel 260 FEUF är enligt min uppfattning principen om verkställelse, det vill säga verkningsfullt genomförande, av domslutet i den första domen, som har meddelats med stöd av artikel 258 FEUF. Således får kommissionen inte överskrida de gränser för fördragsbrottet som domstolen har angett i sin första dom.

29. Detta innebär att omfattningen av kommissionens behörighet nödvändigtvis följer av lydelsen av det domslut i domen som meddelats med stöd av artikel 258 FEUF och domslutet i domen med stöd av artikel 260 FEUF. Detta utesluter inte att domslutet i vissa fall kan behöva tolkas mot bakgrund av domskälen. En sådan tolkning får emellertid aldrig utöka domslutets tillämpningsområde, eftersom det objektiva tillämpningsområdet för rättskraftsprincipen såvitt avser en dom meddelad av domstolen inte kan vara större än vad som följer av domslutet i den domen.[14] När det gäller en dom om fördragsbrott ska domslutet i synnerhet tolkas med ledning av kommissionens talan och domstolens bedömning av denna.

30. Däremot saknas det enligt min mening – i motsats till vad i synnerhet den franska och den svenska regeringen hävdade vid förhandlingen – anledning att tillgripa kompletterande kriterier såsom att underlåtenhet att följa en dom måste vara uppenbar eller att domsluten i domstolens domar ska tolkas restriktivt. Det handlar helt enkelt om att läsa sig till den skyldighet för en medlemsstat att agera på ett visst sätt i fråga om normgivning eller faktiska omständigheter som domstolen har angett i den dom meddelad med stöd av artikel 258 FEUF i vilken den har konstaterat ett fördragsbrott.

31. När det specifikt gäller fördragsbrott som avser lagstiftning, finns det enligt min uppfattning fog för att skilja mellan två typfall. I det ena fallet anser domstolen att brottet mot unionsrätten består i att det i den nationella rättsordningen finns en gällande bestämmelse som står i strid med unionsrätten. Då finner domstolen att medlemsstaten genom att underlåta att upphäva den bestämmelsen har åsidosatt sina skyldigheter enligt unionsrätten.

10 — Generaladvokaten Roemers förslag till avgörande i mål 7/71, kommissionen mot Frankrike, där dom meddelades den 14 december 1971 (REG 1971, s. 1003, särskilt s. 1035; svensk specialutgåva, s. 615).

11 — Puissochet, J.-P., ”L’action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus?”, *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, 2003, s. 569–580.

12 — Se, bland annat, dom av den 9 maj 1985 i mål 21/84, kommissionen mot Frankrike (REG 1985, s. 1355), av den 26 juni 2001 i mål C-212/99, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-4923), av den 27 april 2006 i mål C-441/02, kommissionen mot Tyskland (REG 2006, s. I-3449), av den 14 juni 2007 i mål C-342/05, kommissionen mot Finland (REG 2007, s. I-4713), och av den 22 januari 2009 i mål C-150/07, kommissionen mot Portugal (REG 2009, s. I-7*).

13 — Se, för ett liknande resonemang, förslaget till avgörande i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike, där domstolen meddelade dom den 12 juli 2005 (REG 2005, s. I-6263), och Wenneras, P., ”A New Dawn for Commission Enforcement under Articles 226 and 228 EC”, *CMLRev*, 2006, vol. 43.

14 — Som generaladvokaten Kokott påpekade i punkt 38 i sitt förslag till avgörande i mål C-526/08, kommissionen mot Luxemburg, där dom meddelades den 29 juni 2010 (REU 2010, s. I-6151), utgör ”[r]ättskraften hos en dom … således hinder mot en ny talan, i den mån som domstolens nya beslut kan motsäga fastställanden avseende sak- och rättsfrågor i den tidigare domen. Härvid är inte endast domslutet utan även domskälen som stöder domslutet och som således inte kan åtskiljas från detta av betydelse.”

32. I det andra fallet utgörs fördragsbrottet av ett felaktigt införlivande av en unionsrättsakt, varvid det antingen helt saknas nationell lagstiftning som införlivar unionsrättsakten, eller också har det skett ett införlivande som emellertid är ofullständigt eller otillräckligt. Då slår domstolen i förekommande fall fast vilka bestämmelser i den nationella rätten som är relevanta i sammanhanget. För att avhjälpa ett sådant fördragsbrott måste medlemsstaten vidta åtgärder som innebär både att de aktuella bestämmelserna upphävs och att det antas ny lagstiftning som är förenlig med unionsrätten.

33. Inte sällan föreligger båda dessa typer av fördragsbrott på en och samma gång. Till exempel kan en medlemsstat både ha låtit nationella regler som strider mot ett direktiv förbli i kraft och ha underlåtit att anta de föreskrifter som krävs för att införliva nämnda direktiv.

34. Mer allmänt kan den skyldighet som avgränsas genom lydelsen av domslutet i domstolens dom innebära att ett visst resultat ska uppnås, både i fråga om normgivning – upphävande och/eller antagande av lagar eller andra författningar [15] – och i fråga om faktiska omständigheter [16]. Av detta följer till att börja med att kommissionen har befogenhet att kontrollera att nyligen vidtagna nationella åtgärder svarar mot vad som krävs för ett fullständigt införlivande av den aktuella unionsrättsliga normen. Vidare följer att kommissionen får bedöma faktiska omständigheter, något som ofta sker på miljöområdet.

35. Ett fullgörande av den skyldighet att agera som anges i domstolens dom reducerar för övrigt inte på något sätt kommissionens befogenheter i detta hänseende, något som tribunalen också på goda grunder framhöll i punkt 81 i den överklagade domen. Kommissionen ska nämligen förvissa sig om att den berörda medlemsstaten inte har inskränkt sig till att vidta åtgärder som i själva verket har samma innehåll som de åtgärder som var föremål för bedömning i domstolens dom. Om nämnda medlemsstat nöjer sig med att göra en ”kosmetisk” förändring ska detta naturligtvis inte undgå kommissionens kontroll.

36. I ett fall där ett fördragsbrott i den dom där detta fastställs definieras som underlåtenhet att upphäva vissa angivna nationella bestämmelser anser jag också, i linje med ovanstående, att det är fullt möjligt att en korrekt efterlevnad av den domen kan vara otillräcklig för att säkerställa ett korrekt införlivande av det aktuella direktivet. Med andra ord kan det för ett fullständigt och korrekt införlivande av en unionsrättslig bestämmelse som har blivit föremål för förfarandet enligt artikel 258 FEUF krävas åtgärder som går utöver upphävandet av de aktuella nationella bestämmelserna. Detta kan emellertid inte medföra att det objektiva tillämpningsområdet för domen om fördragsbrott utökas, eftersom omfattningen av skyldigheten att följa domen nödvändigtvis beror på det sätt på vilket domstolen har valt att avgränsa det aktuella fördragsbrottet.

37. Detta förhållningssätt förefaller mig vara det enda sättet att garantera rättssäkerheten och att slå vakt om rättskraften hos domstolens domar. Kravet på rättssäkerhet är särskilt betydelsefullt när det, som i det nu aktuella fallet, är fråga om ekonomiska skyldigheter som åläggs medlemsstaterna.

38. I det nu aktuella fallet angav domstolen tydligt, i 2004 års dom om fördragsbrott, att det var oförenligt med unionsrätten att som gällande rätt i den portugisiska rättsordningen behålla förordning nr 48 051, enligt vilken det i strid med bestämmelserna i direktiv 89/665 krävdes att uppsåt eller oaktsamhet hade visats för att skadestånd skulle kunna utgå till personer som hade lidit skada till följd av ett åsidosättande av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller de nationella bestämmelserna om genomförande av dessa.

15 — Se, bland annat, dom av den 25 oktober 2012 i mål C-387/11, kommissionen mot Belgien, och av den 6 november 2012 i mål C-286/12, kommissionen mot Ungern.

16 — Se dom av den 12 februari 1998 i mål C-92/96, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-505), om badvattenkvalitet, och av den 25 november 2003 i mål C-278/01, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-14141), samt, på senare tid, av den 7 februari 2013 i mål C-517/11, kommissionen mot Grekland.

39. I sin ansökan hade kommissionen förvisso framställt ett mer vittgående yrkande, nämligen att domstolen skulle slå fast att Republiken Portugal genom att underlåta att på ett korrekt och fullständigt sätt införliva direktiv 89/665 hade åsidosatt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten.

40. Det framgår emellertid av punkt 18 i 2004 års dom om fördragsbrott att tvistens omfattning tydligt hade avgränsats under det administrativa förfarandet. Sedan fristen enligt det motiverade yttrandet hade löpt ut, gjorde kommissionen nämligen bedömningen att fördragsbrottet utgjordes enbart av underlåtenhet att upphäva förordning nr 48 051. I punkt 20 i nämnda dom påpekade domstolen dessutom att kommissionen ansåg att Republiken Portugal borde ha upphävt nämnda förordning för att rätta sig efter direktiv 89/665.

41. I 2004 års dom om fördragsbrott slog domstolen därför fast att ”Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 1.1 och 2.1 c i direktiv 89/665/EEG … genom att inte upphäva förordning nr 48 051 …”.

42. Detta var således utgångsläget när kommissionen väckte talan mot Republiken Portugal med stöd av artikel 228 EG. Kommissionen ansåg närmare bestämt att ”Republiken Portugal … inte [hade] vidtagit de åtgärder som [krävdes] för att följa” 2004 års dom om fördragsbrott ”i och med att förordning nr 48 051 inte [hade] upphävts”.[17] Dessutom förefaller det mig som om kommissionen redan inom ramen för talan med stöd av artikel 260 FEUF hade inlett en diskussion om kvaliteten på införlivandet av direktiv 89/665.[18]

43. Domstolen fann emellertid i punkt 17 i 2008 års dom om verkställelse att ”[f]ör att pröva om Republiken Portugal har vidtagit de åtgärder som krävs för att följa [2004 års dom om fördragsbrott], är det inom ramen för detta fördragsbrottsförfarande viktigt att undersöka huruvida förordning nr 48 051 har upphävts”. Domstolen underkände också de portugisiska myndigheternas argument att införlivandet redan skulle ha skett genom andra bestämmelser i nationell rätt. I punkt 23 i 2008 års dom om verkställelse gav domstolen nämligen uttryck för ståndpunkten att det aktuella fördragsbrottet bestod i att Republiken Portugal hade låtit förordning nr 48 051 förbli gällande i den nationella rättsordningen.

44. Det ska därför konstateras att tribunalen i den överklagade domen fullgjorde sin kontrollskyldighet på ett korrekt sätt.

45. Tribunalen gjorde närmare bestämt en korrekt bedömning när den i punkt 67 i den överklagade domen framhöll att den inom ramen för talan om ogiltigförklaring inte kunde pröva en fråga angående medlemsstatens åsidosättande av sina skyldigheter enligt EG-fördraget som inte tidigare har prövats av domstolen. Det behöver inte särskilt visas att tribunalen genom att pröva frågan om huruvida lag 67/2007 är förenlig med unionsrätten skulle ha inkräktat på domstolens exklusiva behörighet enligt artikel 258 FEUF.

46. Tribunalen erinrade vidare på goda grunder, i punkt 81 i den överklagade domen, om att kommissionen ”[v]id verkställighet av en dom från domstolen i vilken en medlemsstat åläggs vite” ska ”kunna bedöma de åtgärder som vidtagits av medlemsstaten för att följa domstolens dom, bland annat för att förhindra att den medlemsstat som inte har uppfyllt sina skyldigheter enbart vidtar åtgärder som i själva verket har samma innehåll som de åtgärder som var föremål för bedömning i domstolens dom”. I punkt 82 i den överklagade domen tillade tribunalen emellertid, utan att därvid göra sig skyldig till

17 — Se 2008 års dom om verkställelse, punkt 12.

18 — Ibidem.

felaktig rättstillämpning, att ”kommissionens utövande av sitt utrymme för skönsmässig bedömning varken får inkräkta på de rättigheter – i synnerhet de processuella rättigheter – som medlemsstaterna har enligt det förfarande som fastställts i artikel 226 EG, eller inkräkta på domstolens exklusiva behörighet att pröva huruvida en nationell lagstiftning är förenlig med gemenskapsrätten”.

47. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag därför att domstolen ska lämna kommissionens talan utan bifall såvitt avser den andra delen av den första grunden för nämnda talan.

IV – Den första delen av den första grunden för talan om överklagande: otillbörlig begränsning av kommissionens befogenheter och tribunalens behörighet

A – *Parternas argument*

48. Inom ramen för den första delen av den första grunden för sin talan har kommissionen ifrågasatt tribunalens tolkning av omfattningen av tribunalens egen behörighet att kontrollera en medlemsstats efterlevnad av en dom som domstolen har meddelat med stöd av artikel 260 FEUF. Kommissionen har kritiserat tribunalens ståndpunkt att domstolen under alla omständigheter har exklusiv behörighet att bedöma innehållet i en ny lagstiftning som en medlemsstat har antagit i syfte att följa en sådan dom och att en sådan bedömning, för det fallet att kommissionen och medlemsstaten är oense, ska ske inom ramen för ett nytt förfarande enligt artikel 258 FEUF.

49. Till att börja med anser kommissionen att tribunalen – genom att i punkterna 87–89 i den överklagade domen frånta kommissionen möjligheten att bedöma innehållet i lag 67/2007 i syfte att kontrollera huruvida Republiken Portugal hade följt 2004 års dom om fördragsbrott och därmed undanröjt fördragsbrottet – på ett otillbörligt sätt inskränkte kommissionens befogenheter till en ”kontroll av ren formkaraktär” avseende huruvida förordning nr 48 051 hade eller inte hade upphävts.

50. Enligt kommissionen undergrävs fördragsbrottsförfarandets, och särskilt vitesinstitutets, effektivitet om det, vid oenighet mellan kommissionen och en medlemsstat om huruvida en lagstiftning som medlemsstaten har antagit innebär att denna följer en dom som har meddelats med stöd av artikel 260.2 FEUF, är nödvändigt för kommissionen att – som tribunalen fann i sin dom – på nytt väcka talan vid domstolen med stöd av artikel 258 FEUF i syfte att se till att de nya bestämmelserna blir föremål för domstolens prövning.

51. Dessutom har kommissionen kritiserat tribunalen för att på ett otillbörligt sätt ha begränsat sin egen behörighet inom ramen för kontrollen av det omtvistade beslutets lagenlighet. I synnerhet anser kommissionen att tribunalen borde ha prövat kommissionens bedömning av Republiken Portugals nya lagstiftning i syfte att konkret avgöra huruvida kommissionen genom det omtvistade beslutet hade hållit sig inom gränserna för föremålet för fördragsbrottet och huruvida kommissionen hade begått några fel i sin bedömning av hur länge fördragsbrottet hade förelegat.

52. Republiken Portugal har bestritt kommissionens argument och gjort gällande att kommissionen genom att anta det omtvistade beslutet och genom att yttra sig i frågan huruvida lag 67/2007 är förenlig med unionsrätten utvidgade föremålet för tvisten och överskred sina befogenheter inom ramen för kontrollen av efterlevnaden av 2008 års dom om verkställelse. Genom att anta ett beslut i stället för att – i enlighet med föreskrifterna i EUF-fördraget – väcka talan vid domstolen åsidosatte kommissionen dessutom Republiken Portugals rätt till försvar, eftersom denna medlemsstat därigenom fråntogs möjligheten att försvara sig under det administrativa förfarande som föreskrivs i artikel 258 FEUF. När det gäller den påstått omotiverade begränsningen av tribunalens behörighet, har Portugal framhållit att en domstolsprövning i första instans av huruvida lag 67/2007 är förenlig med unionsrätten skulle rimma illa med den omständigheten att förfarandet enligt artikel 260.2 FEUF är att betrakta som ett förfarande för verkställelse.

B – *Bedömning*

1. Inledande synpunkter

53. Med tanke på att den problematik som här har aktualiserats inte tidigare har prövats av domstolen anser jag, trots de processuella gränserna för överklagandet, att domstolen inte kan undgå att allra först behandla frågan om arten av de befogenheter som har delegerats till kommissionen inom ramen för åtgärder för att följa domar som meddelas med stöd av artikel 260.2 FEUF. Visserligen har ingen av parterna principiellt ifrågasatt kommissionens behörighet att med stöd av sina befogenheter i budgetfrågor enligt artikel 317 FEUF kräva efterlevnad av en sådan dom [19], men det finns ändå anledning att ägna ytterligare tankemöda åt hur detta inverkar på befogenhetsfördelningen mellan tribunalen och domstolen. I det aktuella fallet har denna fråga nära samband med det problem avseende omfattningen av kommissionens befogenheter som är centralt för den nu aktuella tvisten.

54. Att den som har utfärdat en rättsakt som går någon emot saknade behörighet att utfärda rättsakten i fråga är generellt en grund som avser *ordre public* och som domstolen därför kan pröva på eget initiativ [20], och ”[e]tt konstaterande som rör kommissionens behörighet skall anföras på eget initiativ av domstolen, även om ingen av parterna har begärt att den skall göra det” [21].

55. Avslutningsvis framgår det tydligt, både av de skriftliga yttrandena och av de inlägg som gjordes vid den muntliga förhandlingen, att medlemsstaterna mot bakgrund av avsaknaden av uttryckliga fördragsbestämmelser är oroliga över konsekvenserna av domstolens bedömning i det nu aktuella målet. Närmare bestämt rör det sig om respekten för deras rätt till försvar, de ekonomiska intressen som står på spel och deras svaga ställning i förfarandet efter det att domstolen med stöd av artikel 260 FEUF har meddelat en dom med vitesföreläggande.

56. Därför anser jag det nödvändigt att mer utförligt beskriva hur kontrollen av att domar som domstolen meddelar med stöd av artiklarna 258 FEUF och 260 FEUF ska gå till samt att ange gränserna för kommissionens befogenheter i detta sammanhang.

57. Det är också viktigt att hålla i minnet att om domstolen skulle finna att kommissionen saknar behörighet att anta beslut som går medlemsstater emot inom ramen för verkställigheten av domar meddelade med stöd av artikel 260 FEUF, ska kommissionens här aktuella överklagande ogillas i sin helhet med hänvisning till att det saknar verkan. För att det ska vara möjligt att lasta tribunalen för att den tolkade kommissionens befogenheter alltför restriktivt, måste nämligen befogenheterna i fråga ha existerat.

19 — Se den kritik av kommissionens behörighet som framfördes i mål T-139/06, Frankrike mot kommissionen, där tribunalen meddelade dom den 19 oktober 2011 (REU 2011, s. II-7315). I detta fall blev tribunalens dom emellertid inte föremål för något överklagande.

20 — Se domstolens dom av den 17 december 1959 i mål 14/59, Société des fonderies de Pont-à-Mousson mot Höga myndigheten (REG 1959, s. 445, särskilt s. 473), och av den 30 september 1982 i mål 108/81, Amylum mot rådet (REG 1982, s. 3107), punkt 28. Se även förstainstansrättens dom av den 24 september 1996 i mål T-182/94, Marx Esser och Del Amo Martinez mot parlamentet (REGP 1996, s. I-A-411 och s. II-1197), punkt 44, samt av den 21 september 2005 i mål T-315/01, Kadi mot rådet och kommissionen (REG 2005, s. II-3649), punkt 61 och följande punkter.

21 — Dom av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen (REG 2000, s. I-5843), punkt 56.

2. Kommissionens befogenheter och tribunalens behörighet

a) Tribunalens förhållningssätt i den överklagade domen

58. Efter att ha läst den överklagade domen konstaterar jag till att börja med att tribunalen alls inte uttalade sig generellt om omfattningen av kommissionens befogenheter inom ramen för förfarandet för verkställighet av domar meddelade med stöd av artikel 260.2 FEUF, utan i stället inskränkte sig till att noggrant pröva det aktuella fallet. Därför ansluter jag mig till den ståndpunkt som har förfäktats av bland andra den portugisiska, den tjeckiska, den spanska och den svenska regeringen, nämligen att kommissionens överklagande förefaller bygga på en felaktig tolkning av den överklagade domen såtillvida att kommissionen i sitt överklagande har kritiserat tribunalen för att på ett övergripande sätt ha inskränkt kommissionens befogenheter.

59. Tribunalen avhöll sig i själva verket nogsamt från att formulera någon allmän teori avseende omfattningen av kommissionens befogenheter i det aktuella sammanhanget. Däremot gjorde tribunalen en korrekt bedömning, under iakttagande av principen om tilldelade befogenheter, av omfattningen av Republiken Portugals skyldigheter i förhållande till domslutet i 2004 års dom om fördragsbrott med stöd av artikel 258 FEUF, vilken bekräftades genom 2008 års dom om verkställelse med stöd av artikel 260 FEUF.

60. Tribunalen inskränkte således inte kommissionens befogenheter till en ”kontroll av ren formkaraktär”, som kommissionen har hävdat, utan fann att kommissionens befogenheter i det aktuella fallet skulle begränsas på så sätt att kommissionen fick kontrollera huruvida den nationella lagstiftningen hade upphävts men däremot inte bedöma den nationella rätten i förhållande till direktiv 89/665.

b) Två aspekter på kommissionens befogenheter i samband med verkställelse av domar meddelade med stöd av artikel 260 FEUF och följderna därav för behörighetsfördelningen mellan tribunalen och domstolen

61. I sitt överklagande har kommissionen lagt fokus på frågan om omfattningen av dess befogenheter inom ramen för förfarandet för kontroll av att domar där domstolen har konstaterat ett fördragsbrott och påfört en ekonomisk sanktion följs.

62. Härvid är det lämpligt att skilja mellan två aspekter som förvisso hänger samman, nämligen å ena sidan kommissionens befogenheter när det gäller att driva in belopp som ska betalas till unionens budget i samband med verkställelse av en dom som har meddelats med stöd av artikel 260 FEUF och å andra sidan kommissionens befogenheter när det gäller att anta beslut som går medlemsstater emot och därvid bedöma de åtgärder som dessa medlemsstater har vidtagit för att rätta sig efter domsluten i domar som domstolen har meddelat med stöd av artiklarna 258 FEUF och 260 FEUF.

63. I sin svarsskrivelse har Republiken Portugal anfört argumentet att dess tvist med kommissionen inför tribunalen i själva verket inte rörde verkställelsen av domstolens dom utan en ny fråga som avsåg den nationella rättens förenlighet med unionsrätten. Därför anser Republiken Portugal att kommissionen valde fel tillvägagångssätt i det berörda sammanhanget och att den i stället borde ha väckt talan med stöd av artikel 258 FEUF.

64. Det förefaller mig därför som om den centrala frågan i det nu aktuella förfarandet är vad som avses med att följa domstolens dom såvitt avser en dom meddelad av domstolen där en medlemsstat befinns ha gjort sig skyldig till fördragsbrott. Detta betyder att det till att börja med är nödvändigt att se närmare på de instrument som står till medlemsstaternas förfogande för detta ändamål och de

skyldigheter som åligger medlemsstaterna till följd av en dom som har meddelats med stöd av artikel 258 FEUF. Därefter behöver det fastställas vad som avses med att följa domstolens dom när det gäller det förfarande som ska användas efter det att domstolen har meddelat en dom med stöd av artikel 260 FEUF och vilken myndighet som är behörig i detta avseende.

65. Inledningsvis är det viktigt att påpeka att domstolens domar enligt artiklarna 280 FEUF och 299 FEUF är verkställbara men att dessa bestämmelser endast är tillämpliga på ”andra än stater”. I fall av underlåtenhet att betala en ekonomisk sanktion eller i fall av meningsskiljaktighet kring verkställelsen av en dom som domstolen har meddelat med stöd av artikel 258 FEUF eller artikel 260 FEUF, saknas det därför möjlighet att vidta exekutiva åtgärder mot en medlemsstat såväl med hänvisning till lydelsen av artikel 299 FEUF som på grund av staternas suveränitet och statsimmunitet.

66. Det ska också erinras om att förfarandet enligt artikel 260.2 FEUF är ett särskilt rättsligt förfarande för verkställelse av domstolens domar.[22] Till skillnad från en fastställelsedom som meddelas med stöd av artikel 258 FEUF, vars syfte är att fastställa den berörda medlemsstatens överträdelser och att få dessa att upphöra, är nämligen syftet med förfarandet enligt artikel 260 FEUF endast att förmå den medlemsstat som har gjort sig skyldig till ett fördragsbrott att rätta sig efter den förstnämnda domen, i förekommande fall genom att denna medlemsstat åläggs de ekonomiska sanktioner som krävs för detta ändamål.[23]

67. När det till att börja med gäller den förstnämnda aspekten, nämligen indrivning av belopp som ska betalas, råder det inga oklarheter kring kommissionens befogenheter. Dessa följer logiskt av de uppgifter som kommissionen tilldelas genom artikel 317 FEUF, enligt vilken kommissionen ska genomföra unionens budget.[24] Europeiska unionen – företrädd av den institution som ansvarar för genomförandet av dess budget – måste naturligtvis, på samma sätt som varje annan part som en dom meddelad av domstolen är till fördel för, kunna driva in belopp, inbegripet viten, som ska betalas till den.

68. Kommissionen är således behörig att sända en ”faktura” till medlemsstaten med hänvisning till domslutet i en dom som domstolen har meddelat med stöd av artikel 260.2 FEUF. Härvid är det oväsentligt att det vid upprättandet av denna faktura krävs en uträkning eller andra liknande operationer. Sådana operationer är nämligen ofta nödvändiga för att en dom ska kunna följas på rätt sätt, exempelvis för beräkning av ränta eller fastställande av den exakta omfattningen av betalningsskyldigheten i fall där denna har angetts på ett mer abstrakt sätt i den dom som ska följas.

69. I det nu aktuella fallet dömde domstolen, i 2008 års dom om verkställelse, Republiken Portugal att till kommissionen, närmare bestämt ”på kontot för Europeiska gemenskapens egna medel”, betala ett vite. Domstolen angav själv kommissionen som den institution som var behörig att ta emot betalningen av vitet. Detta betyder att kommissionen inte endast är behörig att konstatera att det föreligger en skyldighet att betala ett visst belopp i samband med en ekonomisk sanktion knuten till underlåtenhet att följa 2008 års dom om verkställelse, utan också behörig att kräva av den berörda medlemsstaten att den ska betala detta belopp.

70. En sådan behörighet kan kommissionen enligt min uppfattning tillerkännas utan att detta strider mot kravet på domstolsskydd för medlemsstaterna, eftersom kommissionens beslut uppenbarligen kan bli föremål för tribunalens prövning.

22 — Domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 13), punkt 92.

23 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 september 2010 i de förenade målen C-514/07 P, C-528/07 P och C-532/07 P, Sverige m.fl. mot API och kommissionen (REU 2010, s. I-8533), punkt 119.

24 — Se tribunalens dom i målet Frankrike mot kommissionen (ovan fotnot 13).

71. När det däremot gäller den andra aspekten, nämligen kommissionens befogenheter i fråga om bedömning av de åtgärder som har vidtagits med syftet att följa domstolens dom, måste en sådan bedömning – som jag redan har påpekat – överensstämma med den avgränsning av fördragsbrottet som framgår av domslutet i den dom som domstolen har meddelat med stöd av artikel 258 FEUF, varvid detta domslut i förekommande fall kan behöva tolkas med ledning av domskälen i den domen.

72. Såvitt avser omfattningen av tribunalens behörighet i detta sammanhang, nöjer jag mig med att påpeka att tribunalen kan ges behörighet att tolka [25] domar som domstolen har meddelat med stöd av artiklarna 258 FEUF och 260 FEUF. Detta betyder att tribunalen får egen behörighet att göra bedömningar med avseende på vad domstolen funnit i fråga om de faktiska omständigheter som den lagt till grund för fastställandet av ett fördragsbrott. Eftersom en betydande andel av fördragsbrotten avser sakfrågor, måste domstolen ta hänsyn till att sakfrågorna kan ligga utanför dess behörighet vid prövningen av ett överklagande av en dom meddelad av tribunalen där denna har tagit ställning till lagenligheten av ett beslut av kommissionen som avser huruvida en dom meddelad av domstolen har följts helt eller delvis och huruvida ett vite ska fortsätta att betalas.

c) Rättsmedel vid tvist i samband med verkställelsen av en dom som domstolen har meddelat med stöd av artikel 260 FEUF – väckande av en ny talan med stöd av artikel 258 FEUF

73. Domstolen skulle i princip kunna göra bedömningen att det vid meningsskiljaktighet om verkställelsen av en dom med vitesföreläggande som domstolen har meddelat med stöd av artikel 260.2 FEUF alltid ankommer på kommissionen att väcka en ny talan om fördragsbrott med stöd av artikel 258 FEUF. Detta tillvägagångssätt, som förvisso är rigoröst och juridiskt välgrundat, förefaller mig emellertid utgöra det mest tidskrävande och på sätt och vis besvärligaste alternativet. Det skulle också riskera att försvaga såväl de ekonomiska sanktionernas effekt som rättskraften hos domstolens egna domar, och det vore diskutabelt mot bakgrund av rättskraftsprincipen.

74. Däremot vore det en annan sak om kommissionen var tvungen att väcka en ny talan om fördragsbrott i fall där dess oenighet med en medlemsstat i samband med verkställelsen av en dom meddelad med stöd av artikel 260 FEUF avsåg åtgärder som visserligen hade anknytning till det fördragsbrott som domstolen hade fastställt men som ändå gick utanför de objektiva gränserna för det fördragsbrottet såsom detta hade formulerats i domslutet i den första domen om fördragsbrott.

75. Detta verkar för övrigt vara fallet i det nu aktuella målet.

76. Under förfarandets gång har den tyska regeringen tagit upp möjligheten att väcka en ny talan om fördragsbrott med stöd av artikel 258 FEUF i syfte att få till stånd en prövning av huruvida den nya portugisiska ordning för skadeståndsansvar som följer av lag 31/2008 är förenlig med direktiv 89/665. Detta är också det tillvägagångssätt som den portugisiska regeringen har förespråkat.

77. Det tycks mig inte råda något tvivel om att den nya ordning för skadeståndsansvar som har införts i den portugisiska rättsordningen inte har prövats av domstolen med avseende på dess förenlighet med unionsrätten. Eftersom oenigheten mellan kommissionen och Portugal således går utöver de gränser som följer av domslutet i domstolens dom med stöd av artikel 258 FEUF, anser jag därför att kommissionen måste väcka en ny talan om fördragsbrott med stöd av artikel 258 FEUF.

25 — Jag erinrar emellertid om att det följer av fast rättspraxis att frågan huruvida en dom meddelad av domstolen har följts på ett korrekt sätt inte kan avgöras genom ett klargörande av denna dom i den mening som avses i artikel 43 i stadgan för Europeiska unionens domstol. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2007 i mål C-503/04, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-6153), punkt 15, och punkt 43 i generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande i mål C-177/04, kommissionen mot Frankrike, där domstolen meddelade dom den 14 mars 2006 (REG 2006, s. I-2461).

78. Detta är enligt min uppfattning nödvändigt för att slå vakt om medlemsstaternas rätt till försvar. Som den tyska regeringen med fog har framhållit, ska det i samband med en talan om fördragsbrott med stöd av artikel 258 FEUF inledas ett nytt förfarande, om nya anmärkningar framförs mot åtgärder som har vidtagits under förfarandets gång med syftet att åtgärda de punkter som kommissionen har kritiserat. [26]

79. Det framgår vidare tydligt av den tjeckiska regeringens yttrande vilka problem som finns i samband med omfattningen av kommissionens befogenheter i detta hänseende. Det portugisiska regelverk som fortsatte att gälla efter 2008 års dom om verkställelse innebar, enligt den tjeckiska regeringen, att det krävdes att uppsåt eller oaktsamhet hade visats för att skadestånd skulle kunna utgå. Det problem som domstolen framhöll i 2004 års dom om fördragsbrott gällde emellertid bevisbördan, inte själva kravet på oaktsamhet. I och med antagandet av lag 67/2007 skapades det i den portugisiska rättsordningen en ordning för skadeståndsansvar som byggde på en presumtion om oaktsamhet. De invändningar från kommissionens sida som rör frågan huruvida själva kravet på oaktsamhet är förenligt med unionsrätten går därför nödvändigtvis utöver de gränser för fördragsbrottet som domstolen slog fast i sin första dom om fördragsbrott. Denna slutsats kan inte påverkas av domstolens senare rättspraxis, som har bekräftat att ett krav på oaktsamhet är oförenligt med unionsrätten. [27] Det förefaller mig inte råda något tvivel om att tribunalen bör avhålla sig från att uttala sig om problem av denna typ inom ramen för sin kontroll av kommissionens utövande av sina befogenheter på budgetområdet.

80. Tribunalen gjorde således, mot bakgrund av ändringen av föremålet för tvisten, en korrekt bedömning när den avstod från att ta ställning till det nya nationella regelverket. Om tribunalen inte hade avstått från att göra detta, skulle den ha inkräktat på domstolens exklusiva behörighet enligt artikel 258 FEUF.

d) Rättsmedel vid tvist i samband med verkställelse av en dom som domstolen har meddelat med stöd av artikel 260 FEUF – väckande av en ny talan med stöd av artikel 260.2 FEUF

81. Den grekiska regeringen anser att det vid meningsskiljaktighet mellan kommissionen och den betalningsskyldiga medlemsstaten kring verkställelsen av en dom är lämpligt att inleda ett nytt förfarande enligt artikel 260.2 FEUF och handlägga detta skyndsamt. Enligt den grekiska regeringen ankommer det direkt på domstolen att pröva ett sådant fall. [28] Vid den muntliga förhandlingen uttalade sig även företrädaren för den svenska regeringen för möjligheten att väcka talan med stöd av artikel 260 FEUF i ett sådant fall.

82. Härvid erinrar jag om att det förfarande som kan utmynna i en dom om verkställelse är tillämpligt om ”den berörda medlemsstaten inte har vidtagit de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom” men att det saknas bestämmelser som innebär att detta förfarande endast skulle kunna användas i samband med domar som har meddelats med stöd av artikel 258 FEUF. I artikel 260.1 FEUF hänvisas det tvärtom till alla typer av domar där domstolen har funnit att en medlemsstat ”har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördragen”. Detta betyder att den artikeln även kan tillämpas på andra bestämmelser, exempelvis artikel 108.2 FEUF eller artikel 348 FEUF. Det tycks därmed enligt min mening inte kunna uteslutas *a priori* att förfarandet enligt artikel 260 FEUF kan användas för att säkerställa efterlevnaden av en dom som har meddelats med stöd av samma artikel. I detta sammanhang aktualiseras emellertid två frågor som behöver diskuteras.

26 — Domstolens dom av den 22 september 2005 i mål C-221/03, kommissionen mot Belgien (REG 2005, s. I-8307), punkt 41.

27 — Dom av den 30 september 2010 i mål C-314/09, Strabag m.fl. (REU 2010, s. I-8769).

28 — Den grekiska regeringen har i detta avseende hänvisat till domen i det ovannämnda målet C-139/06, Frankrike mot kommissionen, som gällde Republiken Frankrikes överklagande av kommissionens beslut K(2006) 659 slutlig där kommissionen hade krävt betalning av viten i samband med verkställelsen av en dom som domstolen hade meddelat med stöd av artikel 260 FEUF.

83. För det första noterar jag att domstolen redan har betecknat vite och standardbelopp enligt artikel 260 FEUF som sanktionsåtgärder på vilka principen *ne bis in idem* i princip är tillämplig.[29] Oaktat den ståndpunkten har emellertid generaladvokaten Kokott, i sitt förslag till avgörande i målet kommissionen mot Luxemburg[30], uttalat sig för en upprepad användning av nämnda tvångsmedel. Med tanke på att förfarandet enligt artikel 260.2 FEUF utgör ett verkställelseförfarande är det i teorin tänkbart att de sanktioner som anges där kan tillämpas mer än en gång.

84. Enligt min uppfattning skulle domstolen, i en andra dom meddelad med stöd av artikel 260.2 FEUF, inte utan att åsidosätta principen *ne bis in idem* kunna höja standardbeloppet eller beloppet för det vite som löpte mellan dagen för den första domen med stöd av nämnda artikel och dagen för denna andra dom. Trots detta delar jag generaladvokaten Kokotts uppfattning att ”[s]anktioner för att verkställa en dom har en annan karaktär än repressiva sanktioner. Dubbel verkställighet är visserligen inte möjlig men påföljder kan upprepas när detta är nödvändigt för att verkställa den ifrågasatta exekutionstiteln.”[31]

85. Av detta följer att vitesbeloppet vid en viss tidpunkt (dag Y) efter den tidpunkt (dag X) då den första domen med stöd av artikel 260.2 FEUF meddelades kan sänkas eller höjas med verkan från och med dag Y utan att detta innebär att rättskraften undergrävs eller att principen *ne bis in idem* åsidosätts. Det förefaller mig vara relativt vanligt förekommande när det gäller tvångsmedel att det finns en möjlighet att med omedelbar verkan justera viten mot bakgrund av graden av fullgörande av den skyldighet som avses i det berörda domstolsavgörandet eller förvaltningsbeslutet.

86. För det andra är det i detta sammanhang viktigt att erinra om räckvidden av rättskraftsprincipen, som enligt domstolens rättspraxis är tillämplig på fall där talan har väckts med stöd av artikel 258 FEUF[32], och att avgöra huruvida rättskraften kan utgöra hinder för att kommissionen väcker en andra talan med stöd av artikel 260 FEUF därför att en dom redan har meddelats med stöd av den artikeln.

87. Förutsatt att domslutet i den dom som har meddelats med stöd av artikel 260 FEUF inte ger upphov till något rimligt tvivel, anser jag att det ankommer på kommissionen att först delge medlemsstaten ett beslut med uppgift om det vitesbelopp som ska betalas avseende den första perioden efter domstolens dom med stöd av artikel 260 FEUF. Härvid vore det möjligt att göra gällande att kommissionen, om den berörda överträdelsen fortgår, skulle kunna väcka en ny talan med stöd av artikel 260 FEUF och yrka att vitesbeloppet sätts högre än i den första domen. Detta tillvägagångssätt har fördelen att det är mindre tidskrävande och mer effektivt, med tanke på att det administrativa förfarandet före väckande av talan med stöd av artikel 260 FEUF i och med Lissabonfördragets ikraftträdande har reducerats till att kommissionen sänder en formell underrättelse till medlemsstaten.

88. Med ledning av tillämpliga delar av det resonemang som ligger till grund för domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Luxemburg, drar jag slutsatsen att en andra talan som väcktes med stöd av artikel 260.2 FEUF skulle avvisas om den avsåg exakt samma sakfrågor och rättsfrågor som den tidigare dom som hade meddelats med stöd av artikel 260 FEUF, det vill säga om den andra talan med stöd av artikel 260 FEUF enbart syftade till en upprepning av fastställandet av underlåtenheten att följa den dom om fördragsbrott som hade meddelats med stöd av artikel 258 FEUF. Eftersom en tidigare dom med stöd av artikel 260.2 FEUF är att betrakta som en verkställelseåtgärd, skulle emellertid förekomsten av en sådan dom inte i sig utgöra hinder för meddelandet av en ny dom med stöd av samma artikel, utom i de fall som jag har angett ovan.

29 — Se dom av den 12 juli 2005 i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-6263), punkt 84.

30 — Målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 14).

31 — Punkt 33 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet kommissionen mot Luxemburg.

32 — Domen i målet kommissionen mot Luxemburg (ovan fotnot 14).

89. Jag utesluter således inte ett andra förfarande med stöd av artikel 260.2 FEUF, under förutsättning att ramarna för tvisten tydligt har ändrats genom att medlemsstaten har vidtagit åtgärder som i väsentlig grad har visat sig vara otillräckliga för att följa den dom som har meddelats med stöd av artikel 260.2 FEUF. Detta gäller även fall där en medlemsstats strävan att rätta sig efter en dom i vilken det fastställs ett fördragsbrott avseende sakfrågor av komplex art har fortskridit så långt att det är motiverat att med omedelbar verkan sänka vitesbeloppet. Principen om lojalt samarbete, som enligt rättspraxis även är tillämplig på institutionerna, förefaller härvid ge vid handen att det är att föredra att det är domstolen som tar ställning i sådana frågor snarare än att kommissionen gör detta med stöd av en djärv tolkning av sina befogenheter på budgetområdet.

90. Med beaktande av samtliga ovan anförda överväganden, och mot bakgrund av det aktuella rättsläget inom unionsrätten, anser jag att tribunalen gjorde en korrekt bedömning när den ogiltigförklarade kommissionens omtvistade beslut. Kommissionen hade nämligen inom ramen för detta beslut gjort en bedömning med avseende på förenlighet med unionsrätten av nationella åtgärder som inte omfattades av domslutet i 2004 års dom om fördragsbrott, och kommissionen borde därvid i stället ha inlett ett nytt förfarande med stöd av artikel 258 FEUF.

91. Jag vill dessutom erinra om att unionens institutionella arkitektur enligt den rättspraxis som bygger på domen i målet Meroni mot Höga myndigheten [33] regleras av principen om tilldelade befogenheter. Tribunalen gjorde därför en korrekt bedömning när den begränsade sin egen behörighet när den fann att den inte kunde yttra sig i frågor som inte tidigare hade prövats av domstolen, som har exklusiv behörighet att inom ramen för en talan om fördragsbrott bedöma nationella åtgärders förenlighet med unionsrätten.

92. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska lämna kommissionens talan utan bifall såvitt avser den första delen av den första grunden för nämnda talan.

V – Den andra grunden för talan, avseende bristfällig och motsägelsefull motivering av den överklagade domen

A – *Parternas argument*

93. Inom ramen för den andra grunden för sin talan har kommissionen gjort gällande att tribunalen i den överklagade domen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att ogiltigförklara det omtvistade beslutet med hänvisning till en bristfällig och motsägelsefull motivering.

94. När det gäller påståendet att motiveringen skulle vara bristfällig, anser kommissionen att tribunalen till grund för ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet lade en enda omständighet, som tas upp i punkt 85 i den överklagade domen, nämligen att lag 67/2007 potentiellt gör det mindre svårt för anbudsgivare som har lidit skada av en rättsstridig handling från den upphandlande myndighetens sida att erhålla skadestånd. Kommissionen anser att punkt 86 och följande punkter i den överklagade domen inte innehåller någon motivering i egentlig bemärkelse, eftersom tribunalen där redogör för sin restriktiva tolkning av kommissionens befogenheter.

33 — Principen om interinstitutionell balans har slagits fast av domstolen i domar som denna har meddelat med stöd av EKSG-fördraget (dom av den 12 juli 1957 i de förenade målen 7/56 och 3/57-7/57, Algéra (REG 1957, s. 81; svensk specialutgåva, s. 21), och av den 13 juni 1958 i mål 9/56, Meroni mot Höga myndigheten (REG 1958, s. 9). Denna princip anses ha ”skapats genom fördragen” (dom av den 22 maj 1990 i mål C-70/88, parlamentet mot rådet (REG 1990, s. I-2041; svensk specialutgåva, volym 10, s. 425), punkt 21.

95. När det gäller påståendet att motiveringen skulle vara motsägelsefull, har kommissionen gjort gällande att tribunalen först slog fast – i punkt 81 i den överklagade domen – att kommissionen måste kunna bedöma de åtgärder som medlemsstaten har vidtagit för att följa domstolens dom i syfte att kunna förhindra att medlemsstaten enbart vidtar åtgärder med samma innehåll som de åtgärder som var föremål för bedömning i domstolens dom, men därefter – i punkt 87 – inskränkte kommissionens befogenheter till en kontroll av ren formkaraktär för att fastställa huruvida förordning nr 48 051 hade upphävts eller inte.

96. När det gäller den påstått bristfälliga motiveringen har Republiken Portugal genmält att tribunalen i punkterna 68–91 i den överklagade domen gav en utförlig motivering till ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet. Såvitt avser det eventuellt motsägelsefulla i motiveringen har Republiken Portugal framhållit att tribunalen i punkt 81 i den överklagade domen förvisso erkände kommissionens befogenhet att bedöma de åtgärder som en medlemsstat har vidtagit för att rätta sig efter en dom meddelad av domstolen, men att tribunalen redan i den närmast följande punkten i den överklagade domen erinrade om gränserna för denna befogenhet, närmare bestämt om kravet på att kommissionens bedömning inte får åsidosätta parternas processuella rättigheter eller inkräkta på domstolens behörighet.

B – *Bedömning*

97. Jag vill inledningsvis framhålla att kommissionen, med tanke på den tydliga och väl underbyggda motiveringen av den överklagade domen, inte kan vinna bifall för sin talan såvitt avser den andra grunden för denna. Kommissionens påståenden om att den överklagade domen skulle ha en bristfällig och motsägelsefull motivering är enligt min uppfattning en direkt följd av att kommissionen felaktigt har tillmätt den domen ett vidare tillämpningsområde än vad den i själva verket har.

98. Det finns här anledning att erinra om att domstolens kontroll i ett mål om överklagande bland annat består i att undersöka huruvida tribunalen har gjort en rättsligt tillfredsställande prövning av samtliga argument som klaganden har anfört.[34] Tribunalens motivering kan således vara underförstådd, under förutsättning att den ger de berörda personerna möjlighet att få reda på skälen till att tribunalen inte ansåg att det fanns fog för deras argument och under förutsättning att domstolen får ett tillräckligt underlag för att utöva sin kontroll.[35]

99. Härvid anser jag att tribunalen i punkterna 57–91 i den överklagade domen prövade de argument som hade anförts i första instans. Tribunalens redogörelse för denna prövning är tydlig och otvetydig, och den gör det möjligt att förstå de skäl som tribunalen lade till grund för sin bedömning. Att tribunalen i sak kom till ett slut som avsevärt skilde sig från den ståndpunkt som kommissionen hade förfäktat innebär inte i sig att den överklagade domen är bristfälligt motiverad.[36]

100. När det gäller kommissionens argument att tribunalen skulle ha sagt emot sig själv i punkterna 81, 84 och 87 i den överklagade domen genom att först bekräfta kommissionens befogenheter och sedan begränsa dessas tillämpningsområde, ska det konstateras att detta påstående bygger på en uppenbart felaktig tolkning av den överklagade domen. I själva verket underkände tribunalen i punkt 80 i den överklagade domen, utan att säga emot sig själv i det berörda avseendet, kommissionens ståndpunkt i fråga om dess eventuella befogenheter att bedöma lag 67/2007. För att motivera sin slutsats slog tribunalen längre fram i domen fast gränserna för kommissionens befogenheter, varvid tribunalen beaktade tillämpningsområdet för 2004 års dom om fördragsbrott och 2008 års dom om verkställelse, i vilka domstolen inte hade yttrat sig i frågan huruvida lag

34 — Se beslut av den 31 mars 2011 i mål C-367/10 P, EMC Development mot kommissionen, punkt 46 och där angiven rättspraxis.

35 — Se beslut av den 15 juni 2012 i mål C-493/11 P, United Technologies mot kommissionen, punkt 48, och av den 13 december 2012 i mål C-593/11 P, Alliance One International mot kommissionen.

36 — Se, analogt, dom av den 7 juni 2007 i mål C-362/05 P, Wunenburger mot kommissionen (REG 2007, s. I-4333), punkt 80.

67/2007 var förenlig med direktiv 89/665. Eftersom en dom meddelad av domstolen med stöd av artiklarna 258–260 FEUF utgör den enda möjligheten att slå fast medlemsstaternas rättigheter och skyldigheter samt att pröva deras handlande, gjorde tribunalen en korrekt bedömning när den fann att kommissionen var tvungen att inleda ett nytt förfarande enligt artikel 258 FEUF.

101. Av detta följer att det är uppenbart att kommissionen saknar fog för den andra grund som den anfört till stöd för sin talan.

VI – Förslag till avgörande

102. Jag föreslår sammanfattningsvis att domstolen ska avgöra målet enligt följande:

— Talan ogillas och Europeiska kommissionen förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

— De intervenerande medlemsstaterna förpliktas att bära sina rättegångskostnader.