

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

M. POIARES MADURA,

predstavljeni 10. julija 2008¹

1. Obravnavana primera se nanašata na sporazume o naložbah, ki jih je Avstrija oziroma Švedska sklenila z več tretjimi državami in na podlagi katerih je vlagateljem zagotovljen prenos kapitala v zvezi z njihovimi naložbami.

3. Avstrija in Švedska sta tako „obtoženi“, da sta preveč vneto zavarovali prost pretok kapitala v tretje države in iz njih. Vendar pa se glavno vprašanje v teh zadevah ne nanaša na ta očiten paradoks. Čeprav členi 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES dopuščajo omejitve prostega pretoka kapitala, pa Skupnost še ni določila teh omejitev v zvezi z zadevnimi tretjimi državami. V kolikšni meri sta Avstrija in Švedska lahko odgovorni, ker nista odpravili nezdružljivosti, za katero se zdi, da še ne obstaja?

2. Vsi ti dvostranski sporazumi o naložbah so bili sklenjeni pred pristopom Avstrije in Švedske in zato zanje velja člen 307 ES. V skladu s tem členom morata Avstrija in Švedska storiti vse potrebno za odpravo vseh nezdružljivosti takih sporazumov s Pogodbo. Komisija trdi, da sta Avstrija in Švedska kršili to obveznost, ker njuni sporazumi ne določajo omejitev za prost pretok kapitala v tretje države in iz njih, ki so določene v členih 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES, in da nista ravnali tako, da bi to spremenili.

I – Dejanski in pravni okvir

4. Avstrija je sklenila več dvostranskih sporazumov o naložbah s tretjimi državami pred

1 – Jezik izvornika: angleščina.

pristopom k Evropski uniji.² Ti dogovori vsebujejo tako imenovano določbo o prenosu, ki vlagateljem obeh podpisnic zagotavlja prost prenos kapitala, ki se nanaša na njihovo naložbo, brez nepotrebnega odlašanja.

5. Pred pristopom je Švedska prav tako sklenila več dvostranskih sporazumov o naložbah s tretjimi državami, v katerih je bila vključena določba o prenosu.³ Ta določba v sporazumih, ki jih je sklenila Švedska, dovoljuje prenos več vrst kapitala, ki se nanaša na naložbe, gre namreč za dobičke, iztržke od likvidacije, vračilo posojil in plačilo stroškov. V nekaterih sporazumih je določeno, da bo prenos opravljen v skladu z veljavnimi nacionalnimi zakoni in predpisi.

- 2 – S Kitajsko (BGBl. 537/1986, z začetkom veljavnosti 11. oktobra 1986), z Malezijo (BGBl. 537/1986, z začetkom veljavnosti 1. januarja 1987), z Rusko federacijo (BGBl. 387/1991, z začetkom veljavnosti 1. septembra 1991, ki je bil sprva sklenjen z nekdanjo ZSSR in se je med Avstrijo in Rusko federacijo uporabljal na podlagi izmenjave not, objavljenih v BGBl. 257/1994), s Korejo (BGBl. 523/1991, z začetkom veljavnosti 1. novembra 1991), s Turčijo (BGBl. 612/1991, z začetkom veljavnosti 1. januarja 1992) in z Zelenortsrimi otoki (BGBl. 83/1993, z začetkom veljavnosti 1. aprila 1993).
- 3 – Z Vietnamom (SÖ 1994:69, z začetkom veljavnosti 2. avgusta 1994), z Argentino (SÖ 1992:91, z začetkom veljavnosti 28. septembra 1992), z Bolivijo (SÖ 1992:19, z začetkom veljavnosti 3. julija 1992), s Slonokoščeno obalo (SÖ 1966:31, z začetkom veljavnosti 3. novembra 1966), z Egiptom (SÖ 1979:1, z začetkom veljavnosti 29. januarja 1979), s Hongkongom (SÖ 1994:19, z začetkom veljavnosti 26. junija 1994), z Indonezijo (SÖ 1993:68, z začetkom veljavnosti 18. februarja 1993), s Kitajsko (SÖ 1982:28, z začetkom veljavnosti 29. marca 1982), z Madagaskarjem (SÖ 1967:33, z začetkom veljavnosti 23. junija 1967), z Malezijo (SÖ 1979:17, z začetkom veljavnosti 6. julija 1979), s Pakistanom (SÖ 1981:8, z začetkom veljavnosti 14. junija 1981), s Perujem (SÖ 1994:22, z začetkom veljavnosti 1. avgusta 1994), s Senegalom (SÖ 1968:22, z začetkom veljavnosti 23. februarja 1968), s Šrilanko (SÖ 1982:16 z začetkom veljavnosti 30. aprila 1982), s Tunizijo (SÖ 1985:25, z začetkom veljavnosti 13. maja 1985), z Jemnom (SÖ 1983:110, z začetkom veljavnosti 23. februarja 1984), z Jugoslavijo (SÖ 1979:29, z začetkom veljavnosti 21. novembra 1979, obnovljen s Srbijo in Črno goro po dogovoru, sklenjenem v Stockholmu 28. februarja 2002).

6. Sporazumi o naložbah so začeli postajati vse pomembnejši v 90-ih letih preteklega stoletja in so celo privedli do neuspešnih pogajanj o večstranskem sporazumu v okviru Organizacije za gospodarsko sodelovanje in razvoj. Namesto tega se je razvila mreža dvostranskih dogovorov, ki jih je danes že na tisoče. Avstrija in Švedska sta trdili, da so določbe o prenosu v njihih sporazumih standardne in v bistvu temeljne za tak sporazum, Komisija pa temu ni nasprotovala.

7. Pogodba izenačuje prost pretok kapitala v tretje države in iz njih s prostim pretokom kapitala med državami članicami. Člen 56 ES prepoveduje vsake omejitve obeh navedenih pretokov kapitala ter vse omejitve plačil med državami članicami ter v tretje države in iz njih. Vendar pa Pogodba dovoljuje, da nekatere omejitve določijo države članice (namreč v členu 58 ES, ki določa več utemeljitvenih razlogov) in, kar je za obravnavan primer pomembneje, Skupnost.

8. Člen 57(2) ES omogoča Skupnosti, da ureja pretok kapitala v tretje države in iz njih, vključno z določitvijo omejitev:

„Ob prizadevanju v kar največjem obsegu doseči cilj prostega pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami ter brez poseganja v druga poglavja te pogodbe lahko Svet na predlog Komisije s kvalificirano večino sprejme ukrepe glede pretoka kapitala v tretje države in iz njih, ki se nanašajo na neposredne naložbe, tudi naložbe v nepremičnine, ustanavljanje, opravljanje finančnih storitev ali na sprejem vrednostnih papirjev na trge kapitala. Ukrepe iz tega odstavka, ki pomenijo v pravu Skupnosti korak nazaj glede liberalizacije pretoka kapitala v tretje države ali iz njih, je treba sprejeti soglasno.“

9. Skupnost lahko sprejme tudi zaščitne ukrepe zaradi soočanja s težavami ekonomske in monetarne unije, kot je določeno v členu 59 ES:

„Kadar v izjemnih okoliščinah pretok kapitala v tretje države ali iz njih povzroča ali grozi, da bo povzročil resne težave pri delovanju ekonomske in monetarne unije, lahko Svet na predlog Komisije in po posvetovanju z ECB s kvalificirano večino sprejme zaščitne ukrepe glede tretjih držav za obdobje največ šestih mesecev, če so taki ukrepi izrecno potrebni.“

10. Nazadnje, Skupnost lahko v skladu s členom 60(1) ES omeji ekonomske odnose s tretjimi državami, vključno s pretokom

kapitala, na podlagi skupnih ukrepov v zvezi s skupno zunanjo in varnostno politiko:

„Če se v primerih, predvidenih v členu 301, šteje za potrebno ukrepanje Skupnosti, lahko Svet v skladu s postopkom iz člena 301 sprejme potrebne nujne ukrepe na področju pretoka kapitala in plačil, ki se nanašajo na zadevne tretje države.“

Člen 301 ES, na katerega se sklicuje ta določba, določa:

„Kadar skupno stališče ali skupni ukrep, sprejet v skladu z določbami Pogodbe o Evropski uniji glede skupne zunanje in varnostne politike, predvideva, da Skupnost delno ali popolnoma prekine ali omeji ekonomske odnose z eno ali več tretjimi državami, sprejme Svet potrebne nujne ukrepe. Svet odloča s kvalificirano večino na predlog Komisije.“

11. Kljub navedenim možnostim Skupnost še ni sprejela omejitev, ki bi vplivale na prost pretok kapitala v tretje države, ki so podpisnice sporazumov, sklenjenih z Avstrijo in Švedsko, in iz njih. Natančneje, Komisija za urejanje področja še ni uporabila člena 57(2) ES; ni še bilo nobene potrebe za sprejetje zaščitnih ukrepov iz člena 59 ES in čeprav je Svet že uporabil člen 60(1) ES, ni sprejel omembe vrednih ukrepov v zvezi s katero od teh tretjih držav.⁴

12. Člen 307 ES bi se uporabil, če bi prišlo do neskladja med sporazumi, ki sta jih sklenili Avstrija in Švedska, in Pogodbo. V skladu s tem členom bi sporazum ostal v veljavi, vendar bi Avstrija in Švedska morali storiti vse potrebno za odpravo vseh nezdržljivosti:

Kolikor takšni sporazumi niso združljivi s to pogodbo, država članica ali države članice, ki jih to zadeva, ustrezno ukrepajo, da bi odpravile ugotovljeno nezdržljivost. V ta namen si države članice po potrebi pomagajo, in kadar je primerno, sprejmejo skupno stališče.

Pri uporabi sporazumov iz prvega odstavka države članice upoštevajo, da so prednosti, ki jih vsaka država članica priznava v skladu s to pogodbo, sestavni del ustanovitve Skupnosti in zato neločljivo povezane z oblikovanjem skupnih institucij, z dodelitvijo pristojnosti tem institucijam in s tem, da vse druge države članice priznavajo enake prednosti.“

II – Predhodni postopek

„Določbe te pogodbe ne vplivajo na pravice in obveznosti, ki izhajajo iz sporazumov med eno ali več državami članicami na eni strani ter eno ali več tretjimi državami na drugi strani, ki so bili sklenjeni pred 1. januarjem 1958, ali za države, ki pristopajo, pred datumom njihovega pristopa.

13. Komisija je 12. maja 2004 v skladu s členom 226 ES poslala dopisa Avstriji in Švedski, v katerih je izrazila stališče, da bi bili njuni dvostranski sporazumi, sklenjeni s tretjimi državami, v neskladju z omejitvami iz členov 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES, ki bi jih določila Skupnost. Avstrijo in Švedsko je vprašala, ali sta sprejeli kakšne ukrepe za odpravo nezdržljivosti iz člena 307 ES, ki jih je ugotovila.

⁴ – V skladu s členom 60(1) ES so že bili sprejeti ukrepi zoper Slonokoščeno obalo ter Srbijo in Črno goro, s katerima je Švedska sklenila ali dalje uporabljala sporazume. Vendar Komisija ni trdila, da obstaja kakšno nasprotje med temi ukrepi in sporazumi, ki jih je sklenila Švedska.

14. V odgovorih z dne 14. oziroma 12. julija 2004 sta Avstrija in Švedska zanikali obstoj take nezdržljivosti. Komisija je zato 21. maja 2005 izdala obrazloženi mnenji z dvomesečnim rokom, v katerih je Avstriji in Švedski naložila, naj izpolnita obveznost iz člena 307 ES in odpravita očitano nezdržljivost.

15. V odgovor na obrazloženi mnenji sta Avstrija in Švedska še vedno zanikali obstoj kakršne koli nezdržljivosti, Avstrija pa je še dodala, da bo ob revidiranju modela dvostranskih sporazumov o naložbah sprejela določbo o „regionalnih organizacijah gospodarskega povezovanja“, ki bi preprečila neskladje z obveznostmi iz Pogodbe.

16. Ob upoštevanju teh odgovorov je Komisija vložila to tožbo na podlagi člena 226 ES. Finska, Nemčija, Madžarska in Litva so zaprosile za intervencijo v podporo Avstrije in Švedske.

III – Presoja

17. Glavni spor med Komisijo in državami članicami je povezan z obstojem nezdržljivosti na podlagi člena 307 ES. Rešitev tega spora bi bila precej lažja, če bi Skupnost že določila omejitve pretoka kapitala v tretje države, podpisnice sporazumov z Avstrijo in Švedsko, in iz njih. Skupnost pa tega še ni storila. Sporen je obseg obveznosti, ki v vmesnem času zavezuje Avstrijo in Švedsko. Države članice trdijo, da bi bila vsaka nezdržljivost zgolj „hipotetična“, dokler Skupnost ne določi takih omejitev. Pa drugi strani pa Komisija trdi, da taka nezdržljivost v vsakem primeru zadostuje, da se uporabi člen 307 ES in da se od Avstrije in Švedske zahteva, da sporazume spremenita.

18. Pojem nezdržljivost iz člena 307 ES je logično zgrajen iz dveh nasprotujočih si sestavin: iz obveznosti iz Pogodbe in iz obveznosti, ki izhaja iz sporazuma, sklenjenega s tretjo državo.⁵

5 – Glej v tem smislu sodbi z dne 18. novembra 2003 v zadevi Budvar (C-216/01, Recueil, str. I-13617, točka 146), z dne 10. marca 1998 v združenih zadevah T. Port (C-364/95 in C-365/95, Recueil, str. I-1023, točka 60) in sklepne predloge generalnega pravobranilca Lenza, predstavljene v zadevi Evans, v kateri je bila izdana sodba z dne 28. marca 1995 (C-324/93, Recueil, str. I-563, točka 34). V zvezi z obveznostjo iz Pogodbe je razlogovanje, ki se uporabi za ugotovitev nezdržljivosti na podlagi člena 307 ES, enako kot tisto, ki se uporabi za ugotovitev kršitve člena 226 ES.

19. Tako bom najprej preučil, ali katera od navedb Komisije zadostuje za utemeljitev obveznosti iz Pogodbe (A). Nato bom obravnaval navedbe držav članic, da nasprotujoča mednarodna obveznost v nobenem primeru ne more biti posledica sporazumov o naložbah (B). Nazadnje, če je posledica soobstoja teh dejavnikov nezdržljivost, bom preučil, ali sta Avstrija in Švedska storili dovolj za njeno odpravo in kakšen je obseg njune obveznosti, da to storita (C).

20. V teh sklepnih predlogih bo postalo jasno, da imajo obveznosti držav članic glede morebitnega delovanja Skupnosti zelo posebne značilnosti. Če z drugimi besedami povzamem Saint-Exupéryja, njihova naloga ni, da predvidijo prihodnost, temveč, da jo dopustijo.⁶

A – Obveznost iz Pogodbe

21. Komisija je navedla tri vire obveznosti iz Pogodbe, na podlagi katerih bi se lahko uporabil člen 307 ES: (i) sekundarno zakonodajo, predvideno v členih 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES, (ii) člene 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES

same in (iii) dolžnost lojalnega sodelovanja.⁷ Preučil jih bom ločeno.

22. Obravnaval bom tudi (iv) očitni paradoks, do katerega pride v teh primerih, če se člen 307 ES uporabi za izpodbijanje trditev, s katerimi se utemeljuje obstoj obveznosti iz člena 56 ES, da se vzpostavi prost pretok kapitala v tretje države in iz njih.

i) Sekundarna zakonodaja, predvidena v členih 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES

23. Obveznost iz Pogodbe v smislu člena 307 ES lahko izhaja iz primarne in sekundarne zakonodaje. Vendar pa, ali lahko taka obveznost izhaja iz zakonodaje, predvidene v členih 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES, ki še ne obstaja?

24. Odgovor je očitno ne. Nezdržljivost, na katero se nanaša člen 307 ES, mora biti posledica dveh nasprotujočih si obveznosti.

6 – *Citadelle*, Antoine de Saint-Exupéry, ur. Gallimard, coll. NRF, 1948, str. 167.

7 – Več držav članic je utemeljeno obtožilo Komisijo nejasnosti v zvezi s točnim virom obveznosti iz Pogodbe, ker so se njene trditve med postopkom spreminjale.

Če zakonodaja – primarna ali sekundarna – ne obstaja, obveznosti ni in torej ni nezdružljivosti.⁸

članice. Vendar je iz členov samih težko izpeljati tako obveznost.⁹

ii) Členi 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES

25. Členi 57(2) ES, 59 ES ali 60(1) ES za razliko od sekundarne zakonodaje, ki jo dopuščajo, ne potrebujejo ravnanja Skupnosti, da bi bili zavezujoči. Zavezujoči so že v zakonodajnem postopku; vprašanje je, ali obveznost nalagajo tudi državam članicam.

26. Besedilo členov 57(2) ES, 59 ES ali 60(1) ES tega ne kaže. Členi le pooblaščajo Skupnost, da ukrepa. Če naj privedejo do nezdružljivosti na podlagi člena 307 ES, mora to pooblastilo vsebovati obveznost za države

27. V nasprotju s trditvami Komisije ta obveznost ne more biti v tem, da je treba spremeniti sporazume, ker bi se lahko izkazali za nezdružljive z zakonodajo, za sprejetje katere je pristojna Skupnost. Obveznost spremembe sporazumov bi bila posledica uporabe člena 307 ES. Vendar za uporabo člena 307 ES je vseeno treba ugotoviti obstoj obveznosti države članice, ko obstaja zgolj pooblastilo, naj Skupnosti ukrepa.

28. Obstaja primer, ko pooblastilo privede do obveznosti: če ima Skupnost izključno pristojnost. V takem primeru države članice ne

8 – Celo Komisija je spremenila svoj predlog, da sporazumi o naložbah „kršijo morebitne prihodnje ukrepe Skupnosti“ (Naslov III njenega odgovora na odgovor Avstrije), v predlog, da so nezdružljivi s členi 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES.

9 – Ko se je generalni pravobranilec Tizzano soočil z enako težavo, je v pridruženem mnenju v tako imenovanih zadevah *Open Skies*, v katerih je bila izdana sodba z dne 5. novembra 2002 v zadevah (od C-466/98 do C-469/98, C-471/98, C-471/98, 472 C-475/98 in C-476/98, Recueil, str. I-9427), menil, da „zunanja pristojnost Skupnosti v zadevah, ki so jih prej urejali sporazumi držav članic, ni dovolj, da bi zato bili ti sporazumi nezdružljivi [s pravili o pristojnosti]“ (točka 113). Sodišče o tem ni odločilo, ker je menilo, da so zadevne sporazume nadomestili sporazumi po pristopu, za katere ne velja člen 307 ES.

smejo sprejemati zakonodaje. Vendar v obravnavani zadevi ne gre za to. Dokler Skupnost ne ukrepa, lahko države članice urejajo pretok kapitala v tretje države in iz njih.¹⁰ Z drugimi besedami, pristojnost je deljena.

sprejema trditev, da bi pristojnost postala izključna, vendar v omejenem obsegu. Meni pa se to vseeno ne zdi razlog za odmik od načel deljene pristojnosti in prepoved državam članicam, da sprejemajo zakonodajo, kadar Skupnost ne ukrepa. Nasprotno, prepričan sem, da odgovor na vprašanje, ali imajo države članice obveznosti, ni odvisen od obsega pristojnosti, temveč mora veljati za vsa področja deljene pristojnosti.

29. Kot so poudarile nekatere intervenientke, bi naložitev obveznosti državam članicam, naj ne sprejemajo zakonodaje – z nacionalnimi ukrepi ali z mednarodnimi instrumenti – za preprečitev vsakršnega morebitnega neskladja z bodočo zakonodajo Skupnosti, prost pretok kapitala v tretje države in iz njih spremenilo v področje izključne pristojnosti. Vsakršno področje deljene pristojnosti bi doživelo enako usodo.

31. Kot bo postalo jasno v (iii) spodaj, imam nekaj pomislekov o učinkih, ki jih lahko ima izvrševanje deljene pristojnosti s strani držav članic, s tem da sklepajo mednarodne sporazume, na svobodo in učinkovitost pristojnosti Skupnosti. Kljub temu menim, da pravilno reševanje tega problema ni v preoblikovanju takih določb o pooblastilih v domnevno omejene izključne pristojnosti.

30. Odgovor Komisije je, da je vsebina členov 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES tako posebna, da naj bi bile obveznosti držav članic v primerjavi z drugimi področji, ki so v deljeni pristojnosti, omejene. Zdi se torej, da Komisija

32. Tako menim, da členi 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES le pooblaščajo Skupnost, da ukrepa, in državam članicam ne nalagajo obveznosti. Sami po sebi ne morejo voditi do nezdržljivosti na podlagi člena 307 ES.

¹⁰ – Če spoštujejo člen 56 ES, ki prepoveduje določitev omejitev, ali če so sprejete omejitve upravičene iz razlogov v javnem interesu ali na podlagi člena 58 ES.

iii) Dolžnost lojalnega sodelovanja

katerem je bila uporabljena dolžnost lojalnega sodelovanja, namreč z obveznostmi držav članic v obdobju za prenos direktiv.

33. Obveznost na podlagi člena 307 ES je izraz obveznosti lojalnega sodelovanja iz člena 10 ES.¹¹ Ta obveznost razlaga, zakaj morajo države članice spremeniti sporazume, ki niso združljivi s Pogodbo, čeprav imajo ti sporazumi polno veljavo.

34. Vendar pa so posledica dolžnosti lojalnega sodelovanja številne druge obveznosti, zaradi katerih se lahko uporabi člen 307 ES (kot to velja za vse obveznosti iz Pogodbe). Značilnost obveznosti lojalnega sodelovanja je v tem, da se ne more uporabiti sama, temveč za uporabo potrebuje druge določbe Pogodbe. V teh okoliščinah so člani 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES lahko znova pomembni. Omogočajo oblikovanje vprašanja na splošno: ali dolžnost lojalnega sodelovanja nalaga državam članicam kakšno obveznost na področjih, na katerih delijo pristojnost s Skupnostjo?

35. Na tem mestu bi rad predlagal, naj se potegne vzporednica s še enim področjem, na

36. Opozoriti je treba, da države članice pred iztekom roka za prenos direktive nimajo obveznosti, da preučijo skladnost nacionalne zakonodaje s to direktivo.¹² Vendar pa je Sodišče menilo, da tudi če ta obveznost ne obstaja, države članice niso popolnoma svobodne. V skladu z dolžnostjo lojalnega sodelovanja ne smejo sprejeti „nobenih določb, ki bi lahko resno ogrozile cilj, ki ga določa ta direktiva“.¹³ To ne pomeni, da so prepovedana vsa neskladja, temveč le tista, ki bi lahko ogrozila cilj direktive.¹⁴

37. Prenos direktiv je deljeni pristojnosti podoben v tem, da se neskladje z nacionalno zakonodajo lahko pojavi šele po preteku določenega časa, namreč po izteku roka za prenos ali izvršitvi pristojnosti Skupnosti. Razlika je v tem, da se bo rok za prenos

11 – Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Tizzana, predstavljene v zadevi Budvar, v kateri je bila izdana sodba z dne 18. novembra 2003 (C-216/01, Recueil, str. I-13617, točka 150), in moje sklepne predloge v zadevi Kadi (C-402/05, o zadevi se ni odločeno, točka 32).

12 – Glej v tem smislu sodbo z dne 18. decembra 1997 v zadevi Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Recueil, str. I-7411, točka 43).

13 – V opombi 12 navedena sodba Wallonie, točka 45.

14 – Glej mojo analizo te obveznosti v okviru tožbe na podlagi člena 226 ES v sklepnih predlogih v zadevi Komisija proti Belgiji, v kateri je bila izdana sodba z dne 14. junija 2007 (C-422/05, ZOdl., str. I-4749, točke od 27 do 51).

direktive gotovo iztekel, medtem ko pristojnost Skupnosti morda nikoli ne bo izvršena. Ali to zadostuje za različno obravnavanje na podlagi dolžnosti lojalnega sodelovanja?

38. Menim, da ne. V skladu z dolžnostjo lojalnega sodelovanja države članice ne smejo onemogočiti katerega koli ravnanja Skupnosti. Člen 10 ES ne dela razlike. Določa, da se države članice „[v]zdržijo [...] vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili doseganje ciljev te pogodbe“. Okoliščina, da je Sodišče do sedaj ugotovilo, da se člen 10 ES uporablja za obdobje za prenos direktive, ne pa za izvrševanje pristojnosti Skupnosti, ki jih podeljuje Pogodba, je le naključje.

39. Dejstvo, da izvrševanje pristojnosti Skupnosti ostaja le možnost, ne more spremeniti tega stališča. Države članice ne smejo ogroziti cilja Skupnosti, tudi če je le možen. Ni pomembno, da izpolnjevanje tega cilja zahteva ukrepanje *in concreto* (v tem primeru dejansko izvrševanje pristojnosti); obveznost spoštovanja cilja obstaja in zavezuje države članice.¹⁵

15 – Ustaljena sodna praksa je, da dejstvo, da dejavnost še ne obstaja v državi članici, te države ne razbremeni obveznosti, da prenese direktivo, ki se nanaša na to dejavnost: glej sodbo z dne 14. junija 2007 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-422/05, točka 59, in navedena sodna praksa). Glej tudi sodbo z dne 22. oktobra 1998 v zadevi Komisija proti Franciji (C-184/96, Recueil, str. I-06197), imenovana Foie gras, ki je omenjena v stališčih nekaterih držav članic.

40. Vendar želim pojasniti, da težava ni v možnosti bodočega neskladja z zakonodajo Skupnosti in njenimi cilji. Če bi morali odstraniti vsako tako možnost, ne bi več obstajala deljena pristojnost, ampak izključna. Težava nastane le, če nacionalni ukrepi ali mednarodne obveznosti države članice lahko ogrozijo učinkovitost morebitne prihodnje zakonodaje Skupnosti in s tem *de facto* omejijo svobodo, ki jo Pogodba daje Skupnosti za ravnanje na teh področjih. To bo odvisno od značilnosti nacionalnih ukrepov ali mednarodnih obveznosti in prizadetih pristojnosti Skupnosti, na primer od nujnosti ukrepov, ki naj bi bili sprejeti na podlagi takih pristojnosti.

41. To je posebej pomembno pri sporazumih, varovanih s členom 307 ES. Medtem ko bo nacionalna zakonodaja zaradi načela neposrednega učinka in primarnosti z bodočo zakonodajo Skupnosti samodejno razveljavljena, to ne bo nujno veljalo za te sporazume. Obstoj takih dogovorov lahko zato ogrozi učinkovitost zakonodaje, za katere sprejetje je pristojna Skupnost.¹⁶

16 – Glede ukrepanja države članice pred iztekom roka za prenos direktive sem že navedel v sklepnih predlogih v zadevi Komisija proti Belgiji, navedenih v opombi 14, da so „[v] nacionalni zakonodaji [...] lahko določene dolžnosti, katerih izpolnjevanje bi onemogočilo doseganje koristnih učinkov usklajevanja zakonodaj na evropski ravni ali nalagalo neskladne možnosti, ki bi obstajale tudi po izteku roka za prenos direktive in bi vplivale tudi na nadaljnji razvoj rešitev Skupnosti“ (točka 49).

42. Tako predlagam, naj Sodišče sprejme ugotovitev, ki je že bila uporabljena v zvezi s prenosom direktiv, in odloči, da se morajo države članice vzdržati sprejetja ukrepov, ki lahko resno ogrozijo izvrševanje pristojnosti Skupnosti. Natančneje, države članice morajo storiti vse potrebno, da preprečijo, da bi njihove prej obstoječe mednarodne obveznosti ogrozile izvrševanje pristojnosti Skupnosti.

43. Ta obveznost iz Pogodbe je zato lahko podlaga za uporabo člena 307 ES. Da bi v tem primeru torej obstajala nezdružljivost na podlagi tega člena, morajo biti dogovori, ki sta jih sklenili Avstrija in Švedska, sposobni resno ogroziti izvrševanje pristojnosti Skupnosti iz členov 57(2) ES, 59 ES ali 60(1) ES.

iv) Ali obstaja neskladje s členom 56 ES

44. Navedel sem, da dolžnost lojalnega sodelovanja nalaga državam članicam, naj ne ogrozijo izvrševanja pristojnosti Skupnosti. Vendar pa, ali to velja, kadar je obveznost taka, da dopušča določitev omejitve prostega

pretoka, tako kot velja v členih 57(2) ES, 59 ES ali 60(1) ES?

45. Kot so opozorile nekatere države članice, bi se lahko zdelo, da to nasprotuje obveznosti iz člena 56 ES, da se ne sme sprejeti omejitev za pretok kapitala v tretje države in iz njih. Zdi se, da se daje prednost morebitnim prihodnjim omejitvam pred obstoječo obveznostjo, da se dovoli prost pretok.

46. Vsaka taka skrb je napačna preprosto zato, ker neskladje ne obstaja. Obveznost držav članic, da zagotovijo prost pretok, velja ne glede na njihovo obveznost, da ne ogrozijo prihodnjega delovanja Skupnosti. Če ta obveznost zajema razveljavitev nacionalnega pravila, ki zagotavlja prost pretok – ali, kot to velja v obravnavani zadevi, spremembo mednarodnega sporazuma v skladu s členom 307 ES – je to posledica dejstva, da je Skupnosti omejeno pristojna za sprejetje omejitev prostega pretoka kapitala. Dolžnosti, da se ne ogrozi izvrševanje pristojnosti Skupnosti, se ne sme mešati z obveznostmi in pravicami, povezanimi z ravnanji držav članic na tem področju.

B – Obveznost iz sporazuma s tretjo državo

stuje, da je sporazum glede na svoje besedilo „lahko“ nezdružljiv s Pogodbo.

47. Ko je ugotovljen obstoj obveznosti iz Pogodbe, je nadaljnji predpogoj za nezdružljivost na podlagi člena 307 ES, da iz sporazuma s tretjo državo izhaja nasprotujoča obveznost.

48. Tako bom (i) preučil sporazume, ki sta jih sklenili Avstrija in Švedska, da bi ugotovil, ali obstaja taka nasprotujoča mednarodna obveznost. Nato bom (ii) obravnaval navedbe držav članic, da se je nezdružljivosti mogoče izogniti brez uporabe člena 307 ES.

i) Mednarodne obveznosti, ki lahko resno ogrozijo izvrševanje pristojnosti Skupnosti

49. Sodišče je presodilo, da se člen 307 ES uporablja za vsak mednarodni sporazum, „ki bi lahko vplival na uporabo Pogodbe“. ¹⁷ To določa raven preizkusa, ki ga je treba opraviti. V nasprotju s tem, kar je navedla Švedska, ni treba ugotoviti točnega pomena sporazuma glede na njegove posebne okoliščine; zado-

50. Določbe o prenosu iz sporazumov, ki sta jih sklenili Avstrija in Švedska, so bile opisane zgoraj. Vse stranke se strinjajo o njihovi vsebini: zagotavljati prost pretok vseh oblik kapitala, povezanega z naložbami. Če bi Skupnost določila omejitve za prost pretok na podlagi členov 57(2) ES, 59 ES ali 60(1) ES, je zelo verjetno, da bi bili sporazumi nezdružljivi s tako zakonodajo. ¹⁸ Vendar pa, kot je bilo že večkrat do sedaj povedano, se ta morebitna nezdružljivost ne nanaša na obravnavana primera. Le če bi sporazumi lahko resno ogrozili izvajanje pristojnosti Skupnosti, bo obstajala nezdružljivost.

51. Menim, da taka nezdružljivost obstaja. Izvrševanje pristojnosti Skupnosti lahko služi različnim ciljem iz členov 57(2) ES, 59 ES ali 60(1) ES, a je vsem skupno dejstvo, da se jih lahko ogrozi, s tem da se Avstriji in Švedski dovoli ohranitev mednarodnih obveznosti, ki bi ogrozile učinkovitost zakonodaje, ki jo Skupnost lahko sprejme na podlagi teh členov.

¹⁷ – Sodba z dne 14. oktobra 1980 v zadevi Burgoa (812/79, Recueil, str. 2787, točka 6).

¹⁸ – Avstrija je trdila, da naj bi določene sestavine zadevne določbe dopuščale možnost izogniti se nezdružljivosti, medtem ko je Švedska isto trditve navedla v zvezi z drugimi določbami iz njenih sporazumov. Te trditve bom obravnaval pod (ii).

52. V nekaterih okoliščinah bi ravnanje Skupnosti očitno izgubilo učinkovitost. Člen 59 ES na primer dovoljuje sprejetje ukrepov za obdobje največ šestih mesecev. Težko si je predstavljati, kako bi lahko bili taki ukrepi sprejeti in pravočasno uveljavljeni zoper države, ki so podpisnice sporazumov, ki sta jih sklenili Avstrija in Švedska. Isto velja za člen 60(1) ES. Nujnost (in takojšna izvršljivost) ukrepov, sprejetih na podlagi tega člena, ni združljiva z ohranitvijo prej obstoječih mednarodnih obveznosti Avstrije in Švedske. V teh primerih bi čakanje na to, da pride do dejanskega neskladja med zakonodajo Skupnosti in mednarodnimi obveznosti, preden se sprejme vse potrebno za odpravo take nezdružljivosti, zakonodaji Skupnosti odvzelo učinkovitost. Pomenilo bi omejevanje pristojnosti, ki jo Pogodba daje Skupnosti.

53. V drugih okoliščinah je izguba učinkovitosti manj jasna, na primer glede bodoče ureditve prostega pretoka kapitala iz člena 57(2) ES ali omejitev gospodarskih odnosov v skladu s členom 60(1) ES za druge namene, kot je naložitev sankcij. Kljub temu ostaja dejstvo, da sporazumi, ki sta jih sklenili Avstrija in Švedska, lahko preprečijo takojšnjo uporabo omejitev, pri čemer je taka uporaba lahko bistvena za cilje zakonodaje Skupnosti. Pooblastil, podeljenih Skupnosti na podlagi členov 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES se ne sme okrniti s sposobnostjo Avstrije in Švedske, da ohranita v veljavi mednarodne obveznosti, ki lahko zakonodaji Skupnosti odvzameta učinkovitost *ex ante*.

54. Zato ugotavljam, da obstaja nezdružljivost na podlagi člena 307 ES med določbo o prenosu iz sporazumov, ki sta jih sklenila Avstrija in Švedska, in obveznostjo iz Pogodbe, da se ne ogrozi izvrševanje pristojnosti iz členov 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES.

ii) Izogibanje nezdružljivosti na podlagi člena 307 ES

55. Avstrija in Švedska, ki ju podpirajo države članice intervenientke, sta trdili, da obstaja več poti, kako se izogniti nezdružljivosti iz njunih sporazumov glede na člen 307 ES. Vse te poti pomenijo, da se sporazumi ne uporabljajo in sicer na podlagi razlagalnih metod, mednarodnega prava ali da se enostavno ne upoštevajo.

56. Načelno menim, da se teh navedb ne sme sprejeti. Če lahko sporazum zaradi svojega

besedila ovira uporabo Pogodbe, člen 307 ES že določa primeren ukrep: države članice morajo storiti vse potrebno za odpravo nezdržljivosti, kar je Sodišče razlagalo kot spremembo ali, če je to potrebno, odpoved sporazuma.¹⁹

57. Če bi držala navedba držav članic, da bi bilo nezdržljivost mogoče preprosto rešiti z razlago sporazumov v skladu s pravom Skupnosti, s tem da bi se uporabila določena načela mednarodnega prava – predvsem *rebus sic stantibus* – ali da se sporazumi enostavno ne bi upoštevali, bi to veljalo vedno, obveznost države članice iz člena 307 ES, naj stori vse potrebno za odpravo te nezdržljivosti, pa bi bila brez smisla.

58. V nobenem primeru pa razlagalni pristop, ki ga predlagata Avstrija in Švedska, in uporaba mednarodnega prava ne bi mogla popraviti nezdržljivosti sporazumov. Čeprav po mojem mnenju to ni pomembno za obveznost Avstrije in Švedske iz člena 307 ES, bom vseeno na kratko preučil določbe o prenosu.

59. Avstrija trdi, da naj bi ji izraz „brez nepotrebne odlašanja“ iz določb o prenosu v njenih sporazumih omogočil, da odloži vsak prenos in tako uveljavi začasne ukrepe iz člena 59 ES. Vendar naj to ne bi veljalo za člena 57(2) ES in 60 ES, pa tudi glede člena 59 ES je dvomljivo, ali bi se izraz lahko tako razlagalo.

60. Švedska trdi, da sporazumi – ker določba v nekaterih od njih določa, da je treba prenose opraviti v skladu z njeno zakonodajo – ne bi nikoli mogli biti v nasprotju s pravom Skupnosti. Ta določba ni vsebovana v vseh sporazumih Švedske. Poleg tega niti ni gotovo, ali se nanaša na pravo Skupnosti.

61. Nazadnje, Avstrija in Švedska trdita, da naj bi za njune sporazume veljala *clausula rebus sic stantibus*. Ta doktrina je določena

19 – Sodba z dne 4. julija 2000 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-62/98, Recueil, str. I-5171, točka 49).

v Dunajski konvenciji in na splošno velja za načelo mednarodnega prava.²⁰ Avstrija in Švedska navajata, da bi bilo izvajanje pooblastil Skupnosti na podlagi členov 59 ES in 60(1) ES izjemno. To načelo naj bi zato veljalo za njune sporazume in ga ne bi bilo mogoče uveljaviti zoper zakonodajo Skupnosti. Vendar pa se načelo *rebus sic stantibus* uporablja v zelo omejenih okoliščinah in sporno je, ali bi se v obravnavanih primerih lahko uporabilo.

C – Ukrepi za odpravo nezdržljivosti

62. Vse te navedbe je treba zavriniti. Uporaba člena 307 ES ne more biti odvisna od dokončne razlage določb sporazuma ali uporabe spornega pravila mednarodnega prava kot je *rebus sic stantibus*. Sodišče je že odločilo tako, s tem da je navedlo, da zgolj možnost, da je sporazum nezdržljiv, zado-
stuje za uporabo člena 307 ES.²¹

63. Če obstaja nezdržljivost na podlagi člena 307 ES, morajo države članice storiti vse potrebno, da jo odpravijo.

64. Švedska je menila, da je bilo njeno ravnanje zakonito, in zato v roku, ki je bil določen v obrazloženem mnenju Komisije, ni storila ničesar. Zato je kršila obveznost iz člena 307 ES.

20 – Dunajska konvencija o pogodbenem pravu z dne 23. maja 1969, člen 62, „Bistvene spremembe okoliščin“:
„1. Bistvene spremembe okoliščin, ki so vladale ob sklenitvi pogodbe in je članice niso predvidele, ni mogoče navesti kot razlog za prenehanje pogodbe ali za odstop od nje, razen: a) če te okoliščine za članice niso bistvena podlaga za njihovo privolitev, da jih veže pogodba, in b) če ta sprememba ne meri na to, da korenito spremeni pomen obveznosti, ki jih je v skladu s pogodbo treba še izpolniti. 2. Bistvene spremembe okoliščin ni mogoče navesti kot razlog za prenehanje pogodbe ali za odstop od nje: a) če pogodba določa mejo ali b) če so bistvene spremembe okoliščin posledica kršitve, s strani podpisnice, ki se nanjo sklicuje, pogodbene obveznosti ali druge mednarodne obveznosti do katere koli druge podpisnice pogodbe. 3. Če se more članica sklicevati v smislu prejšnjih točk na bistveno spremembo okoliščin kot na razlog za prenehanje pogodbe ali za odstop od nje, se sme nanjo sklicevati prav tako le za ustavitev uporabe pogodbe.“

21 – Glej opombo 17 zgoraj.

65. Avstrija je zavzela podobno stališče, a je za razliko od Švedske navedla, da se ukvarja z določbo o „regionalnih organizacijah gospodarskega povezovanja“ (v nadaljevanju: REIO) za svoj model sporazuma o naložbah. Ta določba naj bi preprečila, da bi sporazum veljal, če bi bil v nasprotju z obveznostmi Skupnosti. Vendar pa bi veljala le za prihodnje sporazume. Glede sporazumov, ki so predmet tega primera, je Avstrija omenila le, da

v „bližnji prihodnosti“ načrtuje pogovore s Kitajsko in da so se začela ponovna pogajanja o sporazumu z Rusijo, a so bila odložena, dokler ne bo končano delo v zvezi z določbo REIO.

namreč spremembo ali, če je to potrebno, odpoved sporazumov.²² Države članice zavezuje rezultat, ki ga je treba doseči, omejene pa so le z zakonitostjo ukrepov.

66. Edino, kar je Avstrija dejansko naredila v roku, določenem v obrazloženem mnenju Komisije, je, da je začela pogajanja glede enega sporazuma. Avstrija je odgovorna, da je kasneje ta pogajanja odložila. Tako menim, da je tudi Avstrija kršila obveznost iz člena 307 ES.

69. V teh okoliščinah lahko gotovo upoštevajo interese svojih vlagateljev. Ti interesi pa ne morejo držav članic razbremeniti obveznosti, da ravnajo v skladu s pravom Skupnosti, razen če glede tega obstaja posebna določba. Člen 307 ES že dovoljuje določena odstopanja od prava Skupnosti, s tem da priznava prej obstoječe mednarodne obveznosti, ki zavezujejo države članice. Njegov namen ni državam članicam dovoljevati, da bi dale prednost takim obveznostim pred obveznostmi Skupnosti, če bi bilo to ugodneje za njihove vlagatelje.²³

67. Čeprav Avstrija in Švedska nista storili ničesar omembe vrednega, da bi odpravili nezdržljivost, trdita, da obseg obveznosti iz člena 307 ES ni tak, da bi od njiju zahteval odstop od njunih sporazumov. V zvezi s tem so nekatere države članice navajale, da bi bilo pri določanju obsega obveznosti za odpravo nezdržljivosti na podlagi člena 307 ES treba upoštevati interese njihovih vlagateljev v tujini.

70. Glede na navedeno je treba po mojem mnenju odstop obravnavati kot *ultima ratio*.²⁴ To pa zato, ker se Pogodba skuša kolikor je mogoče izogniti poseganju v prej obstoječe mednarodne obveznosti držav članic.

68. Člen 307 ES zahteva, da države članice storijo vse potrebno za odpravo nezdržljivosti. Sodišče je že pojasnilo, kaj to pomeni,

²² – Glej opombo 19 zgoraj.

²³ – Podobno glede interesov zunanje politike države članice glej v opombi 18 navedeno sodbo Komisija proti Portugalski, točka 50.

²⁴ – Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Mischa, predstavljene v zadevi Komisija proti Portugalski, v kateri je bila izdana sodba z dne 4. julija 2000 (C-62/98, Recueil, str. I-5171, točka 69).

IV – Predlog

71. Sodišču predlagam, naj ugotovi, da Avstrija in Švedska, s tem da nista storili vsega potrebnega za odpravo nezdržljivosti med dvostranskimi sporazumi o naložbah, ki sta jih sklenili pred pristopom, in členom 10 ES v povezavi s členi 57(2) ES, 59 ES in 60(1) ES, nista izpolnili obveznosti iz člena 307 ES.