# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 17 september 2002 [1]

1. Denna talan om fördragsbrott är av rättsligt intresse främst ur ett processuellt perspektiv. I själva verket råder ingen större tvekan om sakfrågan, nämligen det fördragsbrott som den svarande medlemsstaten har gjort sig skyldig till genom att inte med sin interna rätt införliva Europaparlamentets och rådets direktiv 98/5/EG av den 16 februari 1998 om underlättande av stadigvarande utövande av advokatyrket i en annan medlemsstat än den i vilken auktorisationen erhölls. [2]

## Bakgrund

2. Direktiv 98/5 ger advokater större möjlighet att integreras i advokatyrket i värdlandet. [3] För att följa direktivet skulle medlemsstaterna senast den 14 mars 2000 anta nödvändiga bestämmelser i lagar och andra författningar och omedelbart underrätta kommissionen om detta samt hänvisa till direktivet i de bestämmelserna. [4]

3. Då kommissionen inte mottagit någon underrättelse från de irländska myndigheterna om införlivandet med den interna rättsordningen tillställde kommissionen medlemsstaten en formell underrättelse den 8 augusti 2000, och anmodade denna att inom två månader inkomma med ett yttrande.

4. Den 16 januari 2001, mer än tre månader efter det att den medgivna fristen löpt ut, besvarade Irlands ständiga representation vid Europeiska unionen den formella underrättelsen och medgav bland annat att arbetet med att införliva direktivet inte var avslutat och att det krävdes ett ingripande från lagstiftaren, något som inte hade upptäckts förrän det var för sent.

5. Som framgår av skrivelsen från den ständiga representationen, kan regeringen enligt den irländska konstitutionen vidta nödvändiga åtgärder, även inom områden som hör till lagstiftningskompetensen, för att fullgöra de skyldigheter som följer av medlemskapet i Europeiska unionen. Enligt artikel 6.3 i direktiv 98/5 får medlemsstaterna föreskriva att en advokat som utövar verksamhet under hemlandets

1 — Originalspråk: spanska.
2 — EGT L 77, s. 36.
3 — Skäl 5.
4 — Artikel 16 i direktiv 98/5.

yrkestitel skall teckna en försäkring för yrkesansvar eller ansluta sig till en garantifond för yrket. Irland har för avsikt att utnyttja denna möjlighet, men på grund av just den fakultativa karaktären kan inte det privilegierade lagstiftningsförfarandet tillämpas. Under dessa förhållanden skall regeringens lagstiftningsåtgärder föregås av tillstånd från det irländska parlamentet (Oireachtas). Enligt skrivelsen avslutades handläggningen av tillståndet från parlamentet och antagandet av genomförandebestämmelserna i början av år 2001. [5]

6. Svaret från de irländska myndigheterna registrerades hos kommissionen den 17 januari 2001.

7. Sju dagar senare, den 24 januari samma år, tillställde kommissionen Irland ett motiverat yttrande med anmodan om att inom en ny tvåmånadersfrist vidta nödvändiga åtgärder för att efterleva bestämmelserna i direktiv 98/5 och i fördraget. I punkt 3 i det yttrandet påpekade kommissionen att den över huvud taget inte hade mottagit något officiellt svar på den formella underrättelsen.

8. Irlands ständiga representation besvarade kommissionens yttrande genom en skrivelse av den 29 januari 2001, i vilken den underströk att den faktiskt hade svarat på den första underrättelsen, och bifogade en kopia av sitt yttrande av den 16 januari [enligt senare ändring] utan att därtill framföra någon ny omständighet.

## Prövning av talan

9. Som jag redan nämnt är Irlands försvar inriktat på att kritisera det processuella fel som den omständigheten att kommissionen inte beaktade dess synpunkter till svar på den formella underrättelsen innebar. Med åberopande av beslut av den 11 juli 1995 i målet kommissionen mot Spanien [6] har den irländska regeringen yrkat att domstolen

5 — Det parlamentariska tillståndet meddelades faktiskt den 13 april 2002 genom antagandet av Solicitors (Amendment) Act 2002 (ändring av lagen om advokater), vars artikel 20 innehåller de relevanta bestämmelserna om införlivandet av direktiv 98/5. Dessa bestämmelser trädde enligt artikel 23.2 i kraft samma dag som lagen promulgerades.

6 — Mål C-266/94 (REG 1995, s. I-1975). I detta mål diskuterades det fullständiga införlivandet av direktiv 92/44/EEG. Kommissionen hade tillställt Spanien en formell underrättelse, till svar på vilken Spanien medgav att de interna bestämmelser som krävdes för att verkställa det erfordrade införlivandet ännu inte hade trätt i kraft, men nämnde de bestämmelser som redan hade antagits för att tillfälligt garantera effektiviteten i vissa skyldigheter enligt direktivet. Kommissionen bortsåg från detta svar och avgav ett motiverat yttrande i vilket den förklarade att den inte mottagit svar på den första skrivelsen. Spanien tillställde kommissionen en ny skrivelse, i vilken den hänvisade till sitt svar på den formella underrättelsen. I sin ansökan förklarade kommissionen att det faktum att svaret på den formella underrättelsen inte hade beaktats berodde på ett fel vid överföringen, och i sin replik hävdade den att den i ansökan, till skillnad från i det motiverade yttrandet, visst hade beaktat de argument som framförts av den spanska regeringen, på så sätt att de bestämmelser i direktivet för vars efterlevnad Spanien hade antagit tillfälliga införlivandebestämmelser hade undantagits från föremålet för talan. Domstolen slog dock fast att talan inte kunde prövas.

skall slå fast att talan inte kan tas upp till prövning i sak eller, åtminstone, att den skall ogillas på grund av detta fel.

10. Kommissionen har å sin sida förklarat att den inte beaktade svarandens synpunkter, eftersom de inte framställdes i tid. Men även om så hade skett hade innehållet i skrivelsen inte påverkat dess inställning. Kommissionen anser vidare att de omständigheter som låg till grund för domstolens uttalande i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien inte föreligger i förevarande mål. I det fallet svarade den svarande medlemsstaten inte bara inom föreskriven tid, utan i svaret redovisades vissa insatser för att införliva den omtvistade gemenskapslagstiftningen.

11. Man bör erinra sig att det förfarande för att åstadkomma en fastställelse av ett fördragsbrott som föreskrivs i artikel 226 EG är komplicerat till sin karaktär: efter en förberedande eller administrativ fas följer ett domstolsförfarande, och det finns inget nödvändigt samband mellan de två förfarandena. Kommissionen har närmare bestämt full frihet att genom en formell underrättelse anmoda en felande medlemsstat att redovisa sin inställning, avge ett motiverat yttrande och väcka talan vid domstolen. [7] Den har dessutom en liknande frihet att besluta när den skall vidta var och en av dessa processhandlingar. [8] Det mest framträdande draget i detta förfarande är således den skönsmässiga karaktären hos kommissionens befogenheter.

12. Av fast rättspraxis följer att även om den egentliga avsikten med det administrativa förfarandet är att ge den berörda medlemsstaten tillfälle att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten eller att till sitt försvar tillfredsställande utforma sitt yttrande gentemot kommissionens anklagelser, [9] ger den även parterna möjlighet att föra en dialog om vilken rättsliga eller lämplighetsfråga som helst som kan vara av betydelse inom ramen för det omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogar över. Det är på detta sätt man skall uppfatta den flexibilitet med vilken talan om fördragsbrott har utformats i fördraget.

13. Just på grund av det administrativa förfarandets blandade karaktär, kan det inte hävdas att det blir meningslöst när den svarande medlemsstaten inte förfogar över rättsliga argument till sitt försvar, det vill säga påståenden som kan stödja en invändning under den rättsliga fasen. Det admi-

7 — Se, exempelvis, dom av den 14 februari 1989 i mål 247/87, Star Fruit mot kommissionen (REG 1989, s. 291), punkt 11, av den 29 september 1998 i mål C-191/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-5449), punkt 46, och av den 21 januari 1999 i mål C-207/97, kommissionen mot Belgien (REG 1999, s. I-275), punkt 24.

8 — Visserligen kan ett alltför långdraget administrativt förfarande i somliga fall öka svårigheten för den instämda staten att vederlägga kommissionens argument, vilket innebär att rätten till försvar åsidosätts (dom av den 16 maj 1991 i mål C-96/89, kommissionen mot Nederländerna, REG 1991, s. I-2461, punkt 16).

9 — För en annan formulering, se dom av den 18 mars 1986 i mål 85/85, kommissionen mot Belgien (REG 1986, s. 1149), punkt 11, av den 2 februari 1988 i mål 293/85, kommissionen mot Belgien (REG 1988, s. 305), punkt 13, av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815), punkt 103, och beslutet i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 16.

nistrativa förfarandet skiljer sig till sin natur klart från domstolsförfarandet, på samma sätt som kommissionens behörighet i fråga om det förstnämnda förfarandet är helt annorlunda än domstolens i fråga om det senare förfarandet.

14. Oberoende av effektiviteten i denna ordning är det obestridligt att fördragets syfte är att den processhandling som fastställer ramen för en eventuell talan, det vill säga det motiverade yttrandet, skall föregås av att den anklagade medlemsstaten anmodas att inkomma med ett yttrande *som kommissionen skall beakta.* [10]

15. Att således inte i det motiverade yttrandet beakta de synpunkter som har framförts av en medlemsstat till svar på en formell underrättelse är detsamma som att frånta medlemsstaten denna processuella möjlighet.

16. Enligt fast rättspraxis utgör den berörda medlemsstatens möjlighet att yttra sig — även om medlemsstaten väljer att inte utnyttja den — en grundläggande garanti som stadgas i fördraget, och iakttagandet av denna garanti är en förutsättning för ett korrekt förfarande om fördragsbrott. [11]

17. Då kommissionen den 24 januari 2001 avgav det motiverade yttrandet utan att beakta de synpunkter som en vecka tidigare hade framförts av Irlands ständiga representation, drabbade det riktigheten i det administrativa förfarande som föregick förevarande talan.

18. Återstår så att pröva om omständigheterna i förevarande mål kan ha någon betydelse för konstaterandet av denna oegentlighet.

19. Kommissionen har för det första motiverat sin underlåtenhet med att Irlands svar mottogs tre månader efter det att den frist som beviljades i den formella underrättelsen hade löpt ut.

20. Denna omständighet saknar enligt min uppfattning betydelse, om det inte visas att

10 — Detta framgår av dom av den 23 februari 1988 i mål 353/85, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1988, s. 817), punkt 19.

11 — Se dom av den 17 februari 1970 i mål 31/69, kommissionen mot Italien (REG 1970, s. 25), punkt 13, av den 15 december 1982 i mål 211/81, kommissionen mot Danmark (REG 1982, s. 4547), punkt 9, av den 8 februari 1983 i mål 124/81, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1983, s. 203; svensk specialutgåva, volym 7, s. 1), punkt 6, av den 11 juli 1984 i mål 51/83, kommissionen mot Italien (REG 1984, s. 2793), punkt 5, av den 28 mars 1985 i mål 274/83, kommissionen mot Italien (REG 1985, s. 1077), punkt 20, av den 29 juni 1995 i mål C-135/94, kommissionen mot Italien (REG 1995, s. I-1805), punkt 6, av den 22 april 1999 i mål C-340/96, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1999, s. I-2023), punkt 36, av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-7773), punkt 23 och av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-7445), punkt 69.

medlemsstaten har handlat i ond tro eller på ett uppenbart sätt har åsidosatt sin skyldighet att samarbeta lojalt. I artikel 226 EG anges endast kravet att kommissionen skall avge det motiverade yttrandet "efter att ha givit den berörda staten tillfälle att inkomma med sina synpunkter". De frister inom vilka medlemsstaterna skall avge dessa yttranden, som kommissionen fastställer inom rimliga gränser, [12] kan inte vara slutgiltiga. Syftet med fristerna är snarare att binda gemenskapsinstitutionen så till vida att den inte utan giltigt skäl avger det motiverade yttrandet innan fristen har löpt ut. Om kommissionen när så skett väljer att inte begagna denna möjlighet är den fortfarande, redan på grund av fördraget, skyldig att beakta de yttranden som läggs fram av medlemsstaten. Dessutom motsvaras denna skyldighet av att inte heller kommissionens handlande underställs någon preskriptionstid.

21. Den frist som kommissionen medger när det motiverade yttrandet väl har avgivits är av en annan karaktär. Eftersom den tjänar till att fastställa föremålet för en eventuell tvist och utgör slutpunkten för det administrativa förfarandet, har den nya frist som medges karaktär av "anståndstid", under vilken effekterna av det motiverade yttrandet skjuts upp. Å ena sidan åtar sig kommissionen att inte inleda det rättsliga förfarandet, medan medlemsstaten å andra sidan fortfarande har möjlighet att verkningsfullt fullgöra sina skyldigheter. När det administrativa förfarandet avslutats följs dialogen av handling. Att de synpunkter som framförs av en medlemsstat beträffande det motiverade yttrandet inte beaktas påverkar således inte korrektheten i det administrativa förfarandet, som redan har avslutats. Så skall domstolens dom av den 19 maj 1998 i målet kommissionen mot Nederländerna tolkas. [13]

22. För det andra har kommissionen gjort gällande att Irlands svar inte minskar det motiverade yttrandets rättsliga grund, eftersom de argument som framfördes inte rör medlemsstatens skyldigheter enligt fördraget.

23. Det är sant att i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, som Irland har åberopat till grund för sitt yrkande, visade svarandestatens yttrande till svar på den formella underrättelsen att de berörda skyldigheterna delvis hade fullgjorts. Denna omständighet fick till följd att parterna inte tillräckligt exakt kunde definiera konfliktens art och omfattning förrän efter det att det motiverade yttrandet hade avgivits. På så sätt berövades den svarande

12 — Dom av den 2 februari 1988 i målet kommissionen mot Belgien, (ovan fotnot 9), punkt 14.

13 — Mål C-3/96 (REG 1998, s. I-3031), punkterna 14—21. Domstolen slog fast att "[ä]ven om det under dessa omständigheter antas att domstolsförfarandet hade inletts genom att kommissionen väckte talan utan att beakta eventuella nya, rättsliga eller faktiska, omständigheter som den berörda medlemsstaten hade framfört i sitt svar på det motiverade yttrandet, skulle denna medlemsstats rätt till försvar inte ha åsidosatts. Medlemsstaten kan inom ramen för domstolsförfarandet fullt ut åberopa omständigheterna redan i sitt första svaromål. Det ankommer på domstolen att bedöma omständigheternas relevans vid prövningen av talan om fördragsbrott" (punkt 20).

medlemsstaten en möjlighet att göra sin rätt till försvar gällande.

24. Mot bakgrund av innehållet i det svar som Irland skickade till kommissionen den 16 [enligt senare ändring] januari 2001 kan dock inte motsatsen utan vidare konstateras. Även om det inte innehöll omständigheter som helt eller delvis kunde underminera talan om fördragsbrott när den väl hade väckts, kunde Irland dock — mot bakgrund av det administrativa förfarandets blandade karaktär — hoppas att dess yttrande i viss mån skulle påverka kommissionens inställning, exempelvis så att den kunde avvakta med att avge det motiverade yttrandet eller att fullfölja skriftväxlingen under det administrativa förfarandet. Om Irland således vid den tidpunkten hade känt till att de argument som framfördes i svaret inte skulle förhindra att talan väcktes, kunde medlemsstaten ha valt andra alternativ, som att påskynda införlivandeåtgärderna, så att de hade antagits före den kritiska tidpunkt då den frist för fullgörelse som fastställdes i yttrandet löpte ut.

25. Denna tankegång redovisas endast i belysande syfte. Det enda verkligt betydelsefulla är att Irland, genom att dess svar inte beaktades, fråntogs den processuella möjlighet som medlemsstaten tillerkänns genom fördraget. Det är inte relevant att fråga sig vilken nytta den tilltalade medlemsstaten kunde ha haft av denna möjlighet. Som domstolen upprepade gånger har slagit fast är kravet att en medlemsstat skall ges möjlighet att yttra sig över den formella underrättelsen ett väsentligt formkrav, ”även om medlemsstaten väljer att inte utnyttja den”. [14]

26. Därmed återstår endast att pröva om den konstaterade oegentligheten kan få någon annan konsekvens än att talan inte kan tas upp till prövning i sak. Jag anser inte det.

27. Det ofullständiga processuella system, som har sin grund i den positiva rätten, som reglerar förfarandena vid domstolen innehåller inte något specifikt rättsmedel. Gemenskapsdomstolen har inte ens rätt att vidta sanktionsåtgärder mot en försumlig part, annat än att ålägga denne, även om han vunnit målet, att ersätta kostnader som

14 — Se ovan i fotnot 11 nämnda domar. Samma uppfattning uttrycktes av generaladvokat Fennelly när han bedömde om domstolen, i syfte att fastställa ett väsentligt förfarandefel, prövar de konkreta effekterna vad gäller intressena hos den person som åberopar att kravet har åsidosatts eller sannolikheten att utgången skulle ha blivit en annan om det hade iakttagits. ”I vissa mål [— anför generaladvokaten —] är det uppenbart att ingen sådan effekt förelåg eller att resultatet i varje fall inte skulle ha blivit annorlunda. Exempelvis i samband med talan om fördragsbrott har domstolen ansett att kravet att en medlemsstat skall ges tillfälle att avge sitt yttrande är en väsentlig formföreskrift ’även om medlemsstaten inte anser det nödvändigt att använda sig av den’. Det faktum att den antagande institutionen kan återanta en rättsakt som ogiltigförklarats på grund av att en sådan föreskrift inte har iakttagits gör den inte mindre ’väsentlig’. *En institution kan inte heller undgå följderna av att inte uppfylla ett sådant formkrav genom att försöka visa att det inte skulle ha tillfört undersökningen av den ifrågavarande rättsakten något om kravet hade uppfyllts*”, dom av den 6 april 2000 i mål C-286/95 P, ICI (REG 2000, s. I-2341) och de förenade målen C-287/95 P och C-288/95 P, kommissionen mot Solvay (REG 2000, s. I-2391), punkt 26.

han i onödan eller mot bättre vetande vållat motparten. [15] Även om en sådan möjlighet hade funnits skulle den inte utgöra en tillfredsställande lösning, eftersom den ofrånkomligen skulle innebära att en bedömning gjordes av hur förfarandet om fördragsbrott skulle ha avlöpt *om kommissionen hade beaktat* de yttranden som i verkligheten lämnades utan avseende. Det skulle innebära ett åsidosättande av principen att den berörda medlemsstatens möjlighet att yttra sig utgör en väsentlig garanti och att det utgör ett fel i det inledda förfarandet om fördragsbrott att åsidosätta denna, *även när den berörda staten väljer att inte utnyttja möjligheten,* [16] och således i ännu högre grad när medlemsstaten, som i förevarande mål, faktiskt har gjort det.

28. Att avvisa talan är det enda rättsmedel i gemenskapsrätten som kan återföra förfarandet till tiden innan det fel som ledde till att förfarandet blev ogiltigt inträffade. [17] Sanktionens obestridliga allvar följer av att något som domstolen anser vara en "väsentlig garanti" i förfarandet har åsidosatts, och fyller samtidigt en tydligt "förebyggande" funktion genom att motivera kommissionen att undvika dylika handlanden i framtiden.

29. Jag stöds i min uppfattning av att generaladvokat Mischo kom till samma slutsats den 9 september 2002 vid bedömningen av mål C-120/01, kommissionen mot Irland (REG 2002, s. I-6756). På grundval av i huvudsak jämförbara omständigheter förklarade generaladvokaten i sitt förslag till avgörande av den 28 maj 2002 att det ovannämnda beslutet i målet kommissionen mot Spanien skulle "tolkas så att det administrativa förfarandets rättsenlighet är ett oeftergivligt krav. Om kravet inte är uppfyllt skall talan avvisas." [18] I likhet med generaladvokat Mischo anser jag att kommissionen ingående skall granska de påståenden som framförs i svaret på den formella underrättelsen och, om de inte är tillräckliga för att den skall ändra inställning, bemöta dem på ett övertygande sätt. Även om det administrativa förfarandet tyvärr alltför ofta ter sig som en dialog mellan döva, skall kommissionen med andra ord inte anses ansvarig för denna brist på konstruktiv dialog. [19]

30. Därför anser jag att domstolen skall slå fast att förevarande talan om fördragsbrott inte kan tas upp till prövning i sak, och att sökanden i enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

15 — Artikel 69.3 andra stycket i rättegångsreglerna.

16 — Se ovan punkt 16.

17 — I domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien resonerade domstolen på följande sätt: eftersom ett väsentligt krav för att ta upp en talan om fördragsbrott inte är uppfyllt, nämligen ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet, skall det slås fast att talan inte kan tas upp till prövning (punkterna 25 och 26).

18 — Punkt 44.

19 — Punkterna 58 och 59.

31. Om domstolen däremot skulle komma till en annan slutsats och besluta att ta upp målet till prövning skall fördragsbrottet enligt min uppfattning anses styrkt, eftersom det är uppenbart att Irland inte har fullgjort sina skyldigheter enligt direktiv 98/5. I det fallet skall den svarande medlemsstaten enligt samma bestämmelse förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

## Förslag till avgörande

32. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall slå fast att talan inte kan tas upp till prövning i sak samt förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.