

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

föredraget den 10 juli 2008¹

1. De förevarande målen rör investeringsavtal som ingåtts av antingen Österrike eller Sverige, å ena sidan, och olika tredjeländer, å andra sidan. Enligt dessa avtal garanteras investerare överföring av kapital som har samband med deras investeringar.

2. Samtliga av dessa bilaterala investeringsavtal härrör från tiden före Österrikes och Sveriges anslutning och regleras därför av artikel 307 EG. Enligt denna artikel är Österrike och Sverige skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det i dessa avtal som inte är förenligt med fördraget. Kommissionen har gjort gällande att Österrike och Sverige har underlåtit att uppfylla ifrågavarande skyldighet genom att avtalen saknar sådana bestämmelser om restriktioner för den fria rörligheten för kapital till och från tredjeländer som avses i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG och genom att medlemsstaterna inte har vidtagit åtgärder för att rätta till detta förhållande.

3. Österrike och Sverige "anklagas" således för att alltför nitiskt ha skyddat den fria rörligheten för kapital till och från tredjeland.

Huvudfrågan i dessa mål avser emellertid inte denna skenbara motsägelse. Även om restriktioner för fria kapitalrörelser är tillåtna enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG har gemenskapen ännu inte infört några sådana med avseende på de aktuella tredjeländerna. I vilken utsträckning kan Österrike och Sverige hållas ansvariga för att inte ha undanröjt en oförenlighet som till synes ännu inte har uppstått?

I — Faktisk och rättslig bakgrund

4. Österrike ingick före anslutningen till Europeiska unionen flera bilaterala investeringsavtal med tredjeländer.² Dessa avtal

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Med Kina (BGB1. 537/1986, trädde i kraft den 11 oktober 1986), Malaysia (BGB1. 537/1986, trädde i kraft den 1 januari 1987), Ryska federationen (BGB1. 387/1991, trädde i kraft den 1 september 1991), ingicks ursprungligen med forna Sovjetunionen, tillämplig mellan Österrike och Ryska federationen genom notväxling BGB1. 257/1994), Korea (BGB1. 523/1991, trädde i kraft den 1 november 1991), Turkiet (BGB1. 612/1991, trädde i kraft den 1 januari 1992) och Kap Verde (BGB1. 83/1993, trädde i kraft den 1 april 1993).

innehåller en så kallad överföringsklausul, som garanterar investerare från vardera parten fri överföring, utan oskäligt dröjsmål, av kapital som har samband med deras investeringar.

Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD) i syfte att få till stånd ett multilateralt instrument. I stället kom ett system av bilaterala avtal att utvecklas och i dag finns tusentals sådana. Österrike och Sverige har gjort gällande, utan att kommissionen har invänt mot detta, att överföringsklausulerna i avtalen är standardklausuler och att de är av grundläggande betydelse för denna typ av avtal.

5. Även Sverige ingick före anslutningen ett antal bilaterala investeringsavtal med tredje-länder, avtal som innehåller en överföringsklausul.³ I de svenska avtalen innebär denna bestämmelse att överföringar av flera slag av kapital med anknytning till en investering, nämligen vinster, behållningen av likvidation, återbetalning av lån samt betalning av utgifter, medges. I vissa avtal föreskrivs att överföringarna ska ske i överensstämmelse med tillämpliga nationella lagar och föreskrifter.

6. Under 1990-talet började betydelsen av investeringsavtal att öka och detta ledde även till misslyckade förhandlingar inom ramen för

7. I fördraget jämföras den fria rörligheten för kapital till och från tredjeland med den fria rörligheten för kapital mellan medlemsstaterna. Enligt artikel 56 EG ska alla restriktioner för kapitalrörelser, liksom för betalningar, mellan medlemsstater och tredjeland vara förbjudna. Enligt fördraget kan emellertid vissa restriktioner införas av medlemsstaterna (särkilt i artikel 58 EG, där flera grunder för restriktioner anges) och, av större betydelse för förevarande mål, av gemenskapen.

8. Enligt artikel 57.2 EG ges gemenskapen möjlighet att reglera kapitalrörelser till eller från tredjeland, vilket kan innebära införande av restriktioner. Denna artikel har följande lydelse:

3 — Med Vietnam (SÖ 1994:69, trädde i kraft den 2 augusti 1994), Argentina (SÖ 1992:91, trädde i kraft den 28 september 1992), Bolivia (SÖ 1992:19, trädde i kraft den 3 juli 1992), Elfenbenskusten (SÖ 1966:31, trädde i kraft den 3 november 1966), Egypten (SÖ 1979:1, trädde i kraft den 29 januari 1979), Hong Kong (SÖ 1994:19, trädde i kraft den 26 juni 1994), Indonesien (SÖ 1993:68, trädde i kraft den 18 februari 1993), Kina (SÖ 1982:28, trädde i kraft den 29 mars 1982), Madagaskar (SÖ 1967:33, trädde i kraft den 23 juni 1967), Malaysia (SÖ 1979:17, trädde i kraft den 6 juli 1979), Pakistan (SÖ 1981:8, trädde i kraft den 14 juni 1981), Peru (SÖ 1994:22, trädde i kraft den 1 augusti 1994), Senegal (SÖ 1968:22, trädde i kraft den 23 februari 1968), Sri Lanka (SÖ 1982:16, trädde i kraft den 30 april 1982), Tunisien (SÖ 1985:25, trädde i kraft den 13 maj 1985), Yemen (SÖ 1983:110, trädde i kraft den 23 februari 1984), Jugoslavien (SÖ 1979:29, trädde i kraft den 21 november 1979, fortsätter enligt överenskommelse i Stockholm den 28 februari 2002 att gälla i förhållande till Serbien och Montenegro).

”Utan att göra avkall på sin strävan att i största möjliga utsträckning förverkliga målet om fria kapitalrörelser mellan medlemsstater och tredje land och utan att det påverkar tillämpningen av andra kapitel i detta fördrag, får rådet med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen besluta om åtgärder beträffande kapitalrörelser till eller från tredje land som gäller direktinvesteringar, inbegripet investeringar i fast egendom, etablering, tillhandahållande av finansiella tjänster eller emission och introduktion av värdepapper på kapitalmarknader. Enhällighet krävs för sådana åtgärder enligt denna punkt som utgör ett steg tillbaka inom gemenskapsrätten när det gäller liberaliseringen av kapitalrörelser till eller från tredje land.”

9. Gemenskapen kan även vidta skyddsåtgärder för att komma till rätta med svårigheter för den ekonomiska och monetära unionen, i enlighet med artikel 59 EG, som har följande lydelse:

”Om kapitalrörelser till eller från tredje land under exceptionella förhållanden orsakar eller hotar att orsaka allvarliga svårigheter för den ekonomiska och monetära unionens funktion, får rådet genom beslut med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen och efter att ha hört ECB vidta skyddsåtgärder gentemot tredje land för en tid som inte får överstiga sex månader, om sådana åtgärder är absolut nödvändiga.”

10. Gemenskapen kan slutligen, på grundval av en gemensam åtgärd i samband med den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken, begränsa de ekonomiska förbindelserna, inbegripet kapitalrörelserna, med tredje länder i enlighet med artikel 60.1 EG, vilken har följande lydelse:

”Om åtgärder från gemenskapens sida anses nödvändiga i ett sådant fall som avses i artikel 301, får rådet enligt förfarandet i artikel 301 vidta nödvändiga brådskande åtgärder gentemot berörda tredje länder vad gäller kapitalrörelser och betalningar.”

I artikel 301 EG, till vilken ovannämnda bestämmelse hänvisar, föreskrivs följande:

”Om en gemensam standpunkt eller en gemensam åtgärd som har beslutats enligt bestämmelserna om en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik i Fördraget om Europeiska unionen förutsätter ett handlande från gemenskapens sida som helt eller delvis avbryter eller begränsar de ekonomiska förbindelserna med ett eller flera tredje länder, skall rådet besluta om de brådskande åtgärder som är nödvändiga. Rådet skall besluta med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen.”

11. Oaktat de ovannämnda möjligheterna har gemenskapen ännu inte infört några restriktioner som skulle påverka de fria kapitalrörelserna till och från länder som är parter i de avtal som ingåtts av Österrike och Sverige. Gemenskapen har ännu inte utnyttjat artikel 57.2 EG för att reglera detta område och anledning har saknats att vidta de skyddsåtgärder som avses i artikel 59 EG. Rådet har förvisso redan använt sig av artikel 60.1 EG. Dessa åtgärder har emellertid inte på något betydelsefullt sätt riktats mot något av dessa tredjeländer.⁴

12. Om avtalen som ingåtts av Österrike och Sverige på något sätt skulle stå i strid med fördraget ska artikel 307 EG tillämpas. Enligt nämnda artikel skulle avtalen fortsätta att gälla men Österrike och Sverige skulle vara skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det i dessa avtal som inte är förenligt med fördraget. Artikel 307 EG har följande lydelse:

I den mån dessa avtal inte är förenliga med detta fördrag skall den eller de berörda medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. Medlemsstaterna skall vid behov bistå varandra i detta syfte och i förekommande fall inta en gemensam hållning.

Vid tillämpning av sådana avtal som avses i första stycket skall medlemsstaterna beakta att de fördelar som varje medlemsstat beviljar enligt detta fördrag utgör en integrerad del av upprättandet av gemenskapen och härigenom är oskiljaktigt förbundna med upprättandet av gemensamma institutioner, med överlämnandet av befogenheter till dessa och med beviljandet av samma fördelar av alla övriga medlemsstater.”

II — Det administrativa förfarandet

”De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredjeländer skall inte påverkas av bestämmelserna i detta fördrag.

13. Genom skrivelser av den 12 maj 2004 meddelade kommissionen, i enlighet med artikel 226 EG, Österrike och Sverige att deras bilaterala investeringsavtal med tredjeländer står i strid med de restriktioner som gemenskapen kan införa enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG. Kommissionen begärde upplysningar från Österrike och Sverige om huruvida de hade vidtagit åtgärder för att undanröja den oförenlighet enligt artikel 307 EG som kommissionen hade påtalat.

⁴ — Sanktioner har redan införts enligt artikel 60.1 EG mot Elfenbenskusten och mot Serbien och Montenegro med vilka Sverige har slutit avtal eller har avtal som fortsätter att gälla. Kommissionen har emellertid inte gjort gällande att det skulle finnas några oförenligheter mellan dessa sanktioner och Sveriges avtal.

14. I svarsskrivelser av den 14 respektive den 12 juli 2004 bestred Österrike och Sverige att det skulle finnas någon sådan oförenlighet. Till följd av detta skickade kommissionen den 21 mars 2005 två motiverade yttranden till Österrike och Sverige och uppmanade dessa medlemsstater att inom en frist på två månader uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 EG och undanröja de påstådda oförenligheterna.

15. I sina svar på de motiverade yttrandena bestred såväl Österrike som Sverige återigen att det skulle finnas någon oförenlighet. Österrike tillade att i samband med att dess modellavtal för bilaterala investeringsavtal reviderades skulle en klausul avseende organisationer för regional ekonomisk integration införas, vilket skulle förhindra oförenlighet med dess skyldigheter enligt fördraget.

16. Mot bakgrund av dessa svar väckte kommissionen talan enligt artikel 226 EG. Finland, Tyskland, Ungern och Litauen har ansökt om att få intervenera till stöd för Österrike och Sverige.

III — Bedömning

17. Huvudfrågan i tvisterna mellan kommissionen och medlemsstaterna gäller huruvida det föreligger en oförenlighet enligt artikel 307 EG. Lösningen av tvisten skulle ha förenklats i avsevärd grad om gemenskapen redan hade infört restriktioner för kapitalrörelser till och från de tredjeländer som är parter i avtalen med Österrike och Sverige. Detta har emellertid inte skett. Frågan rör omfattningen av Österrikes och Sveriges förpliktelser under tiden fram till dess att gemenskapen inför sådana restriktioner. Medlemsstaterna anser att en oförenlighet är enbart "hypotetisk", till dess gemenskapen inför sådana restriktioner. Kommissionen har å andra sidan gjort gällande att en sådan oförenlighet i vilket fall som helst är tillräcklig för att artikel 307 EG ska vara tillämplig och att Österrike och Sverige är skyldiga att ändra avtalen.

18. Begreppet oförenlighet i artikel 307 EG är logiskt uppbyggt av två motstridande delar, nämligen en skyldighet enligt fördraget och en skyldighet som har sin grund i ett avtal med ett tredjeland.⁵

5 — Se, för ett liknande resonemang dom av den 18 november 2003 i mål C-216/01, Budvar (REG 2003, s. I-13617), punkt 146, och av den 10 mars 1998 i de förenade målen C-364/95 och C-365/95, T. Port (REG 1998, s. I-1023), punkt 60, och generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål C-324/93, Evans, där domstolen meddelade dom den 28 mars 1995 (REG 1995, s. I-563), punkt 34. Vad avser den fördragsenliga skyldigheten är det resonemang som tillämpas för att fastställa en oförenlighet enligt artikel 307 EG detsamma som för att fastställa fördragsbrott enligt artikel 226 EG.

19. Jag ska därför först undersöka huruvida något av kommissionens argument är tillräckligt för att det ska föreligga en skyldighet enligt fördraget (A). Jag ska därefter behandla medlemsstaternas argument enligt vilka investeringsavtalen i vilket fall som helst inte kan ge upphov till en motstridande internationell skyldighet (B). Jag ska slutligen, för det fall dessa delar sammantaget innebär att det finns en oförenlighet, bedöma huruvida Österrike och Sverige på lämpligt sätt har åtgärdat denna oförenlighet och i vilken utsträckning de är skyldiga att göra det (C).

20. I detta förslag till avgörande kommer det att bli uppenbart att medlemsstaternas skyldigheter med avseende på åtgärder som gemenskapen potentiellt kan vidta är av en särskild natur. För att parafrasera Saint-Exupéry är deras skyldighet inte att förutse framtiden utan att tillåta den.⁶

A — Skyldigheten enligt fördraget

21. Kommissionen har angett följande tre grunder för att det ska föreligga en skyldighet enligt fördraget som innebär att artikel 307 EG kan komma i fråga: i) den sekundärrättsliga lagstiftning som avses i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG, ii) artiklarna 57.2 EG,

59 EG och 60.1 EG samt iii) skyldigheten till lojalt samarbete.⁷ De ska bedömas i tur och ordning.

22. Jag ska även behandla iv) den skenbara motsägelse som uppkommer i dessa mål genom att artikel 307 EG har åberopats för att ifrågasätta avtal som främjar skyldigheten enligt artikel 56 EG att skapa fria kapitalrörelser till och från tredjeländer.

i) Sekundärrättslig lagstiftning som avses i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG

23. Såväl primärrättslig som sekundärrättslig lagstiftning kan ge upphov till en sådan skyldighet enligt fördraget som avses i artikel 307 EG, men kan en sådan skyldighet uppkomma av sådan lagstiftning som avses i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG, vilken ännu inte har införts?

24. Det är uppenbart att det inte är på det viset. Den oförenlighet som avses i artikel 307 EG måste avse två motstridande skyldigheter. Om det inte finns någon lagstift-

6 — *Citadelle*, Antoine de Saint-Exupéry, éd. Gallimard, coll. NRF, 1948, s. 167.

7 — Flera medlemsstater har med rätta klandrat kommissionen för bristande klarhet vad gäller den exakta grunden för skyldigheten enligt fördraget, eftersom den ändrat argument under förfarandet.

ning – primär eller sekundär – finns ingen skyldighet och följaktligen inte någon oförenlighet.⁸

denna tilldelning av behörighet innebära en skyldighet för medlemsstaterna. En sådan skyldighet kan emellertid svårigen utläsas av dessa artiklar.⁹

ii) Artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG

25. Till skillnad från den sekundärrättsliga lagstiftning som kan antas med stöd av artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG kräver dessa artiklar inga gemenskapsrättsliga åtgärder för att vara rättsligt bindande. De är redan bindande vad avser lagstiftningsprocessen. Frågan är huruvida de även innebär en skyldighet för medlemsstaterna.

26. Enligt ordalydelsen i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG förefaller detta inte vara fallet. Dessa artiklar ger enbart gemenskapen behörighet att vidta åtgärder. Om oförenlighet enligt artikel 307 EG ska uppstå måste

27. Tvärtemot vad kommissionen har hävdat kan denna skyldighet aldrig innebära en skyldighet att ändra avtal därför att de kan visa sig vara oförenliga med den lagstiftning som gemenskapen är behörig att anta. Skyldigheten att ändra avtalen skulle bli följden av en tillämpning av artikel 307 EG. För att kunna tillämpa artikel 307 EG krävs det dock att det finns en skyldighet som åvilar medlemsstaterna. Enligt dessa artiklar tilldelas emellertid gemenskapen endast en behörighet att handla.

28. Det är i ett fall som behörigheten leder till en skyldighet, och det är fallet när gemenskapen har exklusiv behörighet. I detta fall är

8 — Kommissionen omformulerade sitt yrkande om att investeringsavtalen "äsidosätter eventuella framtida gemenskapsåtgärder" (avsnitt III i svarsskrivelsen på Österrikes svaromål) till att avse oförenlighet med artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG

9 — Ställd inför samma svårighet ansåg generaladvokaten Tizzano i sitt gemensamma förslag till avgörande i de förenade målen C-466/98–C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 och C-476/98, Open Skies, där domstolen meddelade dom den 5 november 2002 (REG 2002, s. I-9427), att "den externa behörighet som uppkommit för gemenskapen på områden som redan regleras av medlemsstaternas avtal inte i sig betyder att dessa avtal blir oförenliga med reglerna och principerna om fördelningen av behörighet" (punkt 113). Domstolen uttalade sig aldrig om denna fråga eftersom den fann att de aktuella avtalen hade ersatts av nya avtal efter anslutningen och därmed utanför tillämpningsområdet för artikel 307 EG.

medlemsstaterna skyldiga att avstå från att lagstifta. Detta är emellertid inte fallet här. Medlemsstaterna är, till dess gemenskapen lagstiftat, fria att reglera kapitalrörelser till och från tredjeländer.¹⁰ Det föreligger med andra ord en delad behörighet.

gemenskapen inte utövat sin behörighet. Jag anser tvärtom att svaret på frågan huruvida medlemsstaterna har skyldigheter eller ej inte beror på behörighetens räckvidd, utan ska kunna tillämpas på samtliga områden med delad behörighet.

29. Såsom några av intervenienterna har påpekat skulle en skyldighet för medlemsstaterna att avstå från att lagstifta, genom nationella åtgärder eller internationella instrument, i syfte att hindra en hypotetisk motstridighet med framtida gemenskapslagstiftning, innebära att fria kapitalrörelser till och från tredjeländer skulle komma att omfattas av gemenskapens exklusiva behörighet. Vilket område som helst där det råder delad behörighet skulle kunna röna samma öde.

31. Såsom jag kommer att utveckla under iii) nedan, hyser jag vissa betänkligheter vad gäller verkningarna för friheten och effektiviteten av gemenskapens egen behörighet av att medlemsstaterna utnyttjar sin delade behörighet för att ingå internationella avtal. Jag anser emellertid inte att den riktiga lösningen på detta problem består i att omvandla sådana behörighetsgivande bestämmelser till en påstått begränsad exklusiv behörighet.

30. Kommissionen anser att artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG har ett så specifikt innehåll att medlemsstaternas skyldigheter skulle vara begränsade, till skillnad från andra områden med delad behörighet. Kommissionen förefaller därför att godta att behörigheten skulle bli exklusiv, men i begränsad omfattning. Jag kan likväl inte se att detta skulle utgöra ett skäl att frångå principerna om delad behörighet och hindra medlemsstaterna från att lagstifta i de fall

32. Jag anser följaktligen att artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG endast ger gemenskapen behörighet att vidta åtgärder och att de inte innebär en skyldighet för medlemsstaterna. Dessa artiklar kan inte i sig själva innebära att det föreligger en oförenlighet enligt artikel 307 EG.

10 — Under förutsättning att de iakttar artikel 56 EG, enligt vilken restriktioner är förbjudna eller motiverade med hänsyn till allmänintresset eller artikel 58 EG.

iii) Skyldigheten till lojalt samarbete

33. Skyldigheten enligt artikel 307 EG är ett uttryck för skyldigheten till lojalt samarbete enligt artikel 10 EG.¹¹ Det är denna skyldighet som förklarar varför medlemsstaterna är skyldiga att ändra avtal som är oförenliga med fördraget trots att dessa avtal anses vara giltiga.

34. Skyldigheten till lojalt samarbete ger även upphov till många andra skyldigheter, vilka i sig kan innebära att tillämpningen av artikel 307 EG aktualiseras (något som alla skyldigheter enligt fördraget kan göra). Det ligger i denna skyldighets natur att den inte kan tillämpas ensam, utan det krävs att andra gemenskapsbestämmelser är aktuella för att den ska komma till användning. I detta sammanhang kan artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG återigen bli relevanta. De gör det möjligt att formulera frågan i allmänna ordalag, nämligen huruvida skyldigheten till lojalt samarbete innebär att medlemsstaterna har skyldigheter inom de områden där de har delad behörighet med gemenskapen.

35. Jag ska här göra en jämförelse med ett annat område där skyldigheten till lojalt samarbete har tillämpats, nämligen medlems-

staternas skyldigheter under införlivandefristen för direktiv.

36. Innan införlivandefristen för ett direktiv löpt ut är medlemsstaterna inte skyldiga att tillse att den nationella lagstiftningen överensstämmer med direktivet.¹² Domstolen har emellertid funnit att medlemsstaterna, även då en sådan skyldighet inte föreligger, inte åtnjuter en fullständig frihet. I enlighet med skyldigheten till lojalt samarbete är de skyldiga att avhålla sig från "att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet".¹³ Detta innebär inte ett förbud mot alla motstridigheter, utan endast mot dem som kan äventyra direktivets syfte.¹⁴

37. Införlivandet av direktiv liknar delad behörighet på så sätt att en oförenlighet med den nationella lagstiftningen endast kan uppkomma efter en viss tidpunkt, vid slutet av införlivandefristen respektive vid den tidpunkt då gemenskaper utövar sin behörighet. Skillnaden är att införlivandefristen med säkerhet kommer att löpa ut medan

11 — Se generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i mål C-216/01, Budvar, där domstolen meddelade dom den 18 november 2003 (REG 2003, s. I-13617), punkt 150, och mitt förslag till avgörande i mål C-402/05, Kadi, ännu ej avgjort, punkt 32.

12 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411), punkt 43.

13 — Domen i målet Inter-Environnement Wallonie (ovan fotnot 12), punkt 45.

14 — Se min analys av denna skyldighet inom ramarna för en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG i mitt förslag till avgörande i mål C-422/05, kommissionen mot Belgien, där domstolen meddelade dom den 14 juni 2007 (REG 2007, s. I-4749), punkterna 27–51.

gemenskapen kanske aldrig utövar sin behörighet. Är detta förhållande tillräckligt för att anse att de båda fallen ska behandlas olika enligt skyldigheten till lojalt samarbete?

38. Jag anser inte det. I enlighet med skyldigheten till lojalt samarbete är det inte tillåtet för medlemsstaterna att hindra någon gemenskapsåtgärd. Det görs inte någon skillnad i artikel 10 EG. I denna artikel föreskrivs att medlemsstaterna ”skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås”. Den omständigheten att domstolen hittills slagit fast att artikel 10 EG är tillämplig på införlivandefristen för direktiv, men inte på gemenskapens utövande av sin behörighet enligt fördraget, beror enbart på tillfälligheter.

39. Den omständigheten att utövandet av gemenskapens behörighet är hypotetiskt ger inte anledning att dra en annan slutsats. Medlemsstaterna kan inte äventyra ett gemenskapsmål, inte ens om detta mål är hypotetiskt. Det saknar betydelse att genomförandet av detta mål kräver att vissa konkreta åtgärder vidtas (i förevarande fall, det faktiska utövandet av behörigheten), eftersom skyldigheten att respektera målet är verklig och bindande för medlemsstaterna.¹⁵

15 — Det framgår på samma sätt av fast rättspraxis att den omständigheten att en viss verksamhet som avses i ett direktiv inte förekommer i en specifik medlemsstat inte kan befria denna stat från skyldigheten att införliva ett direktiv som rör denna verksamhet. Se dom av den 14 juni 2007 i mål C-422/05, kommissionen mot Belgien (REG 2007, s. I-4749), punkt 59 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 22 oktober 1998 i mål C-184/96, kommissionen mot Frankrike (REG 1998, s. I-6197), 'Foie gras', vilken vissa medlemsstater angett i sina yttranden.

40. Jag vill emellertid klargöra att problemet inte avser varje slags möjlig framtida oförenlighet med gemenskapslagstiftningen och gemenskapens mål. Om varje sådan möjlighet behövde undanröjas, skulle det inte längre vara fråga om en delad behörighet, utan behörigheten skulle vara exklusiv. Problemet uppkommer endast när medlemsstaternas nationella lagstiftning eller deras internationella förpliktelser kan antas äventyra verkan av en möjlig framtida gemenskapslagstiftning och därigenom de facto innebär en restriktion för den frihet att vidta åtgärder inom dessa områden som gemenskapen ges enligt fördragen. Detta beror på såväl den nationella lagstiftningens eller de internationella förpliktelsernas natur som den berörda gemenskapsbehörigheten, till exempel hur brådskande de åtgärder som ska vidtas med stöd av denna behörighet är.

41. Detta är av särskild betydelse vad gäller avtal som skyddas av artikel 307 EG. Medan nationell lagstiftning enligt principerna om direkt effekt och gemenskapsrättens företräde automatiskt kommer att åsidosättas av framtida gemenskapslagstiftning, är detta inte fallet vad avser dessa avtal. Sådana avtal kan följaktligen äventyra verkan av den lagstiftning som gemenskapen har behörighet att anta.¹⁶

16 — Beträffande en medlemsstats handlande under fristen för att införliva ett direktiv har jag redan i mitt förslag till avgörande i det ovan i punkt 14 nämnda målet kommissionen mot Belgien påpekat att "de nationella reglerna kan ... innebära skyldigheter vars uppfyllande kan medföra att harmoniseringen på gemenskapsnivå blir verkningslös eller innebära val som kan fortsätta att gälla långt efter utgången av fristen för att införliva direktivet och i sin tur ha inverkan på den vidare utvecklingen av gemenskapens beslut" (punkt 49).

42. Jag föreslår därför att domstolen använder sig av samma resonemang som den gjort avseende införlivande av direktiv och slår fast att medlemsstaterna är förpliktade att avhålla sig från alla åtgärder som allvarligt äventyrar gemenskapens utövande av sin behörighet. Medlemsstaterna är i synnerhet skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att förhindra att deras tidigare internationella förpliktelser äventyrar gemenskapens utövande av sin behörighet.

43. Denna skyldighet enligt fördraget kan därför utgöra grund för att tillämpa artikel 307 EG. För att det ska föreligga en sådan oförenlighet som avses i nämnda artikel måste utövandet av gemenskapens behörighet enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG allvarligt äventyras av de avtal som ingåtts av Österrike och Sverige.

iv) Huruvida det föreligger en motstridighet med avseende på artikel 56 EG

44. Jag har föreslagit att medlemsstaterna i enlighet med skyldigheten till lojalt samarbete ska förpliktas att inte äventyra gemenskapens utövande av sin behörighet. Gäller

detta emellertid när, såsom är fallet i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG, denna behörighet gör det möjligt att införa restriktioner för den fria rörligheten?

45. Såsom vissa medlemsstater har anmärkt kan detta förefalla att stå i strid med förpliktelsen i artikel 56 EG att inte införa restriktioner för kapitalrörelser till och från tredjeländer. Det kan verka som om eventuella framtida restriktioner ska ges företräde framför den nuvarande förpliktelsen att tillåta kapitalrörelser.

46. En sådan farhåga är utan grund, eftersom det inte föreligger någon motstridighet. Medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa den fria rörligheten oberoende av deras skyldighet att inte äventyra framtida gemenskapsåtgärder. Om denna skyldighet innebär att en nationell bestämmelse som säkerställer fria kapitalrörelser ska åsidosättas – eller, som i förevarande fall, att ett internationellt avtal ska ändras i enlighet med artikel 307 EG – följer detta av att gemenskapen har getts behörighet att, i begränsad omfattning, införa restriktioner för den fria rörligheten för kapital. Skyldigheten att inte äventyra gemenskapens utövande av sin behörighet ska inte förväxlas med de rättigheter och förpliktelser som hänger samman med medlemsstaternas vidtagande av åtgärder på detta område.

B — *Förpliktelserna enligt ett avtal med ett tredjeland*

att avtalet, enligt sin ordalydelse, kan vara oförenligt med fördraget.

47. För att en oförenlighet enligt artikel 307 EG ska uppkomma, när det är fastställt att en fördragsenlig skyldighet föreligger, måste det finnas en motstridande förpliktelse enligt ett avtal med ett tredjeland.

48. Jag ska därför i) undersöka huruvida de avtal som ingåtts av Österrike och Sverige innehåller en sådan motstridande internationell förpliktelse. Jag ska därefter ii) diskutera medlemsstaternas argument att denna oförenlighet kan undvikas utan att artikel 307 EG tillämpas.

i) Internationella förpliktelser som allvarligt kan äventyra gemenskapens utövande av sin behörighet

49. Domstolen har slagit fast att artikel 307 EG är tillämplig på alla internationella avtal "som kan inverka på tillämpningen av fördraget".¹⁷ Detta anger på vilken nivå undersökningen ska göras. I motsats till vad Sverige har anfört är det inte nödvändigt att fastställa den exakta innebörden av ett avtal på grundval av dess särskilda omständigheter. Det är tillräckligt

50. Bestämmelserna om överföring i avtalen som ingåtts av Österrike och Sverige har beskrivits ovan. Samtliga parter är överens om deras innehåll, nämligen att säkerställa fri rörlighet av kapital som har samband med investeringar. För det fall gemenskapen skulle införa restriktioner för kapitalrörelser i enlighet med artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG, är det ytterst sannolikt att avtalen skulle vara oförenliga med en sådan lagstiftning.¹⁸ Som jag upprepat flera gånger är emellertid denna eventuella oförenlighet inte relevant i de förevarande målen. En oförenlighet kan endast uppkomma om avtalen allvarligt kan äventyra gemenskapens utövande av sin behörighet.

51. Jag anser att det finns en sådan oförenlighet. Gemenskapens utövande av sin behörighet kan tjäna olika syften enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG. Dessa syften har emellertid alla det gemensamt att de kan äventyras genom att Österrike och Sverige tillåts ha kvar internationella förpliktelser, vilka skulle äventyra verkan av den lagstiftning som gemenskapen har behörighet att anta enligt dessa artiklar.

17 — Dom av den 14 oktober 1980 i mål 812/79, Burgoa (REG 1980, s. 2787; svensk specialutgåva, volym 5, s. 313), punkt 6.

18 — Österrike har gjort gällande att vissa delar i den aktuella bestämmelsen innebär att oförenligheten kan undvikas medan Sverige har framfört samma argumentation med avseende på andra bestämmelser i dess avtal. Dessa argument kommer att behandlas under ii) nedan.

52. I vissa fall är det klart att gemenskapsåtgärden skulle förlora sin verkan. Enligt artikel 59 EG kan till exempel åtgärder antas för en tid som inte får överstiga sex månader. Det är svårt att se hur sådana åtgärder kan antas och genomföras i tid med avseende på de länder som är parter till de avtal som ingåtts av Österrike och Sverige. Samma sak gäller för artikel 60.1 EG. Den brådskande (och omedelbart verkställbara) karaktären av de sanktioner som antas med stöd av denna artikel är oförenlig med ett upprätthållande av Österrikes och Sveriges tidigare internationella förpliktelser. Att i dessa fall behöva vänta på att en verklig motstridighet ska uppkomma mellan gemenskapslagstiftningen och de internationella förpliktelserna innan nödvändiga åtgärder vidtas för att undanröja en sådan oförenlighet skulle beröva gemenskapslagstiftningen dess verkan och innebära en begränsning av den behörighet som gemenskapen tilldelas enligt fördraget.

53. Det finns andra fall där den uteblivna verkan är mindre tydlig, till exempel den framtida regleringen av kapitalrörelser enligt artikel 57.2 EG eller en begränsning av de ekonomiska förbindelserna enligt artikel 60.1 EG av andra skäl än sanktioner. De avtal som ingåtts av Österrike och Sverige kan icke desto mindre förhindra en omedelbar tillämpning av restriktioner, och denna tillämpning kan vara nödvändig för att uppnå målen med gemenskapslagstiftningen. Gemenskapens behörighet enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG ska inte inskränkas genom att Österrike och Sverige kan vidmakthålla internationella förpliktelser som *ex ante* kan beröva gemenskapslagstiftningen dess verkan.

54. Jag anser därför att överföringsklausulerna i de avtal som ingåtts av Österrike och Sverige och skyldigheten enligt fördraget att inte äventyra gemenskapens utövande av sin behörighet enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG är oförenliga i den mening som avses i artikel 307 EG.

ii) Undvikande av oförenlighet enligt artikel 307 EG

55. Österrike och Sverige har, med stöd av flera av intervenienterna, gjort gällande att det finns flera metoder att undvika oförenligheter i deras avtal med avseende på artikel 307 EG. Samtliga dessa metoder innebär att tillämpningen av avtalen förhindras, antingen genom tolkning, folkrätt eller genom att helt enkelt underlåta att tillämpa dem.

56. Av princip anser jag att dessa argument inte ska accepteras. När ett avtal på grund av sin ordalydelse kan påverka tillämpningen av

fördraget föreskrivs i artikel 307 EG ett lämpligt sätt att komma till rätta med detta, nämligen att medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. Detta har av domstolen tolkats så, att avtalet ska ändras, eller om det är nödvändigt, sägas upp.¹⁹

57. Om medlemsstaterna hade rätt i påståendet att alla oförenligheter kunde lösas genom att avtalen tolkades i enlighet med gemenskapsrätten, genom att vissa folkrättsliga principer tillämpades – särskilt *rebus sic stantibus* – eller genom att man underlät att tillämpa dem, skulle detta alltid kunna ske. Medlemsstaternas förpliktelse enligt artikel 307 EG att vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget skulle då sakna betydelse.

58. Under alla omständigheter går det varken att komma till rätta med avtalens oförenlighet genom ett tillvägagångssätt grundat på tolkning, vilket har föreslagits av Österrike och Sverige, eller genom att tillämpa folkrätten. Även om jag anser att de saknar relevans för Österrikes och Sveriges skyldigheter enligt artikel 307 EG ska jag icke desto mindre nedan kortfattat undersöka överföringsklausulerna.

59. Österrike har gjort gällande att uttrycket ”utan oskäligt dröjsmål” i överföringsklausulerna i dess avtal skulle göra det möjligt att fördröja alla överföringar och således ge de tillfälliga åtgärder som föreskrivs i artikel 59 EG verkan. Detta skulle emellertid inte gälla artiklarna 57.2 EG och 60.1 EG, och även med avseende på artikel 59 EG är det tveksamt om detta uttryck kan ges denna tolkning.

60. Sverige har gjort gällande att eftersom det i en klausul i vissa av avtalen föreskrivs att överföringar ska göras i överensstämmelse med dess lagstiftning kan avtalen inte anses strida mot gemenskapsrätten. En sådan klausul förekommer inte i samtliga av Sveriges avtal och det kan dessutom diskuteras huruvida den hänvisar till gemenskapsrätten.

61. Slutligen har såväl Österrike som Sverige gjort gällande att principen om *clausula rebus sic stantibus* är tillämplig på deras avtal. *Clausula rebus sic stantibus* har kodifierats i Wienkonventionen och anses vara en folk-

19 — Dom av den 4 juli 2000 i mål C-62/98, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-5171), punkt 49.

rättslig princip.²⁰ Österrike och Sverige har gjort gällande att gemenskapen endast i undantagsfall skulle behöva utöva sin behörighet enligt artiklarna 59 EG och 60.1 EG. Deras avtal skulle följaktligen omfattas av principen om *clausula rebus sic stantibus* och de skulle inte kunna verkställas i strid med gemenskapslagstiftningen. Principen om *rebus sic stantibus* ska emellertid tillämpas under mycket begränsade omständigheter och det är en omtvistad fråga huruvida den kan äga tillämpning på förevarande fall.

62. Inget av dessa argument kan godtas. Tillämpningen av artikel 307 EG kan inte göras beroende av en slutgiltig tolkning av bestämmelser i avtalen eller tillämpningen av en omstridd folkrättslig princip som *rebus sic stantibus*. Domstolen har redan angett detta genom att slå fast att det är tillräckligt att ett avtal kan vara oförenligt med fördraget för att artikel 307 EG ska tillämpas.²¹

C — Åtgärder för att undanröja oförenligheten

63. När en oförenlighet enligt artikel 307 förekommer är medlemsstaterna förpliktade att vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja denna oförenlighet.

64. Sverige ansåg att dess agerande var lagenligt och vidtog därför inte några åtgärder inom den i det motiverade yttrandet föreskrivna fristen. Sverige har således underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 EG.

65. Österrike har en liknande inställning men har till skillnad från Sverige angett att medlemsstaten arbetar på en klausul avseende organisationer för regional ekonomisk integration som ska införas i dess modellavtal för investeringsavtal. Denna klausul skulle förhindra att ett avtal verkställs om det står i strid med en gemenskapsrättslig förpliktelse, men den skulle emellertid endast gälla för framtida avtal. Vad avser de avtal som är aktuella i förevarande mål har Österrike endast angett att förhandlingar med Kina var

20 — Wienkonventionen om traktaträtten av den 23 maj 1969, artikel 62, "Fundamental förändring av omständigheter":

"1) En fundamental förändring av omständigheter som inträffat i förhållande till dem som förelåg vid tiden för en traktats ingående och som icke var förutsedd av parterna kan ej åberopas som skäl till att sätta traktaten ur kraft eller frånträda den, såvida icke: a) förhandenvaron av dessa omständigheter utgjorde en väsentlig förutsättning för parternas samtycke till att vara bundna av traktaten, och b) verkningarna av denna förändring genomgripande ändrar räckvidden av de förpliktelser som återstår att fullgöra enligt traktaten. 2) En fundamental förändring av omständigheter kan ej åberopas som skäl till att sätta en traktat ur kraft eller frånträda den: a) om traktaten fastställer en gräns; eller b) om den fundamentala förändringen av omständigheter är följden av ett brott av den part som åberopar den antingen mot en förpliktelse enligt traktaten eller mot någon annan internationell förpliktelse gentemot en annan part i traktaten 3) Om en part enligt de föregående bestämmelserna kan åberopa en fundamental förändring av omständigheter som skäl till att sätta en traktat ur kraft eller frånträda den, kan den också åberopa förändringen som skäl för suspendering av traktaten."

21 — Ovan fotnot 17.

planerade i "den nära framtiden" och att omförhandling av avtalet med Ryssland hade inletts men skjutits upp till dess arbetet med den ovannämnda klausulen avslutats.

som ska uppnås och de begränsas endast av att åtgärderna ska vara lagenliga.

66. Den enda åtgärd som Österrike har vidtagit inom den frist som angavs i kommissionens motiverade yttrande är att inleda förhandlingar avseende ett avtal. Dessa förhandlingar har senare skjutits upp av Österrike. Jag anser följaktligen att även Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 EG.

67. Österrike och Sverige har gjort gällande att även om de inte vidtagit några ändamålsenliga åtgärder för att undanröja oförenligheten innebär inte skyldigheten enligt artikel 307 EG att de skulle vara tvungna att säga upp avtalen. Vissa medlemsstater har hävdat att deras utländska investerares intressen ska beaktas när omfattningen av skyldigheten att undanröja en oförenlighet enligt artikel 307 EG ska bestämmas.

68. Enligt artikel 307 EG ska medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. Domstolen har redan klargjort vad som kan utgöra sådana åtgärder, nämligen att ändra och, om nödvändigt, säga upp avtalet.²² Medlemsstaterna är bundna av det resultat

69. I detta sammanhang är det förvisso möjligt för medlemsstaterna att beakta investerarnas intressen. Dessa intressen kan emellertid aldrig innebära att medlemsstaterna befrias från sin skyldighet att följa gemenskapsrätten såvida det inte anges i en särskild bestämmelse. Enligt artikel 307 EG medges redan vissa avvikelser från gemenskapsrätten genom att medlemsstaternas tidigare internationella förpliktelser erkänns. Syftet med denna bestämmelse är inte att medlemsstaterna ska ges rätt att ge sådana förpliktelser företräde framför deras gemenskapsrättsliga skyldigheter om detta skulle vara mer fördelaktigt för deras investerares intressen.²³

70. Efter att ha sagt detta vill jag anföra att uppsägning enligt min uppfattning ska anses som en sista utväg (*ultima ratio*).²⁴ Jag anser detta, eftersom fördraget, i största möjliga utsträckning, förordar att inblandning i medlemsstaternas tidigare internationella förpliktelser ska undvikas.

23 — Se på samma sätt, vad gäller medlemsstaternas utrikespolitiska intressen, domen i målet kommissionen mot Portugal (ovan fotnot 18), punkt 50.

24 — Se även, generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i mål C-62/98, kommissionen mot Portugal, där domstolen meddelade dom den 4 juli 2000 (REG 2000, s. I-5171), punkt 69.

22 — Ovan fotnot 19.

IV — Förslag till avgörande

71. Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen fastställer följande: Österrike och Sverige har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 EG genom att inte vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med artikel 10 EG och artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG i deras bilaterala investeringsavtal från tiden före anslutningen.