



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 29. januar 2019¹

Udtalelsessag 1/17

indledt som følge af en anmodning fremsat af Kongeriget Belgien

»Udtalelse afgivet i medfør af artikel 218, stk. 11, TEUF – samlet økonomi- og handelsaftale mellem Canada, på den ene side, og Den Europæiske Union og dens medlemsstater, på den anden side (CETA) – tvistbilæggelse mellem investorer og stater – oprettelse af en ret og en appelret – forenelighed med den primære EU-ret – krav om overholdelse af Unionens retsordens og domstolsordnings autonomi – anvendelse af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder i forbindelse Unionens udøvelse af sin enekompetence til at indgå en international aftale – chartrets artikel 20 og 21 – ligebehandlingsprincippet – chartrets artikel 47 – adgang til en uafhængig og upartisk domstol«

Indhold

I. Indledning	2
II. Baggrunden for anmodningen om udtalelse	3
III. Kongeriget Belgiens anmodning om udtalelse	7
A. Om CETA's forenelighed med Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten	8
1. Unionens domstolsordning som garanti for Unionens retsordens autonomi	9
2. Betingelserne for indførelse af en særlig tvistbilæggelsesordning ved internationale aftaler indgået af Unionen	11
3. Kravet om gensidighed i forbindelse med den beskyttelse, som tildeles investorer fra hver enkelt kontraherende part	13
4. En ordning i sammenhæng med CETA's manglende direkte virkning	16
5. Achmea-dommen har ikke betydning for, om ICS er forenelig med kravet om Unionens retsordens autonomi	17

¹ – Originalsprog: fransk.

6. De garantier, som de kontraherende parter har fastsat, med henblik på at sikre Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten	20
7. ICS påvirker ikke de nationale retters opgaver, der består i at sikre EU-rettens effektive anvendelse	29
8. Sammenhængen med målene for Unionens optræden udadtil	30
9. Indførelsen af en ordning for forudgående inddragelse af Domstolen og muligheden for en fuldstændig prøvelse af de af medlemsstaternes retter afsagte kendelser er ikke nødvendig...	31
B. Om det generelle princip om ligebehandling og kravet om EU-rettens effektive virkning	32
C. Om foreneligheden af afdeling F i CETA's kapitel 8 med retten til adgang til en uafhængig og upartisk domstol	38
1. Generelle bemærkninger	40
2. Om små og mellemstore virksomheders adgang til den i CETA omhandlede ret	43
3. Om vilkårene for aflønning af rettens og appelrettens medlemmer	44
4. Om betingelserne vedrørende udnævnelse og eventuel fjernelse af rettens og appelrettens medlemmer	45
5. Om de etiske regler, der finder anvendelse på rettens og appelrettens medlemmer	46
IV. Forslag til afgørelse	47

I. Indledning

1. Den 30. oktober 2016 undertegnede Canada, på den ene side, og Den Europæiske Union og dens medlemsstater, på den anden side, i Bruxelles en »samlet økonomi- og handelsaftale«, bedre kendt under akronymet »CETA« (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, herefter »CETA«)².

2. I lighed med bl.a. den aftale, som var genstand for udtalelse 2/15 (frihandelsaftale med Singapore) af 16. maj 2017³, er CETA en såkaldt aftale af »den nye generation«, idet den ud over de traditionelle bestemmelser vedrørende nedsættelse af toldafgifter og ikke-toldmæssige hindringer, der berører handelen med varer og tjenesteydelser, indeholder bestemmelser om bl.a. investeringer, offentlige udbud, konkurrence, beskyttelse af intellektuel ejendomsret og bæredygtig udvikling.

3. Selv om CETA er blevet undertegnet, er den endnu ikke indgået i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 218, stk. 6, TEUF. Den finder imidlertid midlertidig anvendelse⁴.

2 – Den samlede økonomi- og handelsaftale (CETA) mellem Canada på den ene side og Den Europæiske Union og dens medlemsstater på den anden side (EUT 2017, L 11, s. 23). Rådet for Den Europæiske Unions afgørelse om undertegnelse er offentliggjort i EUT 2017, L 11, s. 1 (Rådets afgørelse (EU) 2017/37 af 28.10.2016).

3 – EU:C:2017:376 (herefter »udtalelse 2/15«).

4 – Jf. Rådets afgørelse (EU) 2017/38 af 28.10.2016 om midlertidig anvendelse af den samlede økonomi- og handelsaftale (CETA) mellem Canada på den ene side og Den Europæiske Union og dens medlemsstater på den anden side (EUT 2017, L 11, s. 1080).

4. Den foreliggende sag vedrører en anmodning om udtalelse, som Kongeriget Belgien i henhold til artikel 218, stk. 11, TEUF har fremsat for Domstolen den 7. september 2017.

5. Den af Kongeriget Belgien fremsatte anmodning om udtalelse har følgende ordlyd:

»Er [CETA] mellem Canada på den ene side og [...] Union[en] og dens medlemsstater på den anden side, der blev undertegnet i Bruxelles den 30. oktober 2016, med hensyn til kapitel 8 (»Investering«), afdeling F (»Bilæggelse af investeringstvister mellem investorer og stater«), forenelig med traktaterne, herunder de grundlæggende rettigheder?«

6. Afdeling F i CETA's kapitel 8, der indeholder denne aftales artikel 8.18-8.45, har til formål at indføre en ordning for tvistbilæggelse mellem investorer og stater (ISDS), også kendt under akronymet »ISDS System« (*Investor State Dispute Settlement System*).

7. Denne afdeling indeholder i denne forbindelse bestemmelser om oprettelsen af en ret (herefter »retten« eller »den i CETA omhandlede ret«) og en appelret (herefter »appelretten« eller »den i CETA omhandlede appelret«) samt på længere sigt oprettelsen af en multilateral investeringsret og appelordning, der skal afløse de førstnævnte retter. Der er således tale om at oprette en »investeringsdomstolsordning« (herefter »ICS«), bedre kendt under den engelske betegnelse *Investment Court System* (ICS), som den i CETA omhandlede ret blot udgør første fase af. Denne ret er således den første konkrete anvendelse af den reform af ISDS-ordningen, som Europa-Kommissionen beskrev konturerne af i 2015⁵, som led i en offentlig høring om investeringsbeskyttelse og ISDS⁶. Afdeling F i CETA's kapitel 8 foreskriver således en processuel og institutionaliseret ramme, der har til formål at bilægge eventuelle tvister mellem en investor fra en kontraherende part og en anden kontraherende part om fortolkning og anvendelse af CETA, med det formål at afhjælpe de mangler, der kendetegner den klassiske ISDS-ordning.

8. Med indførelsen af denne ændrede ordning i CETA har Unionen ønsket at tage initiativ til en samlet reform af modellen for tvistbilæggelse mellem investorer og stater ved gradvist at udvikle den nuværende ISDS-ordning, der er baseret på principperne om voldgift, til en ICS, som i sidste ende vil føre til oprettelsen af en permanent multilateral domstol⁷.

9. Kongeriget Belgien har i anmodningen om udtalelse forelagt Domstolen sin tvivl om foreneligheden af afdeling F i CETA's kapitel 8 med traktaterne. Denne tvivl vedrører nærmere bestemt spørgsmålet om, hvilken indvirkning denne afdeling i aftalen har på Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten, det generelle ligebehandlingsprincip, kravet om EU-rettens effektive virkning og retten til adgang til en uafhængig og upartisk domstol.

II. Baggrunden for anmodningen om udtalelse

10. Den internationale investeringsret indeholder to separate dele, nemlig en materiel ret, der består af regler, som har til formål at beskytte udenlandske investeringer, og en processuel del, der henhører under området for grænseoverskridende voldgift.

5 – Jf. Kommissionens oplæg af 5.5.2015, der har overskriften »Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court« (tilgængelig på følgende internetadresse: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.pdf).

6 – Jf. arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene, rapport af 13.1.2015, der har overskriften »Offentlig onlinehøring om investeringsbeskyttelse og tvistbilæggelse mellem investorer og stater (ISDS) inden for den transatlantiske handels- og investeringspartnerskabsaftale (TTIP)« (SWD(2015) 3 final) (tilgængelig på følgende internetadresse: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153301.pdf).

7 – Jf. i denne forbindelse forhandlingsdirektiver med henblik på en konvention om oprettelse af en multilateral domstol til bilæggelse af tvister vedrørende investeringer. Rådets dokument af 20.3.2018, nr. 12981/1 (tilgængelig på følgende internetadresse: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/da/pdf>).

11. ISDS-ordningen gør det i denne forbindelse muligt at bilægge tvister, når en investor er af den opfattelse, at en stat har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til en international investeringsaftale. Indføjelser af bestemmelser om en ISDS-ordning i en international investeringsaftale giver således udenlandske investorer mulighed for at indbringe en tvist, som de måtte have med den stat, hvori investeringen er blevet foretaget, for en ad hoc-voldgiftsret og ikke de nationale retter i denne stat afhængigt af, hvilke regler der er henvist til i denne aftale.

12. Den øgede brug af voldgift mellem investorer og stater er et forholdsvis nyt fænomen, der er opstået som følge af de påståede mangler ved visse værtsstaters retssystemer, der har resulteret i en mistillid hos investorerne over for disse stater. Denne tvistbilæggelsesform tilsigter således at give investorerne et neutralt og effektivt middel til at løse en tvist, hvilket har til formål at tilskynde investeringer ved at berolige de økonomiske operatører, der beslutter at foretage investeringer i udlandet.

13. Den tvistbilæggelsesform, der har karakter af investeringsvoldgift, har således fra starten været styret af de kontraherende parters ønske om at udlicite bilæggelsen af tvister, der involverer udenlandske investorer og værtsstaten⁸. Denne tvistbilæggelsesform har endvidere til formål at erstatte den diplomatiske beskyttelse, der består i, at den stat, hvori investoren er statsborger, indtræder i investorens krav mod værtsstaten for investeringen⁹. Den er således i tråd med det vedvarende ønske om at fjerne tvister vedrørende investeringer fra det politiske og diplomatiske område. Tvistbilæggelsen mellem investorer og stater udgør desuden et alternativ til den anden tvistbilæggelsesmetode på investeringsområdet, der består i voldgift mellem stater, og som medfører de samme ulemper som den diplomatiske beskyttelse, dvs. ud fra investorens synspunkt et afhængighedsforhold til investorens oprindelsesstat, og ud fra denne stats synspunkt en risiko for, at de iværksatte tiltag kan belaste de forbindelser, som denne stat har til andre stater.

14. I forbindelse med erhvervelsen af en ekstern kompetence på området for direkte investeringer har Unionen måttet udarbejde en tvistbilæggelsesmodel som led i overholdelsen af de regler for beskyttelse, der er indeholdt i de frihandelsaftaler, som den har indgået med tredjestater¹⁰. De voldgiftsbestemmelser, der er indeholdt i de bilaterale investeringstraktater, anses inden for området for international investeringsret nemlig for et centralt element i beskyttelsen af udenlandske investeringer i værtsstaten.

15. Investeringsvoldgift i sin klassiske form har imidlertid været genstand for kritik, navnlig i form af manglende legitimitet og garanti for uafhængighed hos voldgiftsmændene, kendelsernes mangel på sammenhæng og forudsigelighed, den manglende mulighed for at appellere den afsagte kendelse, risikoen for en »fastlåsning af lovgivningen«¹¹ og de høje sagsomkostninger.

16. Når der henses til den kritik, som investeringsvoldgift er genstand for, indebærer fremskyndelsen af forhandlingerne mellem Unionen og tredjestater med henblik på at udvikle bilaterale frihandelsforbindelser, der indeholder en del vedrørende investeringer, en lang række såvel politiske som juridiske udfordringer.

8 – Jf. G.-A. Jean, *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, doktorafhandling, der blev forsvaret den 28.11.2016, punkt 847.

9 – Som den tyske regering anførte i retsmødet, gør beskyttelsen af investeringer, således som den er udformet i en aftale som CETA, det muligt at frigøre investoren i forhold til den stat, hvori den pågældende er statsborger. Aftaler om investeringsbeskyttelse giver således investorerne mulighed for selv at anlægge sag uden at være afhængig af den gode vilje hos den stat, hvori de er statsborgere.

10 – Kommissionen anførte i retsmødet, at den havde afsluttet forhandlingerne om tre andre aftaler, der indeholder næsten identiske bestemmelser, med De Forenede Mexicanske Stater, Republikken Singapore og Den Socialistiske Republik Vietnam, og at tilsvarende aftaler er under forhandling med Republikken Chile, Folkerepublikken Kina, Republikken Indonesien, Japan, Malaysia, Myanmarunionen og Republikken Filippinerne.

11 – Et af det væsentligste kritikpunkter mod ISDS-ordningen er nemlig risikoen for en indirekte afskrækkende virkning på de statslige politikker, der indebærer, at visse regeringer som følge af klagerisikoen kunne foranlediges til at censurere sig selv i forbindelse med deres politiske beslutninger for at mindske risikoen for at blive involveret i en voldgiftssag og tvunget til at betale bøder og sagsomkostninger.

17. En af de største af disse udfordringer består i at udarbejde en model, der giver Unionen og dens medlemsstater mulighed for at anvende en voldgiftspraksis, der udgør hovedreglen på området for tvistbilæggelse vedrørende beskyttelsen af udenlandske investeringer, samtidig med, at der tilvejebringes forbedringer af den klassiske model med henblik på dels at besvare den kritik, der vedrører voldgiftsretternes funktion og gyldigheden af en voldgiftsbestemmelse mellem investorer og stater, dels at sikre sammenhæng med de grundlæggende principper, der regulerer tvistbilæggelsesordningerne inden for Unionens retsorden.

18. Den valgte model er i flere henseender kendetegnet ved visse originale karakteristika, der giver modellen en sammensat karakter i form af et kompromis mellem en voldgiftsret og en international domstol. Den tilgang, som Unionen har valgt i forbindelse med CETA, er således en tilgang, der består i at institutionalisere ordningen for tvistbilæggelse inden for investeringsområdet og at give den en juridisk karakter, som er udtryk for en afvejning mellem tradition og nytænkning inden for investeringsvoldgiftsområdet. Det er væsentligt i denne forbindelse at fremhæve det forsøgsmæssige aspekt, idet Unionen er på forkant med en udvikling, som kun fremtiden vil vise, om det retligt er muligt at fortsætte¹².

19. Unionen har på dette punkt måtte anlægge en pragmatisk tilgang til forhandlingerne med tredjestater under hensyn til den omstændighed, at voldgift mellem investorer og stater af Unionens partnere og af investorerne selv anses for et afgørende element for beskyttelsen af sidstnævnte¹³. Den umiddelbare betydning for Unionen har således været at tilslutte sig denne tvistbilæggelsesform og samtidig tilføre den forbedringer og på længere sigt have fokus på mere grundlæggende udviklinger, såsom forslaget til en multilateral investeringsret¹⁴.

20. CETA indeholder således en tvistbilæggelsesordning, hvis udformning ændrede karakter under forhandlingerne, således at der bl.a. blev taget hensyn til resultatet af en offentlig høring, som Kommissionen i denne forbindelse havde indledt¹⁵. Den intense debat om en sådan ordnings hensigtsmæssighed og karakteristika kan hovedsageligt forklares ved den omstændighed, at investeringsvoldgift indebærer en konflikt mellem private interesser og offentlige interesser. Den giver derfor nødvendigvis anledning til vanskeligheder, der kan påvirke de offentlige politikker.

21. På nuværende tidspunkt er den reform, som Unionen har indledt, således som den er kommet til udtryk i CETA, baseret på to principielle aspekter, nemlig dels den udtrykkelige henvisning til de kontraherende parters ret til at regulere i offentlighedens interesse, som er forbundet med mere præcisere regler på området for investeringsbeskyttelse med henblik på at bringe visse udvidende fortolkninger af reglerne til ophør¹⁶, dels et ønske om at tilstræbe en domstolsordning, der bl.a. er kendetegnet ved dens medlemmers uafhængighed og gennemsigtigheden af dens procedurer.

12 – Jf. G.-A. Jean, op.cit., punkt 25.

13 – Jf. i denne forbindelse meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, der har overskriften »Etablering af en samlet europæisk international investeringspolitik« (KOM(2010) 343 endelig, s. 11).

14 – CETA's artikel 8.29, der har overskriften »Oprettelse af en multilateral investeringsret og appelordning«, bestemmer således, at »[p]arterne [...] sammen med andre handelspartnere [skal] forfølge det mål at etablere en multilateral investeringsret og en appelordning til bilæggelse af investeringstvister. Det Blandede CETA-Udvalg skal ved oprettelsen af en sådan multilateral ordning vedtage en beslutning om, at investeringstvister under denne afdeling vil blive afgjort i henhold til den multilaterale ordning, og fastlægge passende overgangsordninger«.

15 – Jf. fodnote 6 i dette forslag til afgørelse.

16 – Præciseringen af de bestemmelser om beskyttelse, der er indeholdt i CETA, gør det således muligt at begrænse den forholdsvis brede fortolkningsbeføjelse, som voldgiftsretter sædvanligvis har, jf. P. Tercier, »Voies de recours«, i C. Kessedjian, *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2011, s. 165-177, hvori det fremhæves, at voldgiftsretterne, når de står over for »traktattekster [...], der i de fleste tilfælde er meget vage, og som blot opstiller nogle generelle principper, har en betydelig fortolkende og endog kreativ funktion«, der indebærer, at de spiller »en nærmest regeludstedende rolle« (s. 171).

22. Den foreliggende udtalelsessag vedrører denne sidstnævnte ordning, der på dens nuværende udviklingstrin har bevæget sig fra klassisk voldgift hen imod en domstolsordning. CETA's bestemmelser om denne ordning indgår ikke blandt de bestemmelser, der finder midlertidig anvendelse¹⁷.

23. Den nævnte ordning, der har overskriften »Bilæggelse af investeringstvister mellem investorer og stater«, omfatter ikke blot de situationer, hvor en investor fra en medlemsstat indgiver en klage over Canada, og de situationer, hvor en canadisk investor indgiver en klage over en medlemsstat, men også de situationer, hvor en canadisk investor indgiver en klage over Unionen.

24. De relevante bestemmelser om organiseringen og etableringen af ICS fremgår af afdeling F i CETA's kapitel 8. På visse punkter henvises der imidlertid til de i CETA's artikel 26.1 nævnte afgørelser, der skal træffes af Det Blandede CETA-Udvalg.

25. Det væsentligste kendetegn ved denne tvistbilæggelsesordning består i oprettelsen af en permanent ret, der har til opgave at behandle klager, som er indgivet af investorer mod en part¹⁸. Retten er sammensat af 15 medlemmer, der udnævnes af Det Blandede CETA-Udvalg¹⁹ for en femårig embedsperiode, som kan fornyes én gang²⁰.

26. Rettens medlemmer skal have de kvalifikationer, der er påkrævet i deres respektive lande, til at varetage retslige funktioner eller være jurister med anerkendt faglig kompetence og skal have dokumenteret erfaring inden for folkeret²¹. Rettens medlemmer skal være uafhængige og overholde de regler, der har til formål at undgå interessekonflikter²². Retten skal behandle sager i afdelinger, der som hovedregel består af tre medlemmer af retten, som alle er udnævnt af rettens formand på rotationsbasis, således at det sikres, at afdelingernes sammensætning er tilfældig og uforudsigelig²³.

27. Rettens kendelser kan appelleres til en permanent appelret²⁴. Appellerne kan bl.a. støttes på retlige fejl eller åbenbare fejl ved bedømmelsen af de faktiske omstændigheder, herunder fortolkningen af relevant intern lovgivning²⁵. Appelrettens medlemmer udpeges af Det Blandede CETA-udvalg²⁶. De skal have de samme kvalifikationer som rettens medlemmer og er undergivet de samme etiske regler²⁷.

28. Det fremgår af CETA's artikel 8.41, stk. 1, at »[e]n voldgiftskendelse, der udstedes i henhold til denne afdeling, er bindende mellem parterne i tvisten og med hensyn til den pågældende sag«.

17 – Det fremgår nemlig af artikel 1, stk. 1, litra a), i afgørelse 2017/38, at blandt bestemmelserne i CETA's kapitel 8 finder kun artikel 8.1-8.8, 8.13, 8.15 og 8.16 i et vist omfang midlertidig anvendelse.

18 – CETA's artikel 8.27.

19 – CETA's artikel 8.27, stk. 2.

20 – CETA's artikel 8.27, stk. 5. Imidlertid skal syv af de femten medlemmer, der udnævnes umiddelbart efter denne aftales ikrafttræden, have deres embedsperiode forlænget til seks år, hvilket afgøres ved lodtrækning.

21 – CETA's artikel 8.27, stk. 4.

22 – CETA's artikel 8.30 med overskriften »Ethiske regler«.

23 – CETA's artikel 8.27, stk. 6 og 7.

24 – CETA's artikel 8.28. Det fremgår af erklæring nr. 36 fra Kommissionen og Rådet om investeringsbeskyttelse og investeringsretten (EUT 2017, L 11, s. 20, herefter »erklæring nr. 36«), at appelordningen har til formål at »sikre sammenhængen i de afgørelser, der træffes i første instans, og således bidrage til den juridiske sikkerhed«.

25 – CETA's artikel 8.28, stk. 2.

26 – CETA's artikel 8.28, stk. 3.

27 – CETA's artikel 8.28, stk. 4.

29. Hvad angår de materielle bestemmelser kæder den nye tilgang bekræftelsen af parternes ret til at regulere²⁸ sammen med bestræbelsen på at præcisere definitionen af de grundlæggende beskyttelsesbestemmelser²⁹.

30. CETA har således til formål at fremme grænseoverskridende investeringer mellem Unionen og Canada ved at sikre investorer fra de kontraherende parter et højt beskyttelsesniveau for deres investeringer og samtidig beskytte hver enkelt parts lovgivningskompetence³⁰.

31. Det skal endvidere præciseres, at der som et led i undertegnelsen af CETA er udarbejdet et fælles fortolkende instrument³¹, der i punkt 6 foreskriver en specifik fortolkningsvejledning vedrørende ICS. Kommissionen og Rådet afgav desuden i forbindelse med undertegnelsen af denne aftale erklæring nr. 36, hvori disse institutioner har nævnt de foranstaltninger, der skal iværksættes for at oprette ICS.

32. På baggrund af denne gennemgang vil jeg straks bemærke, at jeg med henblik på at besvare den af Kongeriget Belgien fremsatte anmodning om udtalelse ikke vil tage stilling til de politiske og økonomiske aspekter af den forelagte problemstilling til trods for disses betydning, idet det efter min opfattelse er nødvendigt at understrege, at det fuldt ud henhører under EU-institutionernes skønsmargen i forbindelse med gennemførelsen af den fælles handelspolitik at beslutte at følge en fast international voldgiftspraksis.

33. Det tilkommer således ikke mig at tage stilling til, om det ud fra et politisk synspunkt er hensigtsmæssigt at indføre en tvistbilæggelsesform som den, der fremgår af de aftaler, som Unionen forhandler med tredjestater, og heller ikke til, hvilken økonomisk betydning ISDS-ordningen kan have for tiltrækningen af udenlandske investorer og udviklingen af deres transaktioner. Disse elementer henhører under den skønsmargen, der tilkommer EU-institutionerne³². Disse elementer er i øvrigt resultatet af en demokratisk drøftelse, der er ført mellem Unionen og dens medlemsstater. Det eneste forhold, jeg vil undersøge, er spørgsmålet om, hvorvidt den påtænkte aftale, der indebærer en tilslutning til praksis på området for investeringsvoldgift og samtidig tilpasser denne praksis med henblik på at udvikle den hen imod en domstolslignende model, ud fra et rent juridisk synspunkt er forenelig med den primære EU-ret.

III. Kongeriget Belgiens anmodning om udtalelse

34. Kongeriget Belgien har med anmodningen om udtalelse ønsket at bidrage til en præcisering af de retlige rammer for CETA uden selv at tage stilling til, hvorledes de for Domstolen forelagte spørgsmål efter Kongeriget Belgiens opfattelse bør besvares.

35. Kongeriget Belgien har endvidere anført, at det er klar over, at der i henhold til CETA og erklæring nr. 36 skal gennemføres visse foranstaltninger, hvilket vil kunne påvirke Domstolens udtalelse.

36. Anmodningen om udtalelse er centreret om følgende tre problemstillinger: Domstolens kompetence, ligebehandlingsprincippet og kravet om EU-rettens effektive virkning, samt retten til adgang til en uafhængig og upartisk domstol.

28 – Jf. CETA's artikel 8.9.

29 – Nemlig national behandling (CETA's artikel 8.6), mestbegunstigelsesbehandling (CETA's artikel 8.7), retfærdig og rimelig behandling (CETA's artikel 8.10) og beskyttelse i tilfælde af ekspropriation (CETA's artikel 8.12).

30 – Jf. generelt S. Bonomo, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2012.

31 – Fælles fortolkende instrument om den samlede økonomi- og handelsaftale (CETA) mellem Canada og Den Europæiske Union og dens medlemsstater (EUT 2017, L 11, s. 3) (herefter »det fælles fortolkende instrument«).

32 – Jf. bl.a. dom af 21.12.2016, *Swiss International Air Lines (C-272/15, EU:C:2016:993, præmis 24)*, hvori Domstolen fastslog, at »Unionens institutioner og organer [...] i forbindelse med varetagelsen af de eksterne forbindelser [råder] over en stor frihed til at træffe politiske beslutninger«, og at »varetagelsen af de eksterne forbindelser nemlig nødvendigvis [indebærer], at der træffes politiske valg«.

37. Hvad angår formaliteten vedrørende Kongeriget Belgiens anmodning er det indledningsvis hensigtsmæssigt at fremhæve udtalelsesprocedurens forebyggende karakter. Jeg bemærker i denne forbindelse, at »det følger af ordlyden af artikel 218, stk. 11, TEUF, at Parlamentet, Rådet, Kommissionen eller en medlemsstat kan indhente udtalelse fra Domstolen om en påtænkt aftales forenelighed med traktaterne. Denne bestemmelse har til formål at forhindre de forviklinger, der ville opstå, hvis det ad rettens vej blev gjort gældende, at Unionens bindende internationale aftaler var uforenelige med traktaterne«³³. Det forholder sig nemlig således, at »[e]n retsafgørelse, der eventuelt efter indgåelsen af en international aftale, som binder Unionen, fastslår, at denne aftale er uforenelig med traktaternes bestemmelser, enten på grund af dens indhold eller på grund af den ved dens indgåelse fulgte fremgangsmåde, [...] uundgåeligt [vil] skabe alvorlige vanskeligheder ikke alene internt i Unionen, men også for internationale forbindelser, og fremkalde fare for, at alle berørte parter, herunder tredjelande, bliver skadet«³⁴.

38. Selv om CETA er blevet undertegnet, er den som nævnt ovenfor endnu ikke indgået i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 218, stk. 6, TEUF. Denne aftale har derfor fortsat karakter af en »påtænkt« aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 218, stk. 11, TEUF.

A. Om CETA's forenelighed med Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten

39. Kongeriget Belgien har anført, at Domstolen i præmis 246 i udtalelse 2/13 opstillede »princippet om Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten«.

40. Denne medlemsstat har endvidere henvist til grundene til, at Domstolen i udtalelse 1/09 af 8. marts 2011³⁵ fastslog, at udkastet til en international aftale om oprettelse af en domstol for europæiske patenter og EF-patenter ikke var forenelig med EU-retten.

41. Efter at have anført, at CETA's artikel 8.18, stk. 1, giver retten kompetence til at undersøge, om en retsakt i den afledte EU-ret er forenelig med bestemmelserne i afdeling C og D i denne aftales kapitel 8, har Kongeriget Belgien bemærket, at denne ret i forbindelse med denne undersøgelse ofte vil komme til at stå over for spørgsmål om fortolkning af EU-retten. Kongeriget Belgien har med henvisning til CETA's artikel 8.31, stk. 2, anført, at retten i mangel af en fremherskende fortolkning vil være tvunget til at selv at anlægge en fortolkning af EU-retten.

42. Selv om CETA efter denne medlemsstats opfattelse adskiller sig fra den påtænkte ordning i udtalelse 1/09, idet retten ikke direkte vil skulle afgøre en tvist, der er indbragt for den, i henhold til EU-retten som den anvendelige ret og heller ikke undersøge gyldigheden af en EU-retsakt i lighed med de ordninger, der er påtænkt i udtalelse 1/09 og 2/13, giver ICS retten mulighed for at undersøge foreneligheden af bestemmelserne i den afledte EU-ret med de relevante bestemmelser i CETA og i denne forbindelse at fastlægge fortolkningen af EU-retten.

43. Eftersom den ISDS-ordning, der er fastsat i CETA, hverken foreskriver en forpligtelse til eller en mulighed for retten til at forelægge Domstolen et forudgående spørgsmål om fortolkning af EU-retten (manglende ordning for forudgående inddragelse), ønsker Kongeriget Belgien oplyst, om denne ordning, der kan føre til afsigelsen af endelige kendelser, der i henhold til, hvad der er fastsat i denne aftales artikel 8.41, stk. 1, har bindende karakter, er forenelig med princippet om Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten.

33 – Jf. bl.a. udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 145 og den deri nævnte retspraksis) (herefter »udtalelse 2/13«).

34 – Jf. udtalelse 2/13, præmis 146 og den deri nævnte retspraksis.

35 – EU:C:2011:123 (herefter »udtalelse 1/09«).

44. Sammenfattende ønsker Kongeriget Belgien oplyst, om CETA tilsidesætter princippet om Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten. Kongeriget Belgien ønsker nærmere bestemt, at Domstolen tager stilling til, om denne aftales artikel 8.31, stk. 2, er tilstrækkelig til at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten, eller om det, når der henses til, at kendelsen i henhold til den nævnte aftales artikel 8.41, stk. 1, har bindende karakter, skal fastslås, at der foreligger et indgreb i dette krav om ensartet fortolkning, som Domstolen skal påse.

45. For at besvare dette led i anmodningen om udtalelse vil jeg indlede min analyse på det punkt, hvor Domstolen afsluttede sin analyse i udtalelse 2/15. Domstolen begrænsede nemlig i denne udtalelse sin undersøgelse til kompetencefordelingen mellem Unionen og dens medlemsstater vedrørende de materielle og processuelle aspekter af Unionens eksterne politik på investeringsområdet.

46. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Unionen ved Lissabontraktaten er blevet tillagt enekompetence på området for direkte investeringer, idet disse investeringer falder ind under området for den fælles handelspolitik, således som det fremgår af artikel 3, stk. 1, litra e), og artikel 207, stk. 1, TEUF. Unionen råder endvidere over en delt kompetence med hensyn til andre investeringer end direkte investeringer³⁶.

47. Domstolen har præciseret, at den enekompetence, som Unionen har i henhold til artikel 207 TEUF med hensyn til direkte udenlandske investeringer, omfatter samtlige de materielle bestemmelser, der normalt fremgår af en bilateral investeringstraktat³⁷. Unionen deler til gengæld med medlemsstaterne en kompetence med hensyn til de bestemmelser, der omhandler tvistbilæggelse mellem investorer og stater³⁸. Domstolen har i denne forbindelse i udtalelse 2/15 bemærket, at der er tale om en ordning, »der fjerner tvister fra medlemsstaternes retslige kompetence«, og at denne ordning derfor skal indføres med medlemsstaternes samtykke³⁹.

48. Domstolen tog i udtalelse 2/15 imidlertid ikke stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en tvistbilæggelsesordning, der er fastsat i en international investeringsaftale, under hensyn til opretholdelsen af Domstolens egne kompetencer er forenelig med EU-retten.

49. Domstolen skal nu i forbindelse med en aftale af samme type med Canada tage stilling til, om og hvorledes en sådan tvistbilæggelsesordning kan bestå samtidig med Unionens domstolsordning.

1. Unionens domstolsordning som garanti for Unionens retsordens autonomi

50. Som Domstolen anførte i udtalelse 2/13, er der »[m]ed henblik på at sikre [Unionens] retsordens særlige karakteristika og autonomi [...] ved traktaterne indført et retligt system, der har til formål at sikre en sammenhæng og enhed ved fortolkningen af EU-retten«⁴⁰.

51. Inden for denne ramme »tilkommer det de nationale domstole og Domstolen at garantere, at EU-retten anvendes fuldt ud i alle medlemsstaterne, og at garantere retsbeskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten«⁴¹.

36 – Jf. udtalelse 2/15, præmis 243.

37 – Jf. udtalelse 2/15, præmis 78-109.

38 – Jf. udtalelse 2/15, præmis 293.

39 – Udtalelse 2/15, præmis 292.

40 – Jf. udtalelse 2/13, præmis 174.

41 – Jf. udtalelse 2/13, præmis 175 og den deri nævnte retspraksis.

52. Domstolens opgave består i henhold til det, der er fastsat i artikel 19, stk. 1, TEU, i »at værne om lov og ret ved anvendelsen og fortolkningen af traktaterne«. Domstolens rolle indebærer ansvaret for »at sikre overholdelsen af Unionens retsordens autonomi, der således er blevet skabt ved traktaterne«⁴².

53. Domstolen fremhævede i udtalelse 1/09, at den deler dette ansvar med de nationale retter. Domstolen fastslog nemlig, at »[d]et [...] således [fremgår] af artikel 19, stk. 1, TEU, at Domstolen og medlemsstaternes domstole tilser overholdelsen af Unionens retsorden og domstolsordning«⁴³.

54. Domstolen henviste endvidere til artikel 4, stk. 3, TEU for at fastslå, at »det bl.a. i medfør af princippet om loyalt samarbejde som fastsat i artikel 4, stk. 3, første afsnit, TEU påhviler medlemsstaterne at sikre, at EU-retten anvendes og overholdes på deres område«⁴⁴.

55. Domstolen fremhævede endvidere, at »[d]en nationale retsinstans [...] i samarbejde med Domstolen [udøver] en virksomhed, der er tillagt dem i fællesskab med henblik på at værne om lov og ret ved anvendelsen og fortolkningen af traktaterne«⁴⁵.

56. Særlig »udgøres kernen i det således udformede domstolssystem af den i artikel 267 TEUF fastsatte procedure med præjudicielle forelæggelser, der ved at indføre en dommerdialog mellem netop Domstolen og medlemsstaternes domstole har til formål at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten [...], hvorved EU-rettens sammenhæng, fulde virkning og autonomi og i sidste ende den særegne karakter af den ved traktaterne indførte ret sikres«⁴⁶.

57. Domstolen har således kraftigt understreget »betydningen af samarbejdet mellem Unionens retsinstanser og medlemsstaternes nationale retter i forhold til at sikre den forfatningsmæssige struktur af [Unionens rets]orden«⁴⁷.

58. Denne særlige forbindelse mellem Domstolen og de nationale retter, der er kendetegnet ved en løbende dialog, udgør såvel udtrykket for som beskyttelsen af den særlige retsorden, der kendetegner Unionen. Dette er baggrunden for, at Domstolen ønsker at beskytte denne forbindelse mod ethvert element, der kan påvirke den.

59. Når dette er sagt, vil jeg indledningsvis understrege, at bevarelsen af Unionens retsordens autonomi ikke er det samme som autarki⁴⁸. Den kræver udelukkende, at der ikke gøres indgreb i denne retsorden, som i vidt omfang er baseret på Domstolens kompetence til endeligt at fastlægge indholdet af EU-retten og karakteren af det samarbejde, som den i denne forbindelse har med medlemsstaternes retter.

42 – Udtalelse 1/09, præmis 67.

43 – Udtalelse 1/09, præmis 66. Jf. ligeledes dom af 27.2.2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

44 – Jf. bl.a. udtalelse 2/13, præmis 173 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes dom af 27.2.2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

45 – Udtalelse 1/09, præmis 69. Jf. ligeledes dom af 27.2.2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

46 – Jf. udtalelse 2/13, præmis 176 og den deri nævnte retspraksis.

47 – D. Simon, »Avis négatif sur le projet de création d'une juridiction des brevets«, *Europe*, nr. 5, LexisNexis, Paris, 2011, s. 4-7, punkt 20.

48 – Jf. K. Lenaerts, »Les fondements constitutionnels de l'Union européenne dans leur rapport avec le droit international«, *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015): Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruylant, Bruxelles, 2015, s. 367-385, hvoraf fremgår, at »Unionens forfatningsmæssige autonomi blandt sine særlige kendetegn ikke har som hensigt at virke udelukkende« (s. 369).

2. Betingelserne for indførelse af en særlig tvistbilæggelsesordning ved internationale aftaler indgået af Unionen

60. Det fremgår af fast retspraksis, at internationale aftaler, der er indgået af Unionen i overensstemmelse med traktaternes bestemmelser, for så vidt angår Unionen er retsakter fra en af EU's institutioner⁴⁹. I denne henseende bemærkes, at sådanne aftaler, efter at de er trådt i kraft, udgør en integrerende del af Unionens retsorden⁵⁰. I henhold til artikel 216, stk. 2, TEUF er »[d]e aftaler, som Unionen indgår, [...] bindende for EU-institutionerne og medlemsstaterne«. Det fremgår af Domstolens faste praksis, »at disse aftaler har forrang frem for den afledte [EU-]ret«⁵¹. CETA vil fra det tidspunkt, hvor den træder i kraft, derfor automatisk blive integreret i Unionens retsorden, som den udgør en del af, i lighed med andre EU-retsakter⁵².

61. Det fremgår endvidere af artikel 19, stk. 3, litra b), TEU og artikel 267, stk. 1, litra b), TEUF, at »Domstolen er tillagt en kompetence til uden undtagelse at afgøre præjudicielle spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af retsakter fra EU's institutioner«⁵³, hvilket omfatter de internationale aftaler, som Unionen indgår. Domstolen har også kompetence »til at tage stilling til fortolkningen af afgørelser, som er truffet af det i henhold til aftalen oprettede organ, der har til opgave at gennemføre aftalen«⁵⁴.

62. Når dette er sagt, skal det samtidig erindres, at muligheden for – for Unionens retsinstanser eller de nationale retter – at påberåbe sig aftaler, der er indgået af Unionen, kan være undergivet visse begrænsninger, bl.a. i de tilfælde, hvor Domstolen er af den opfattelse, at disse aftaler ikke tillægger borgerne rettigheder, som de kan påberåbe sig under en retssag. Domstolen skal i denne forbindelse undersøge den pågældende internationale aftales art og opbygning og kontrollere, om denne aftales bestemmelser, henset til deres indhold, fremstår som ubetingede og tilstrækkelig præcise⁵⁵.

63. Hvad angår CETA giver det ingen mening, at Domstolen undersøger, om denne aftale kan eller ikke kan have direkte virkning, idet den nævnte aftales artikel 30.6 er udtryk for, at parterne udtrykkeligt har ønsket at udelukke en sådan virkning. Denne artikel bestemmer nemlig i stk. 1, at CETA ikke »kan gøres direkte gældende i parternes interne retsordener«⁵⁶. Det følger heraf, at den påtænkte aftale, der vil udgøre en integrerende del af Unionens retsorden, når den træder i kraft, ikke kan påberåbes direkte inden for rammerne af denne retsorden. Hverken Unionens retsinstanser eller medlemsstaternes retter kan derfor anvende denne aftale direkte i forbindelse med de tvister, som de måtte blive forelagt. Der er således tale om to retsordener, der eksisterer samtidig, og mellem hvilke interaktionen bevidst er blevet begrænset.

49 – Jf. bl.a. dom af 27.2.2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16, EU:C:2018:118, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

50 – Jf. bl.a. dom af 27.2.2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16, EU:C:2018:118, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

51 – Jf. bl.a. dom af 10.1.2006, *IATA og ELFAA* (C-344/04, EU:C:2006:10, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

52 – Jf. om dette spørgsmål K. Lenaerts, »Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union«, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, nr. 4, Larcier, Bruxelles, 2010, s. 505-519.

53 – Jf. bl.a. dom af 27.2.2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16, EU:C:2018:118, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

54 – Jf. bl.a. dom af 20.9.1990, *Sevince* (C-192/89, EU:C:1990:322, præmis 10 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen fastslog, at dette må gælde så meget mere, som artikel 267 TEUF skal sikre en ensartet anvendelse i hele Unionen af alle de bestemmelser, der udgør Unionens retsorden, for at undgå, at de tillægges forskellige retsvirkninger alt efter fortolkningen heraf i de forskellige medlemsstater (præmis 11 og den deri nævnte retspraksis).

55 – Jf. bl.a. dom af 3.6.2008, *Intertanko m.fl.* (C-308/06, EU:C:2008:312, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

56 – Jf. ligeledes CETA's artikel 30.6, stk. 2, der bestemmer, at »[e]n part [...] i sin interne lovgivning [må] give adgang til søgsmål over for den anden part med den begrundelse, at en foranstaltning truffet af den anden part er uforenelig med denne aftale«.

64. For at en international aftale, der er indgået af Unionen, kan indgå som en integrerende del af Unionens retsorden, er det et krav, at bestemmelserne i denne aftale er fuldt forenelige med traktaterne og med de heraf følgende forfatningsmæssige principper⁵⁷. For at sikre overholdelsen af Unionens retsordens autonomi, er det derfor et krav, at de internationale aftaler, som indgås mellem Unionen og tredjestater, ikke gør indgreb i den vanskelige balance mellem »den internationale forbindelse og EU-rettens særlige karakter«⁵⁸.

65. Domstolen har i denne forbindelse flere gange fastslået, at »en international aftale om oprettelse af en domstol, der har ansvaret for at fortolke aftalens bestemmelser, og hvis afgørelser er bindende for institutionerne, herunder Domstolen, i princippet ikke er uforenelig med EU-retten«⁵⁹. Det er nemlig Domstolens opfattelse, at »Unionens kompetence i internationale forhold og dens kompetence til at indgå internationale aftaler [...] nødvendigvis [omfatter] en adgang til, at Unionen kan forpligte sig til at respektere afgørelser fra en retsinstans, der oprettes eller udpeges ved sådanne aftaler, for så vidt angår fortolkningen og anvendelsen af deres bestemmelser«⁶⁰. I udtalelse 2/15 anførte Domstolen, at Unionens kompetence til at indgå internationale aftaler på samme måde nødvendigvis omfatter en adgang til, at Unionen kan forpligte sig til at respektere afgørelser fra »et organ, der uden formelt at være en retsinstans i det væsentlige varetager retslige funktioner«⁶¹.

66. Domstolen har imidlertid præciseret, at »en international aftale alene kan påvirke dens egen kompetence, hvis de vigtigste betingelser med hensyn til bevarelsen af karakteren af denne kompetence opfyldes, og at der følgelig ikke gribes ind i Unionens retsordens autonomi«⁶².

67. Domstolen er af den opfattelse, at »[s]ikringen af [Unionens] retsorden[s] autonomi [...] således for det første [forudsætter], at [Unionen] og [dens] institutioners kompetence, således som denne er fastlagt i traktaten, ikke ændrer karakter«⁶³. Den forudsætter for det andet, at den pågældende tvistbilæggelsesordning ikke »bevirker, at [Unionen] og [dens] institutioner under udøvelsen af deres interne kompetence påtvinges en bestemt fortolkning af de [EU-]retlige regler«⁶⁴.

68. Domstolen fastslog i udtalelse 2/13 særligt, at »intervention, som fastsat i den påtænkte aftale, fra organer, der er tillagt beslutningskompetence ved [konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder⁶⁵], ikke [må] bevirke, at Unionen og dens institutioner under udøvelsen af deres interne kompetence påtvinges en bestemt fortolkning af de EU-retlige regler«⁶⁶.

69. Som Domstolen anførte i udtalelse 1/09, kunne den have afgivet en positiv udtalelse med hensyn til muligheden for gennem internationale aftaler at oprette domstolsordninger, der nærmere bestemt tilsigter at afgøre tvister om fortolkningen eller anvendelsen af selve bestemmelserne i de omhandlede internationale aftaler, og som ikke påvirker medlemsstaternes retters kompetencer vedrørende fortolkningen og anvendelsen af EU-retten og heller ikke sidstnævntes mulighed eller pligt til at forelægge Domstolen spørgsmål til præjudiciel afgørelse, ligesom Domstolens kompetence til at tage

57 – Jf. i denne retning dom af 27.2.2018, *Western Sahara Campaign UK* (C-266/16, EU:C:2018:118, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

58 – Jf. K. Lenaerts, »Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union«, op.cit., navnlig s. 506.

59 – Jf. bl.a. udtalelse 2/13, præmis 182 og den deri nævnte retspraksis.

60 – *Ibidem*.

61 – Udtalelse 2/15, præmis 299.

62 – Jf. bl.a. udtalelse 2/13, præmis 183 og den deri nævnte retspraksis.

63 – Jf. bl.a. udtalelse 1/00 (aftale om oprettelse af et fælleseuropæisk luftfartsområde) af 18.4.2002 (EU:C:2002:231, præmis 12 og den deri nævnte retspraksis) (herefter »udtalelse 1/00«).

64 – Jf. bl.a. udtalelse 1/00, præmis 13 og den deri nævnte retspraksis.

65 – Undertegnet i Rom den 4.11.1950 (herefter »EMRK«).

66 – Jf. udtalelse 2/13, præmis 184 og den deri nævnte retspraksis. Domstolen var endvidere i udtalelse 1/92 (EØF-aftalen – II) af 10.4.1992 (EU:C:1992:189) af den opfattelse, at opretholdelsen af EU-rettens autonomi ikke gav de organer, der blev oprettet ved den omhandlede internationale aftale, mulighed for at se bort fra den bindende virkning af Domstolens afgørelser inden for EU-retten eller at gribe ind i Domstolens praksis (præmis 22-24). Dette princip udgør efter Domstolens opfattelse »en væsentlig garanti, der er nødvendig for at sikre [EU-]rettens autonomi« (præmis 24).

stilling til sådanne spørgsmål heller ikke var påvirket⁶⁷. Domstolen udelukkede til gengæld muligheden for at oprette en international domstol med ansvaret for at fortolke og anvende ikke blot bestemmelserne i den aftale, hvorved denne domstol blev oprettet, men også andre EU-retlige instrumenter, og som ville skulle tage stilling til en for denne domstol verserende tvist, i henhold til de grundlæggende rettigheder og almindelige principper i EU-retten og efterprøve gyldigheden af en EU-retsakt⁶⁸.

70. Det skal derfor undersøges, om den kompetence, som den i CETA omhandlede ret i afdeling F i CETA's kapitel 8 tillægges til at fortolke og anvende bestemmelserne i denne aftale, kan indebære, at EU-institutionerne og navnlig Domstolen pålægges en bestemt fortolkning af de EU-retlige bestemmelser i forbindelse med udøvelsen af de kompetencer, som de er tillagt ved traktaterne. Spørgsmålet er nærmere bestemt, om afdeling F i CETA's kapitel 8 udgør et indgreb i »princippet om Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten«⁶⁹?

71. Inden jeg behandler kernen i problemstillingen, er det efter min opfattelse nødvendigt først at forklare grundene til, at der ved undersøgelsen af, om afdeling F i CETA's kapitel 8 udgør et indgreb i Unionens retsordens autonomi, skal tages hensyn til det krav om gensidighed, der stilles i forbindelse med den beskyttelse, som tildeles investorer fra hver enkelt kontraherende part.

3. Kravet om gensidighed i forbindelse med den beskyttelse, som tildeles investorer fra hver enkelt kontraherende part

72. Når en fysisk eller juridisk person foretager en investering i en EU-medlemsstat, er denne investering omfattet af denne stats lovgivning, som EU-retten udgør en integrerende del af. I tilfælde af, at anvendelsen af denne lovgivning anfægtes, har retterne i den nævnte stat pligt til at tage stilling til tvisten på grundlag af den lovgivning, som den har til opgave at overholde, i givet fald efter at have forelagt Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse. En investor kan ved at anlægge sag ved en national ret nedlægge påstand om annullation af en national foranstaltning og/eller om betaling af erstatning.

73. Enhver canadisk virksomhed, der foretager investeringer i en EU-medlemsstat, er for så vidt angår denne investering således omfattet af lovgivningen i denne medlemsstat, hvilket omfatter EU-retten. Det er klart, at en investor fra en tredjestat, der ønsker at foretage investeringer i en medlemsstat, vil være omfattet af et regelsæt, der beskytter denne investering, og have adgang til retsmidler med henblik på at gøre sine krav gældende. Uden at virke belærende eller at tillægge Unionens handelspartnere forkerte hensigter, kan det imidlertid ikke anses for godtgjort, at investorer fra Unionen i de tredjestater, i forhold til hvilke Unionen ønsker at udvikle investeringsforbindelser, er omfattet af et tilsvarende materielt og processuelt beskyttelsesniveau. Dette er baggrunden for, at Unionen for at kunne føre sin handelspolitik foretager en forhandling med tredjestater, der er baseret på gensidighed, af de materielle og processuelle beskyttelsesbestemmelser, der gennemføres mellem de to kontraherende parter.

74. Eksistensen af forskellige beskyttelsesstandarder i de kontraherende parter interne lovgivninger gør det derfor nødvendigt at indgå en bilateral aftale, som giver investorerne fra hver enkelt kontraherende part mulighed for at opnå en tilsvarende beskyttelse, når de foretager en investering inden for den anden parts område.

67 – Jf. udtalelse 1/09, præmis 77.

68 – Jf. udtalelse 1/09, præmis 78.

69 – Udtalelse 2/13, præmis 246.

75. Forhandlingerne om CETA var baseret på gensidighed mellem de kontraherende parter. Denne aftale har således til formål at give investorer fra hver enkelt af disse parter den samme materielle og processuelle beskyttelse. Denne type aftaler tilsigter derfor, at de virksomheder fra Unionen, der foretager investeringer i tredjestater, på den ene side, og de virksomheder fra tredjestater, der foretager investeringer i Unionen, på den anden side, kan udøve deres aktiviteter under de samme vilkår. Ud fra dette synspunkt er det derfor nødvendigt, at de materielle og processuelle beskyttelsesstandarder, der gælder for de virksomheder fra Unionen, der foretager investeringer i tredjestater, svarer til dem, der gælder for de virksomheder fra tredjestater, der foretager investeringer i Unionen.

76. Den bekymring, som de udenlandske investorer nærmere bestemt måtte have for, at de i forhold til nationale investorer vil blive stillet ringere, når de anlægger sag ved de nationale retter, kommer således til udtryk ved, at der gensidigt indrømmes mulighed for at anvende en specifik tvistbilæggelsesordning.

77. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at gensidigheden skal anses for et af de grundlæggende principper i Unionens eksterne forbindelser⁷⁰. Anvendelsen af gensidighed i Unionens eksterne aftaleforbindelser er begrundet i den omstændighed, at Unionen i dennes egenskab af folkeretligt retssubjekt er undergivet internationale retsregler, som den har valgt at anse sig for bundet af, og som gensidighedsforpligtelsen udgør en integrerende del af⁷¹.

78. Eftersom CETA er baseret på et krav om gensidig beskyttelse af investorer fra hver enkelt kontraherende part, var forhandlerne af denne aftale af den opfattelse, at det var nødvendigt at lade den nævnte aftale indeholde bestemmelser, såsom dem, der fremgår af afdeling C og D i CETA's kapitel 8, som pålægger hver kontraherende part at indrømme investorerne fra den anden part en passende og tilsvarende beskyttelse. Domstolen tog i udtalelse 2/15 hensyn til en sådan gensidighedsafvejning, idet den fastslog, at »henset til den omstændighed, at den i artikel 63 TEUF fastsatte frie bevægelighed for kapital og betalinger mellem medlemsstaterne og tredjelande ikke formelt kan gøres gældende over tredjelande, kan indgåelsen af internationale aftaler, der bidrager til indførelsen af denne frie bevægelighed på gensidig basis, anses for at være nødvendig for til fulde at gennemføre denne frie bevægelighed, hvilket er et af målene med afsnit IV (»den frie bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital«) i EUF-traktatens tredje del (»interne politikker og foranstaltninger«)⁷².

79. Kommissionen anførte i sit oplæg af 5. maj 2015⁷³ følgende; »As the EU upholds a high standard in promoting and protecting investment in its territory, the EU has a natural interest in obtaining similarly credible and enforceable guarantees for EU investments and investors abroad«⁷⁴.

80. Unionens mulighed for at fremme og tilgodese de aktiviteter, som investorer fra Unionen udøver i tredjestater, og for at tiltrække udenlandske investorer til Unionens område, afhænger i vidt omfang af, at der indgås aftaler med tredjestater, således at der kan fastsættes en passende og gensidig beskyttelse af disse investeringer.

81. Behovet for på gensidig basis at vedtage materielle og processuelle beskyttelsesbestemmelser på investeringsområdet i en international aftale, der indgås mellem Unionen og dens medlemsstater, på den ene side, og en tredjestat, på den anden side, kan forklares med den omstændighed, at forbindelserne mellem disse kontraherende parter i modsætning til, hvad der gælder for forbindelserne mellem medlemsstaterne, ikke er baseret på gensidig tillid.

70 – Jf. D. Dero, *La réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2006, s. 227.

71 – Jf. D. Dero, op.cit., s. 230.

72 – Udtalelse 2/15, præmis 240.

73 – Jf. fodnote 5 i dette forslag til afgørelse.

74 – Jf. s. 1 i dette oplæg.

82. Som Domstolen for nylig fastslog i Achmea-dommen af 6. marts 2018⁷⁵, er »EU-retten [...] således baseret på den grundlæggende præmis, hvorefter hver medlemsstat som anført i artikel 2 TEU deler en række fælles værdier, som Unionen er bygget på, med samtlige andre medlemsstater og anerkender, at disse deler dem med den. Denne præmis forudsætter og begrundes, at der foreligger en gensidig tillid mellem medlemsstaterne med hensyn til anerkendelsen af disse værdier og dermed under iagttagelse af EU-retten, der gennemfører disse«⁷⁶. De forbindelser, som Unionen har til tredjestater, er imidlertid ikke baseret på en sådan præmis. Når EU-institutionerne forhandler en aftale som CETA, ønsker de således at opnå sikkerhed for, at investorer fra Unionen vil være omfattet af et beskyttelsesniveau, der svarer til det, som Unionen og dens medlemsstater giver udenlandske investorer. Gensidigheden fastlægges i denne forbindelse på grundlag af en beskyttelsesstandard, som forhandles frit mellem de kontraherende parter, idet disse parter vil forsøge at nå til enighed om de beskyttelsesregler, som de er villige til gensidigt at indrømme investorer fra hver af disse to parter.

83. Definitionen af sådanne regler for beskyttelse af udenlandske investeringer gør det endvidere nødvendigt at fastlægge arten af og de nærmere bestemmelser for den tvistbilæggelsesordning, der skal gøre det muligt at sikre overholdelsen af disse regler.

84. De kontraherende parter har nemlig ikke nødvendigvis tillid til, at den anden parts domstolsordning kan sikre overholdelsen af de regler, der er indeholdt i aftalen. Det er derfor nødvendigt, at disse to parter når til enighed om en neutral tvistbilæggelsesordning, som de og investorerne som følge af denne ordnings særlige kendetegn kan have tillid til. Ved at give udenlandske investorer forsikringer med hensyn til beskyttelsen af deres investeringer kan værtsstaten tiltrække nye investeringer. Dette er imidlertid hovedformålet med investeringsaftaler. Oprettelsen af en tvistbilæggelsesordning synes ud fra dette synspunkt at udgøre hjørnestenen i den indførte beskyttelsesordning.

85. Vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt CETA i tilstrækkelig grad sikrer EU-rettens autonomi, kan derfor ikke foretages, uden at der tages hensyn til dette element af gensidighed ved den ønskede materielle og processuelle beskyttelse⁷⁷.

86. Den omstændighed, at den anden kontraherende part i den påtænkte aftale er Canada, hvis domstolsordning må antages at indeholde tilstrækkelige garantier, er inden for rammerne af denne vurdering ikke afgørende, idet der reelt er tale om en standardordning, som er beregnet til at indgå i internationale aftaler med tredjestater, som ikke måtte indrømme de samme garantier. Vurderingen burde således ikke være forskellig afhængigt af, hvilken tredjestat der er tale om, idet det centrale spørgsmål her vedrører udarbejdelsen af en model, der er i overensstemmelse med de principper, der ligger til grund for Unionens retsorden, og som samtidig kan anvendes i samtlige handelsaftaler mellem Unionen og tredjestater. I forbindelse med den foreliggende sag er det under alle omstændigheder kommet frem, at der består forskelle i den materielle beskyttelse, som hver af de kontraherende parter indrømmer udenlandske investorer⁷⁸.

87. Det følger af de ovenfor anførte betragtninger, at det, såfremt det ud fra Unionens synspunkt i en international investeringsaftale synes overflødigt at fastsætte regler for beskyttelse af investorer, der i visse henseender kan overlappende med de gældende EU-retlige bestemmelser og føre til, at der som følge heraf rejses tvivl om indførelsen af en specifik tvistbilæggelsesordning, skal bemærkes, at en sådan argumentation ikke tager hensyn til, at der ikke nødvendigvis er symmetri mellem såvel det materielle som det processuelle beskyttelsesniveau i Unionen og i de tredjestater, med hvilke Unionen

75 – C-284/16, EU:C:2018:158 (herefter »Achmea-dommen«).

76 – Achmea-dommen, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis.

77 – Som D. Dero, op.cit. (s. 287), således har anført, udgør gensidigheden »kernen i den dialektiske forbindelse mellem [EU-]rettens selvstændighed og dens undergivelse i forhold til international ret«.

78 – Som Kommissionen anførte i retsmødet, og som flere medlemsstater har anført, giver den anden kontraherende parts lovgivning, som i det foreliggende tilfælde er canadisk lovgivning, ikke nødvendigvis europæiske investorer en passende beskyttelse med hensyn til forskelsbehandling eller ekspropriation.

ønsker at udvikle sine forbindelser på investeringsområdet. Det er netop denne mulige asymmetri, der gør det nødvendigt at forhandle om en fælles materiel og processuel beskyttelsesstandard, som alene kan sikre gensidighed ved anvendelsen af den pågældende aftale og sikre investorer fra Unionen en effektiv og ensartet beskyttelse, når de foretager investeringstransaktioner i tredjestater.

88. I modsætning til, hvad der ind imellem hævdes, indebærer indførelsen af en tvistbilæggelsesordning som den, der er genstand for denne undersøgelse, efter min opfattelse ikke, at der rejses tvivl om den domstolsordning, der gælder for Unionen og dens medlemsstater, og heller ikke muligheden for under denne ordning at foretage en effektiv, uafhængig og upartisk behandling af de søgsmål, som anlægges af udenlandske investorer. Ved at indføre en sådan ordning i de bilaterale forbindelser på investeringsområdet har Unionen ønsket at opfylde kravet om neutralitet i og specialisering af tvistbilæggelsen mellem investorer og stat, i hvilken forbindelse det ikke må overses, at den også tilgodeser europæiske investorer, når de foretager transaktioner i tredjestater.

89. For at kunne tage stilling til, om den tvistbilæggelsesordning, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, er forenelig med den primære EU-ret, er det derfor nødvendigt at anlægge et bredere synspunkt og tage hensyn til behovet for at beskytte investorer fra Unionen, når de foretager transaktioner i tredjestater.

90. Såfremt der argumenteres ud fra dette synspunkt, vil dette endvidere væsentligt svække argumentet om, at de regler for beskyttelse af investeringer, der er indeholdt i EU-retten, i vidt omfang overlapper med de regler, der er fastsat i CETA, hvilket vil gøre det overflødigt at indføre en tvistbilæggelsesordning, der supplerer muligheden for at anlægge sag ved Unionens og dens medlemsstaters retsinstanser.

4. En ordning i sammenhæng med CETA's manglende direkte virkning

91. Jeg erindrer om, at Domstolen allerede har fastslået, at »de EU-institutioner, som har kompetence til at forhandle og indgå en [...] aftale, [som Unionen indgår med tredjestater,] frit [...] med de berørte tredjelande [kan aftale], hvilke virkninger denne aftales bestemmelser skal have i de kontraherende parter interne retsorden«⁷⁹. Som Kommissionen har anført i sit skriftlige indlæg, udelukker samtlige de frihandelsaftaler, som Unionen for nylig har indgået, i praksis udtrykkeligt, at de har direkte virkning. Den væsentligste grund til at udelukke, at disse aftaler har direkte virkning, er et ønske om at sikre, at der faktisk består gensidighed mellem parterne i overensstemmelse med målene for den fælles handelspolitik.

92. Hvad angår muligheden for at påberåbe sig overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen (WTO), som blev undertegnet i Marrakesh den 15. april 1994, samt de aftaler, der er opført i bilag 1-3 til denne overenskomst (herefter under ét »WTO-aftalerne«)⁸⁰, for Unionens retsinstanser med henblik på at få efterprøvet disse aftalers forenelighed med EU-retten, anvendte Domstolen en argumentation for principielt at udelukke en sådan mulighed⁸¹, der lagde vægt på kravet om »gensidighed«, for at undgå, »at EU's lovgivende eller udøvende myndigheder mister den handlefrihed, som de tilsvarende myndigheder hos EU's handelspartnere nyder godt af«⁸². Domstolen tog med henblik på fastlæggelsen af sit standpunkt i denne forbindelse hensyn til det

79 – Jf. bl.a. dom af 13.1.2015, Rådet og Kommissionen mod Stichting Natuur en Milieu og Pesticide Action Network Europe (C-404/12 P og C-405/12 P, EU:C:2015:5, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

80 – Overenskomsten godkendt ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12.1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT 1994, L 336, s. 1).

81 – Jf. bl.a. dom af 4.2.2016, C & J Clark International og Puma (C-659/13 og C-34/14, EU:C:2016:74), hvori Domstolen erindrede om, at »WTO-aftalerne efter deres art og opbygning principielt ikke udgør regler, på grundlag af hvilke lovligheden af EU-institutionernes retsakter kan prøves« (præmis 85). Domstolen har udvidet denne konklusion til at omfatte afgørelser og anbefalinger fra WTO's tvistbilæggelsesorgan (TBO) (præmis 94-96).

82 – Ibidem, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis.

standpunkt, som disse partnere havde indtaget til spørgsmålet om, hvorvidt det var muligt direkte at påberåbe sig WTO-aftalerne, idet den fastslog, at »nogle af de kontraherende parter, blandt hvilke optræder EU's vigtigste handelspartnere, på grundlag af WTO-aftalernes genstand og formål har draget den slutning, at disse aftaler ikke udgør regler, hvis lovlighed efter deres nationale retssystemer kontrolleres af de nationale domstole«⁸³. Domstolen bemærkede, at »[e]n sådan mangel på gensidighed ville, såfremt den blev anerkendt, kunne føre til en uligevægt i anvendelsen af WTO-aftalerne«⁸⁴. Den valgte løsning er således udtryk for, at Domstolen ud fra et hensyn om at sikre gensidighed i forbindelse med anvendelsen af aftalen ikke ønskede at stille Unionen ringere i forhold til dens væsentligste handelspartnere, og således sikre Unionens stilling på internationalt plan⁸⁵.

93. Som jeg har anført ovenfor, har de kontraherende parter udtrykkeligt valgt ikke at tillægge CETA direkte virkning⁸⁶.

94. For at bevare balancen mellem de kontraherende parter i forbindelse med anvendelsen af denne aftale, og således opretholde gensidigheden i forbindelse med gennemførelsen af de forpligtelser, der er indgået mellem dem, har disse parter besluttet at indføre en specifik tvistbilæggelsesordning mellem investorer og stater. Den omstændighed, at den nævnte aftale ikke er tillagt direkte virkning, forstærker således anvendeligheden af en sådan ordning. Eftersom de nationale retter i hver enkel af de nævnte parter ikke har til opgave at anvende de beskyttelsesstandarder, der er fastsat i CETA, giver det mening at foreskrive en tvistbilæggelsesordning, der ikke henhører under de kontraherende parters interne domstolsordninger.

5. Achmea-dommen har ikke betydning for, om ICS er forenelig med kravet om Unionens retsordens autonomi

95. I den sag, der gav anledning til den nævnte dom, blev Domstolen anmodet om at fastslå, om artikel 267 TEUF og 344 TEUF skulle fortolkes således, at de var til hinder for en bestemmelse, der var indeholdt i en international aftale indgået mellem medlemsstater, såsom artikel 8 i aftalen om fremme og gensidig beskyttelse af investeringer mellem Kongeriget Nederlandene og Den Tjekkiske og Slovakiske Føderative Republik (herefter »BIT«), og hvorefter en investor i en af disse medlemsstater i tilfælde af en tvist vedrørende investeringer i den anden medlemsstat kan anlægge sag mod sidstnævnte medlemsstat ved en voldgiftsret, hvis kompetence denne medlemsstat har forpligtet sig til at acceptere.

96. Domstolen besvarede i Achmea-dommen dette spørgsmål bekræftende.

97. For at nå frem til denne løsning indledte Domstolen med at bemærke, at det fremgår af fast praksis, at »en international aftale ikke må gribe ind i det ved traktaterne fastlagte kompetencesystem og dermed i autonomien for Unionens retsorden, som Domstolen skal værne om. Dette princip er bl.a. indført i artikel 344 TEUF, hvorefter medlemsstaterne forpligter sig til ikke at søge tvister vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne afgjort på anden måde end fastsat heri«⁸⁷.

83 – Ibidem. Domstolen fastslog således, at »gensidighed i anvendelsen af en aftale kan blive afgørende for at anerkende, at aftalens bestemmelser har direkte virkning« (jf. D. Dero, op.cit., s. 496).

84 – Ibidem.

85 – Jf. D. Dero, op.cit., s. 499.

86 – Jf. CETA's artikel 30.6, stk. 1.

87 – Achmea-dommen, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis.

98. Domstolen henviste derefter til den omstændighed, at forholdet mellem medlemsstaterne er undergivet princippet om gensidig tillid under overholdelse af EU-retten, og at det i denne sammenhæng »påhviler medlemsstaterne, bl.a. i medfør af princippet om loyalt samarbejde som fastsat i artikel 4, stk. 3, første afsnit, TEU, at sikre, at EU-retten anvendes og overholdes på deres område, og med henblik herpå at træffe enhver almindelig eller særlig foranstaltning, der er egnet til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne«⁸⁸.

99. Efter at have fremhævet den afgørende rolle, som artikel 19 TEU tillægger de nationale retter og Domstolen for »at garantere, at EU-retten anvendes fuldt ud i alle medlemsstaterne, og at garantere retsbeskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten«⁸⁹, og efter at have henvist til den omstændighed, at »kernen i det således udformede domstolssystem [udgøres] af den i artikel 267 TEUF fastsatte procedure«⁹⁰, undersøgte Domstolen de karakteristika, der kendetegnede den tvistbilæggelsesordning, der var indført ved BIT.

100. Domstolen fastslog i denne forbindelse for det første, at den i BIT's artikel 8 omhandlede voldgiftsret i givet fald skulle »fortolke eller anvende EU-retten og navnlig bestemmelserne vedrørende de grundlæggende friheder, herunder etableringsfriheden og de frie kapitalbevægelser«⁹¹. Domstolen fastslog for det andet, at en sådan ret »ikke kan anses for at være »en ret i en af medlemsstaterne« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 267 TEUF, og derfor ikke har beføjelse til at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse«⁹². Domstolen tog for det tredje hensyn til den omstændighed, at en voldgiftskendelse, som en sådan domstol afsiger, ikke er underlagt en systematisk og fuldstændig kontrol fra en retsinstans i en medlemsstat⁹³, hvilket indebar, at det ikke var sikret, »at de EU-retlige spørgsmål, som denne domstol måtte skulle behandle, eventuelt kan forelægges Domstolen inden for rammerne af en præjudiciel forelæggelse«⁹⁴.

101. Domstolen foretog på dette sidstnævnte punkt en sondring mellem handelsvoldgiftsproceduren, der udspringer af de pågældende parters aftalefrihed, og voldgiftsproceduren mellem en investor og en medlemsstat, der er resultatet af en traktat, som er indgået mellem medlemsstater.

102. Hvad angår handelsvoldgiftsprocedurer, der udspringer af parternes aftalefrihed, fastslog Domstolen i dom af 1. juni 1999, *Eco Swiss*⁹⁵, og af 26. oktober 2006, *Mostaza Claro*⁹⁶, at »de krav, der vedrører hensynet til en effektiv voldgiftsprocedure, kan begrunde, at den af medlemsstaternes domstole foretagne efterprøvelse af voldgiftskendelser får en begrænset karakter, forudsat at de grundlæggende bestemmelser i EU-retten kan blive behandlet i forbindelse med denne efterprøvelse og i givet fald være genstand for en præjudiciel forelæggelse for Domstolen«⁹⁷.

103. Domstolen var til gengæld af den opfattelse, at sådanne betragtninger ikke var relevante i forhold til en voldgiftsprocedure som den, der var omhandlet i BIT's artikel 8, for så vidt som den var »resultatet af en traktat, hvorved medlemsstater giver deres samtykke til, at tvister, der kan vedrøre anvendelse eller fortolkning af EU-retten, undtages fra deres egne domstoles kompetence og følgelig

88 – *Achmea-dommen*, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis.

89 – *Achmea-dommen*, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis.

90 – *Achmea-dommen*, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis.

91 – *Achmea-dommen*, præmis 42.

92 – *Achmea-dommen*, præmis 49.

93 – Det fremgår nemlig, at »den nævnte domstol kun kan udøve en sådan domstolsprøvelse i det omfang, det er tilladt i henhold til national ret« (*Achmea-dommen*, præmis 53).

94 – *Achmea-dommen*, præmis 50.

95 – C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 35, 36 og 40.

96 – C-168/05, EU:C:2006:675, præmis 34-39.

97 – *Achmea-dommen*, præmis 54.

fra den ordning med adgang til domstolsprøvelse, som artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU pålægger dem at tilvejebringe på de områder, der er omfattet af EU-retten [...]»⁹⁸. Domstolen var af den opfattelse, at dette »kan medføre, at disse tvister, på trods af at de kan vedrøre fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten, ikke bliver afgjort på en måde, der sikrer denne rets fulde virkning«⁹⁹.

104. Domstolen fastslog således, at den voldgiftsklausul, der fremgik af den pågældende BIT, udgjorde et indgreb i EU-rettens autonomi¹⁰⁰. To medlemsstater havde nemlig ved en bilateral investeringsaftale indgået aftale om ikke at lade deres egne retters kompetence være underlagt EU-retten og dermed den retslige dialog mellem disse retter og Domstolen, hvilket udgjorde et indgreb i EU-rettens ensartethed og effektive virkning.

105. Den af Domstolen valgte løsning synes efter min opfattelse således at være baseret på den opfattelse, at Unionens domstolsordning, for så vidt som den er baseret på gensidig tillid og loyalt samarbejde mellem medlemsstaterne, tilsyneladende ikke er forenelig med medlemsstaternes mulighed for i deres bilaterale forbindelser at indføre en parallel tvistbilæggelsesordning, der kan vedrøre fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten. Domstolen fortolkede i denne henseende artikel 344 TEUF således, at den udgjorde en hindring for en sådan ordning, idet den omstændighed, at der var tale om tvister mellem investorer og stater ikke udgjorde en hindring i denne forbindelse. Artikel 267 TEUF blev inddraget, idet proceduren for præjudiciel afgørelse nødvendigvis ville blive påvirket af en sådan ordning.

106. Den løsning, som Domstolen valgte i Achmea-dommen, kan efter min opfattelse ikke overføres på undersøgelsen af ICS, idet de forudsætninger, der er afgørende for argumentationen, er forskellige.

107. Jeg har nemlig allerede anført, at forholdet mellem kontraherende parter som Unionen og dens medlemsstater, på den ene side, og Canada, på den anden side, ikke er baseret på gensidig tillid¹⁰¹, og dette er i øvrigt grunden til, at disse parter på gensidig basis ønsker at fastlægge en materiel og processuel beskyttelsesstandard i den påtænkte aftale.

108. Denne aftale kan i denne henseende ikke gøre indgreb i hverken princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaterne¹⁰² eller princippet om loyalt samarbejde, som disse medlemsstaterne har pligt til at overholde.

109. Eftersom afdeling F i CETA' kapital 8 fremgår af en aftale med en tredjestat, som Unionen og dens medlemsstater påtænker at indgå, og som regulerer forholdet mellem disse kontraherende parter og ikke det gensidige forhold mellem medlemsstater, kan den argumentation, som Domstolen fremførte i Achmea-dommen vedrørende artikel 267 TEUF og 344 TEUF, efter min opfattelse ikke finde anvendelse på ICS.

110. Jeg tilføjer i denne forbindelse, at det i modsætning til, hvad der var tilfældet i den BIT, der var genstand for den sag, som gav anledning til Achmea-dommen, og som indeholdt en lovvalgsklausul, der kunne give anledning til den opfattelse, at den pågældende voldgiftsret havde kompetence til at tage stilling til tvister om fortolkningen og anvendelsen af EU-retten, af CETA klart fremgår, således som jeg får lejlighed til at redegøre for senere, at den lovgivning, som den i CETA omhandlede ret skal anvende, udelukkende består af de relevante bestemmelser i denne aftale, således som disse bestemmelser fortolkes i international ret. Denne ret kan kun tage hensyn til hver enkelt

98 – Achmea-dommen, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis.

99 – Achmea-dommen, præmis 56.

100 – Achmea-dommen, præmis 59.

101 – EU-retten indeholder således ikke et krav om at udvise tillid til tredjestaters retssystemer, og dette gælder, uanset hvilken grad af pålidelighed disse staters domstolsordninger må anses for at have.

102 – I modsætning til den BIT, der var genstand for Achmea-dommen, udgør CETA således ikke på nogen måde et indgreb i »den tillid, som de kontraherende stater gensidigt tillægger hinandens retssystemer, retsinstitutioner og domstole« (jf. bl.a. dom af 10.2.2009, Allianz og Generali Assicurazioni Generali, C-185/07, EU:C:2009:69, præmis 30).

kontraherende parts interne lovgivning, hvori EU-retten for så vidt angår medlemsstaterne indgår som en integrerende del¹⁰³, som en faktisk omstændighed, og det indhold, som den interne lovgivning tillægges, er ikke bindende for den indklagede kontraherende parts retsinstanser og myndigheder. I modsætning til, hvad der er tilfældet for de bilaterale investeringstraktater mellem medlemsstaterne, såsom den, der var genstand for den sag, som gav anledning til Achmea-dommen, udgør EU-retten ikke en del af den internationale ret, der finder anvendelse mellem de kontraherende parter.

111. For at sikre en klar sondring mellem de tilfælde, hvor der er tale om bilaterale investeringsaftaler mellem medlemsstater, og de tilfælde, hvor der er tale om investeringsaftaler, såsom CETA, sørgede Domstolen i Achmea-dommen i øvrigt for at henvise til den faste retspraksis, hvorefter »en international aftale om oprettelse af en domstol, der har ansvaret for at fortolke aftalens bestemmelser, og hvis afgørelser er bindende for institutionerne, herunder Domstolen, principielt ikke er uforenelig med EU-retten. Unionens kompetence i internationale forhold og dens kompetence til at indgå internationale aftaler omfatter nemlig nødvendigvis en adgang til, at Unionen kan forpligte sig til at respektere afgørelser fra en retsinstans, der oprettes eller udpeges ved sådanne aftaler, for så vidt angår fortolkningen og anvendelsen af deres bestemmelser, forudsat at dette sker under iagttagelse af Unionens og [dens] retsordens autonomi«¹⁰⁴.

112. Domstolen bemærkede i forbindelse med denne retspraksis og for at fremhæve grundene til, at den tvistbilæggelsesordning, der var fastsat i den pågældende BIT, udgjorde et indgreb i Unionens retsordens autonomi, at »[u]d over den omstændighed, at de tvister, der henhører under kompetencen for den i BIT's artikel 8 omhandlede voldgiftsret, kan vedrøre fortolkningen af såvel denne aftale som EU-retten, forholder det sig [...] i det foreliggende tilfælde således, at muligheden for at indbringe disse tvister for et organ, der ikke udgør en del af Unionens retsorden, er fastsat ved en aftale, som ikke er blevet indgået af Unionen, men af medlemsstater. Den nævnte artikel 8 kan rejse tvivl om princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaterne, men også om den bevarelse af den særegne karakter af den ved traktaterne indførte ret, som er sikret ved den i artikel 267 TEUF fastsatte procedure med præjudicielle forelæggelser, og artiklen er derfor ikke forenelig med [...] princip[pet] om loyalt samarbejde«¹⁰⁵.

113. Når der henses til disse præciseringer, og selv om analysemetoden ikke er den samme som den, Domstolen har anvendt vedrørende en bilateral investeringstraktat mellem medlemsstater, forholder det sig ikke desto mindre således, at indførelsen af en tvistbilæggelsesordning mellem investorer og stater ved en aftale mellem Unionen og dens medlemsstater, på den ene side, og en tredjestat, på den anden side, skal overholde Unionens retsordens autonomi.

114. Ud fra dette synspunkt og under hensyn til de forhold, som jeg netop har redegjort for, skal det nu undersøges, således som Kongeriget Belgien har opfordret Domstolen til i anmodningen om udtalelse, om ICS, som fastsat i afsnit F i CETA's kapitel 8, udgør eller ikke udgør et indgreb i Unionens retsorden, navnlig ved at påvirke Domstolens enekompetence til at anlægge en endelig fortolkning af EU-retten.

6. De garantier, som de kontraherende parter har fastsat, med henblik på at sikre Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten

115. Den opgave, som Domstolen og de nationale retter er tillagt ved artikel 19, stk. 1, TEU, og som består i at sikre overholdelsen af EU-retten inden for Unionens retsorden, påvirkes efter min opfattelse ikke af indførelsen af en ordning for tvistbilæggelse mellem investorer og stater, såsom den, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8.

103 – Achmea-dommen, præmis 41.

104 – Achmea-dommen, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis.

105 – Achmea-dommen, præmis 58.

116. Denne aftale indeholder nemlig tilstrækkelige garantier til at sikre dels Domstolens rolle som den, der fastlægger den endelige fortolkning af EU-retten, dels den ordning for samarbejde mellem de nationale retter og Domstolen, som udgøres af den præjudicielle procedure.

117. Forhandlerne af CETA har således bevidst valgt, at de regler, der er fastsat i denne aftale, i mindst muligt omfang skal gribe ind i de EU-retlige regler.

118. Med afdeling F i CETA's kapitel 8 er der efter min opfattelse således skabt en balance mellem dels anerkendelsen af, at Unionens og dens medlemsstaters handlinger med hensyn til de regler for investeringsbeskyttelse, der er indeholdt i dette kapitel, er undergivet en ekstern kontrol, dels sikringen af Unionens retsordens autonomi.

119. Det er i denne forbindelse afgørende at undersøge, hvilke retsregler der helt præcist ligger til grund for den kompetence, der tilkommer den i CETA omhandlede ret, og hvorledes denne ret skal fortolke de kontraherende parters interne lovgivning, som EU-retten udgør en del af.

120. Jeg bemærker, at den i CETA omhandlede ret har en snævert afgrænset kompetence. Det fremgår nemlig af CETA's artikel 8.18, stk. 1, at denne ret udelukkende har kompetence til at tage stilling til, om der er sket tilsidesættelse af en forpligtelse, der er fastsat i afdeling C (»Ikke-diskriminatorisk behandling«)¹⁰⁶ eller afdeling D (»Investeringsbeskyttelse«) i CETA's kapitel 8. Denne kompetencebegrænsning bekræftes af denne aftales artikel 8.18, stk. 5, der bestemmer, at den i CETA omhandlede ret »ikke [må] behandle klager, der falder uden for denne artikels anvendelsesområde«. Det fremgår i øvrigt af ordlyden af CETA's artikel 8.18, stk. 1, at en investor kun kan indgive en klage over en foranstaltning, som Unionen eller en medlemsstat har vedtaget, når investoren kan føre bevis for, at denne foranstaltning har påført den pågældende et tab. Investoren kan ikke abstrakt anfægte en sådan foranstaltning.

121. Hvad angår den anvendelige lovgivning og fortolkningen heraf fremgår det endvidere af CETA's artikel 8.31, stk. 1, at »[r]etten, [...], når den træffer afgørelse, [skal] anvende denne aftale, således som den fortolkes i overensstemmelse med Wienerkonventionen om traktatretten[, indgået i Wien den 23. maj 1969,] og andre folkeretlige regler og principper, der finder anvendelse mellem parterne«.

122. Det fremgår af denne bestemmelse, at når den i CETA omhandlede ret træffer afgørelse, skal den kun anvende denne aftale og de andre folkeretlige regler og principper, der finder anvendelse mellem parterne, hvilket indebærer, at den ikke har kompetence til at anvende de EU-retlige regler¹⁰⁷. De kontraherende parters interne lovgivning indgår således ikke blandt de regler, der finder anvendelse på de tvister, som den i CETA omhandlede ret kan blive foranlediget til at tage stilling til.

123. Det fremgår i øvrigt af CETA's artikel 8.31, stk. 2, at »[r]etten [...] ikke [har] kompetence til at efterprøve lovligheden af en foranstaltning, der hævdes at udgøre en overtrædelse af denne aftale, i henhold til en parts interne ret«. Dette indebærer med andre ord, at retten ikke på nogen måde har kompetence til at tage stilling til lovligheden af en retsakt, der er vedtaget af en medlemsstat eller af Unionen alt efter omstændighederne i henhold til denne stats nationale lovgivning eller EU-retten. Som følge af denne udelukkelse af kompetence må det fastslås, at retten ikke griber ind i den kompetence, der tilkommer de nationale retter og Unionen, til at efterprøve lovligheden af retsakter, der udgør en del af medlemsstaternes retsordener og Unionens retsorden¹⁰⁸.

106 – Hvad angår udvidelse, gennemførelse, drift, forvaltning, vedligeholdelse, brug, nydelse, salg eller afhændelse af den omfattede investering, og med forbehold af de betingelser, der er opregnet i CETA's artikel 8.18, stk. 2.

107 – Jeg tænker her på andre EU-retlige regler end dem, der er indeholdt i CETA, idet denne aftale, således som jeg har anført ovenfor, fra det tidspunkt, hvor den træder i kraft, automatisk vil blive integreret i Unionens retsorden, som den vil udgøre en del af, på samme måde som Unionens andre retsforskrifter.

108 – Jf. modsætningsvis udtalelse 1/09, hvori Domstolen tog hensyn til den omstændighed, at domstolen for europæiske patenter og EF-patenter kunne blive foranlediget til at efterprøve gyldigheden af en EU-retsakt (præmis 78).

124. Selv om det er korrekt, at Domstolen har understreget, at Unionens retsorden »udgøres [...] af et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem, som skal sikre kontrollen med lovligheden af institutionernes retsakter«¹⁰⁹, udgør den tvistbilæggelsesordning, der er indført ved CETA, ikke et indgreb i denne retsorden, idet den ikke har til formål at efterprøve lovligheden af EU-retsakter. Denne ordning tilsigter udelukkende at efterprøve, om de retsakter, som de kontraherende parter vedtager, er forenelige med de relevante bestemmelser i CETA, med henblik på at tildele de investorer, der har lidt tab, en erstatning i de tilfælde, hvor der konstateres at foreligge en uforenelighed. Den eneret med hensyn til legalitetskontrollen for så vidt angår EU-retsakter, som Unionens retsinstanser er tillagt i henhold til traktaten, berøres således ikke.

125. Den i CETA omhandlede ret har, når den udøver sin kompetence til at tage stilling til, om en af en kontraherende part truffet foranstaltning er forenelig med CETA, således som det fremgår af CETA's artikel 8.39, stk. 1, hverken mulighed for at annullere en foranstaltning, som den finder er i strid med bestemmelserne i CETA's kapitel 8, eller at kræve, at en sådan foranstaltning bringes i overensstemmelse hermed¹¹⁰. Den i CETA omhandlede ret kan i henhold til denne bestemmelse udelukkende afsige kendelse om økonomisk erstatning eller – med den indklagedes samtykke – om tilbagelevering af ejendom, som investoren er blevet frataget rådigheden over¹¹¹. ICS befinder sig således inden for området for tvister, der vedrører investeringsvoldgift, som først og fremmest har karakter af erstatningssøgsmål.

126. Som den franske regering med rette har bemærket, tilkommer det ikke den i CETA omhandlede ret at tage stilling til tvister mellem to parter, der hver især har en forskellig holdning til gyldigheden eller fortolkningen af en EU-retsakt, og så meget desto mere heller ikke at træffe afgørelse om, at en sådan afgørelse skal annulleres eller bringes i overensstemmelse. Den i CETA omhandlede ret har tværtimod udelukkende kompetence til at efterprøve, om en bestemt anvendelse af EU-retten er forenelig med CETA, på samme måde som TBO kun efterprøver, om en bestemt anvendelse af EU-retten er forenelig med WTO-aftalerne.

127. Det skal således bemærkes, at virkningerne af de kendelser, som den i CETA omhandlede ret afsiger, som følge af de garantier, der gør det muligt at udelukke et indgreb i princippet om Unionens retsordens autonomi, er begrænsede. Jeg tilføjer i denne forbindelse, at det fremgår af CETA's artikel 8.41, stk. 1, at disse kendelser er bindende »mellem parterne i tvisten og med hensyn til den pågældende sag«.

128. Den fortolkningsmargen, som den i CETA omhandlede ret har i forbindelse med udøvelsen af den således begrænsede kompetence, er således tilsvarende begrænset.

129. Hvad angår hver enkelt kontraherende parts interne lovgivning fremgår det nemlig af CETA's artikel 8.31, stk. 2, at »[d]et præciseres, at retten ved vurderingen af en foranstaltnings forenelighed med denne aftale i givet fald kan tage en parts interne lovgivning i betragtning som en faktisk omstændighed«. Denne bestemmelse er udtryk for den tilgang, som de kontraherende parter har valgt, hvorefter den i CETA omhandlede ret i mindst muligt omfang skal fortolke hver enkelt parts interne lovgivning, idet de skal tage hensyn til den, som den er.

109 – Jf. bl.a. udtalelse 1/09 (præmis 70 og den deri nævnte retspraksis). Det fremgår af Domstolens praksis, at »[d]en prøvelse af lovligheden af EU-retsakter, som [den] skal sikre i medfør af traktaterne, hviler [...] på to retslige procedurer, der supplerer hinanden. Der er således dels ved EUF-traktatens artikel 263 og 277, dels ved samme traktats artikel 267 oprettet et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem, som har til formål at sikre kontrollen med lovligheden af EU-retsakter, idet kompetencen til at udøve denne kontrol er tillagt Unionens retsinstanser« (jf. bl.a. dom af 28.3.2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis).

110 – Jf. modsætningsvis udtalelse 2/13, præmis 22, der beskriver de forskellige foranstaltninger, som de kontraherende parter har pligt til at iværksætte for at opfylde de endelige domme, der afsiges af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i de sager, som de er parter i, herunder at ændre deres nationale lovgivning.

111 – Den indklagede skal også i det andet tilfælde i stedet for tilbagelevering af ejendom have mulighed for at betale en tilsvarende erstatning.

130. Det skal på dette punkt understreges, at det efter min opfattelse er helt nødvendigt, at den i CETA omhandlede ret har kompetence til at tage hver enkelt kontraherende parts interne lovgivning »i betragtning«. Det er nemlig i overensstemmelse med logikken bag de nye frihandelsaftaler, som Unionen har forhandlet, og nærmere bestemt disse aftalers bestemmelser om internationale investeringer, at foretage en fornyet afvejning mellem investorernes private interesser og de offentlige interesser, som de kontraherende parter varetager. Dette indebærer, at de kontraherende parter for retten kan påberåbe sig deres interne regler, når de foreskriver beskyttelse af offentlige interesser som begrundelse for den foranstaltning eller den adfærd, som de foreholdes. Hvis retten ikke kunne tage hensyn til de regler, der fremgår af de kontraherende parters interne lovgivning, ville den ikke have mulighed for at tage hensyn til legitime formål af offentlig interesse.

131. Hvad angår den balance, der således kommer til udtryk i CETA, fremgår det af punkt 6, litra a), i det fælles fortolkende instrument, at denne aftale »indeholder moderne investeringsregler, der bevarer regeringernes ret til at regulere i offentlighedens interesse, også når de pågældende regler påvirker en udenlandsk investering, samtidig med at den sikrer et højt beskyttelsesniveau for investeringer og en fair og gennemsigtig tvistbilæggelse«. Det tilføjes videre i punkt 6, litra b), i det fælles fortolkende instrument, at »CETA præciserer, at regeringerne kan ændre deres love, uanset om dette måtte have en negativ indvirkning på en investering eller investors forventninger om fortjeneste«¹¹².

132. CETA's artikel 8.9 med overskriften »Investeringsforanstaltninger og reguleringsforanstaltninger«, der er en konkretisering af denne opfattelse, bestemmer i stk. 1, at »[parterne] for så vidt angår dette kapitel [...] på ny [bekræfter] deres ret til at regulere inden for deres territorium med henblik på at nå legitime politiske mål, såsom beskyttelsen af den offentlige sundhed, sikkerhed, miljøet eller den offentlige sædelighed, social- eller forbrugerbeskyttelse og fremme og beskyttelse af den kulturelle mangfoldighed«. Det fremgår af denne aftales artikel 8.9, stk. 2, at »[d]et præciseres, at den omstændighed, at en part regulerer, herunder gennem en ændring af sin lovgivning, på en måde, som har en negativ indvirkning på en investering eller påvirker en investors forventninger, herunder forventninger om fortjeneste, ikke i sig selv udgør en tilsidesættelse af en forpligtelse i henhold til denne afdeling«.

133. Disse bestemmelser er udtryk for en balance mellem investorernes økonomiske interesser og staternes suveræne ret til at regulere i offentlighedens interesse. Der er således skabt balance mellem den økonomiske nødvendighed af at fremme og beskytte investeringer og varetagelsen af formål af offentlig interesse.

134. Hensyntagen til de kontraherende parters interne lovgivning må imidlertid ikke foranledige den i CETA omhandlede ret til at ændre denne lovgivning. Den i CETA omhandlede ret skal tage denne lovgivning i betragtning, som den er. Dette er betydningen af den regel, hvorefter retten, når den tager en parts interne lovgivning i betragtning, kun kan tage denne lovgivning i betragtning »som en faktisk omstændighed«. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de internationale retsinstanser, der skal undersøge, om en stat har overholdt de forpligtelser, der følger af en international traktat, og som af denne grund skal undersøge denne stats lovgivning, traditionelt er af den opfattelse, at spørgsmålet om, hvilken betydning denne nationale lovgivning skal tillægges, er et spørgsmål, der vedrører de faktiske omstændigheder¹¹³.

112 – Jf. ligeledes punkt 2 i det fælles fortolkende instrument, hvoraf fremgår, at »CETA bevarer [Unionen]s og dens medlemsstats og Canadas mulighed til at vedtage og anvende deres egne love og forskrifter, som regulerer den økonomiske aktivitet, i offentlighedens interesse [og] at nå legitime offentlige politiske mål«.

113 – Teorien om, at den statslige lovgivning kun har karakter af en faktisk omstændighed i forhold til international ret, udspringer af international retspraksis. Som det fremgår af den af Den Faste Internationale Domstol anvendte formulering »[i] forhold til den internationale ret og domstolen, har de nationale lovgivninger blot karakter af faktiske omstændigheder, der er udtryk for staternes ønsker og handlinger, hvilket også gælder for retsafgørelser og administrative foranstaltninger« (dom af 25.5.1926, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Realiteten)*, PCIJ, Serie A, nr. 7, s. 19). Jf. i denne forbindelse C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Éditions A. Pedone, Paris, 2001, s. 259 ff. Jf. ligeledes, for en gennemgang af dette princip i Den Internationale Domstols praksis, dom af 12.7.2005, *Frontier Dispute (Benin/Niger)* (ICJ Reports 2005, s. 90, § 28).

135. Den i CETA omhandlede ret kan således tage de regler, der fremgår af de kontraherende parters interne lovgivning, i betragtning som faktiske oplysninger, når den skal tage stilling til, om den adfærd eller den foranstaltning, der er genstand for tvisten, er forenelig med denne aftale¹¹⁴.

136. Der findes endvidere en anden begrænsning i den påtænkte aftales artikel 8.31, stk. 2, der har til formål at undgå, at den i CETA omhandlede ret anlægger en kreativ tilgang til den interne lovgivning. Når retten tager en parts interne lovgivning i betragtning som en faktisk omstændighed, er den nemlig forpligtet til at følge »den fremherskende fortolkning af den interne lovgivning ved partens domstole eller andre myndigheder, og enhver betydning, som retten tillægger den interne lovgivning, skal ikke være bindende for denne parts domstole eller myndigheder«. Den i CETA omhandlede ret kan derfor ikke anlægge bindende fortolkninger af EU-retten.

137. Selv om det således er muligt, at retten for at kunne foretage sin prøvelse bliver foranlediget til i et vist omfang at anlægge en fortolkning af EU-retten, f.eks. i tilfælde af, at den skal foretage en afgrænsning af den påtalte adfærd, er den i CETA omhandlede ret i henhold til CETA's artikel 8.31, stk. 2, imidlertid forpligtet at følge den fortolkning, som Domstolen i givet fald har anlagt af EU-retten, og som under alle omstændigheder ikke på nogen måde er bundet af den betydning, som den i CETA omhandlede ret måtte tillægge EU-retten. Såfremt den i CETA omhandlede ret måtte anlægge en fortolkning af intern lovgivning, vil denne fortolkning derfor ikke være bindende for myndighederne og retsinstanterne i den kontraherende part, som klagen vedrører.

138. Det følger af de ovenfor anførte betragtninger, at den i CETA omhandlede ret er bundet af den fortolkning af EU-retten, som Domstolen anlægger, og som denne ret er forpligtet til at følge i henhold til CETA's artikel 8.31, stk. 2, mens hverken Domstolen, EU-institutionerne eller de nationale retter eller myndigheder er bundet af den fortolkning af EU-retten, som denne ret anlægger.

139. CETA's artikel 8.31, stk. 2, sikrer således, at den i CETA omhandlede ret kun kan anlægge en fortolkning af EU-retten, såfremt der ikke findes nogen som helst oplysninger i denne forbindelse i Unionens retsorden, og såfremt det, når denne ret anlægger en sådan fortolkning, kun sker med henblik på at træffe afgørelse om den tvist, som er blevet indbragt for den, idet den nævnte fortolkning hverken er bindende for Unionens myndigheder eller retsinstanter.

140. CETA's artikel 8.31, stk. 2, indeholder således tilstrækkelige garantier til at forhindre, at den i CETA omhandlede ret kan pålægge en fortolkning af EU-retten inden for Unionens retsorden. Domstolens væsentligste funktioner berøres således ikke. Den tvistbilæggelsesordning, der er indført ved afdeling F i CETA's kapitel 8, berører navnlig ikke Domstolens opgave med i sidste instans at anlægge en endelig fortolkning af EU-retten.

141. Denne bestemmelse viser, at der er taget hensyn til Domstolens praksis, hvorefter intervention fra organer, der er tillagt beslutningskompetence ved en af Unionen indgået aftale, ikke må »bevirke, at Unionen og dens institutioner under udøvelsen af deres interne kompetence påtvinges en bestemt fortolkning af de EU-retlige regler«¹¹⁵.

114 – Jf. i denne forbindelse Y. Nouvel, *Commentaire de l'arrêt Achmea*, *Journal du Droit International (Clunet)*, LexisNexis, Paris, nr. 3, juli 2018, kommentar 14, s. 903, der anfører, at det følger af CETA's artikel 8.31, stk. 2, at »en afgørelse, der træffes på grundlag af EU-retten – det vil med andre ord sige at tillægge en retsregel den virkning, som den afføder – udgør en opgave, som ikke tilkommer retten; voldgiftsdommeren kan til gengæld, såfremt dette måtte være relevant, vælge at tage hensyn til en EU-retlig regel som en faktisk oplysning. Voldgiftsretten kan i forbindelse med udøvelsen af sin retslige funktion derfor blive foranlediget til at gøre sig bekendt med en EU-retlig retstilstand, der således udgør en del af de faktiske omstændigheder, og hvis indhold den skal forsøge at fastlægge som en relevant materiel oplysning«.

115 – Jf. bl.a. udtalelse 2/13, præmis 184 og den deri nævnte retspraksis.

142. Domstolen fastslog ganske vist i udtalelse 2/13, at »[f]ortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, herunder en bestemmelse fra afledt ret, [...] nemlig i princippet [kræver] en afgørelse fra Domstolen, når denne bestemmelse kan fortolkes på flere rimelige måder«¹¹⁶. Domstolen var imidlertid af den opfattelse, at »[s]åfremt det ikke var tilladt for [den] at tilvejebringe *den endelige fortolkning* af afledt ret, og såfremt [Den Europæiske] Menneskerettighedsdomstol[...] ved sin prøvelse af denne rets forenelighed med EMRK selv skulle tilvejebringe en given fortolkning blandt de rimelige fortolkninger, ville *princippet om Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten* [...] utvivlsomt være tilsidesat«¹¹⁷. Der gribes imidlertid ikke ind i dette princip, idet fortolkningen af EU-retten, for så vidt som den er mulig og faktisk anlægges af den i CETA omhandlede ret, ikke har bindende retsvirkninger for Unionens myndigheder og retsinstanser.

143. Der kan ikke rejses tvivl herom ved konstateringen af, at en kendelse afsagt af den i CETA omhandlede ret i henhold til CETA's artikel 8.41, stk. 1, er bindende for parterne i tvisten for så vidt angår den pågældende sag, således som jeg har anført ovenfor. I det tilfælde, hvor den i CETA omhandlede ret er tvunget til selv at anlægge en fortolkning af EU-retten i den situation, hvor der ikke findes nogen fortolkning, som den burde tage hensyn til, bevarer Domstolen kompetence til at anlægge en endelig fortolkning af EU-retten. Den af den i CETA omhandlede ret afsagte kendelse er kun bindende for parterne i tvisten for så vidt angår den pågældende sag. Såfremt Domstolen måtte være af den opfattelse, at den i CETA omhandlede ret har anlagt en urigtig fortolkning, vil Domstolen, uden at Unionen derved tilsidesætter sine internationale forpligtelser, kunne fravige en sådan fortolkning og vælge den fortolkning, som den måtte anse for den mest passende.

144. Rettens fortolkningsmargen er endvidere begrænset af den mulighed, som de kontraherende parter har for »at udstede bindende fortolkende bemærkninger«, der har til formål »at undgå og rette enhver fejlfortolkning af CETA foretaget af retterne«¹¹⁸.

145. CETA's artikel 8.31, stk. 3, foreskriver således, at »[o]pstår der alvorlig bekymring med hensyn til fortolkningsspørgsmål, der kan påvirke investeringer, kan Udvalget for Tjenesteydelser og Investeringer i henhold til artikel 8.44.3, litra a), henstille til Det Blandede CETA-Udvalg at vedtage fortolkninger af denne aftale. En fortolkning, der vedtages af Det Blandede CETA-Udvalg, er bindende for retten, der er oprettet i henhold til denne afdeling. Det Blandede CETA-Udvalg kan beslutte, at en fortolkning skal have bindende virkning fra en bestemt dato«¹¹⁹.

146. Det skal endvidere præciseres, at det fremgår af CETA's artikel 26.3, stk. 3, at »Det Blandede CETA-Udvalg skal træffe afgørelser og vedtage henstillinger ved fælles overenskomst«. I lighed med, hvad Domstolen fastslog i udtalelse 1/00, udgør en sådan beslutningsmåde en garanti for, at Unionen ikke i forholdet til medlemsstaterne eller statsborgerne i Unionen påtvinges en fortolkning, der er i strid med Domstolens praksis¹²⁰. Jeg bemærker endvidere, at CETA's ordlyd ikke er til hinder for, at det standpunkt, som Unionen indtager i Det Blandede Udvalg, i givet fald kan forelægges for Domstolen under anvendelse af de retsmidler, der er indført ved EUF-traktaten¹²¹.

116 – Jf. udtalelse 2/13, præmis 245.

117 – Jf. udtalelse 2/13, præmis 246, min fremhævelse.

118 – Jf. punkt 6, litra e), i det fælles fortolkende instrument.

119 – Jf. ligeledes CETA's artikel 26.1, stk. 5, litra e), der foreskriver, at Det Blandede CETA-Udvalg kan »vedtage fortolkninger af denne aftales bestemmelser, som er bindende for retter, der er oprettet i henhold til kapitel 8, afdeling F (bilæggelse af investeringstvister mellem investorer og stater) og kapitel 29 (tvistbilæggelse)«. I henhold til CETA's artikel 26.1, stk. 1, er Det Blandede CETA-Udvalg sammensat af repræsentanter for Unionen og repræsentanter for Canada.

120 – Jf. udtalelse 1/00, præmis 40.

121 – Jf. analogt udtalelse 1/00, præmis 39.

147. Det er endvidere væsentligt at bemærke, at det fremgår af ordlyden af CETA's artikel 8.28, stk. 1, at »[d]er [hermed] oprettes [...] en appelret, som behandler voldgiftskendelser afsagt i henhold til denne afdeling«. I henhold til CETA's artikel 8.28, stk. 7, påhviler det Det Blandede CETA-Udvalg »omgående [at] træffe en beslutning om [de] administrative og organisatoriske aspekter i forbindelse med driften af appelretten« på de punkter, der er opregnet i samme bestemmelse.

148. Selve eksistensen af appelretten giver en supplerende garanti for, at der i forbindelse med en afgørelse inden for rammerne af den tvistbilæggelsesordning, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, ikke tillægges EU-retten et urigtigt indhold, når denne tages i betragtning om en faktisk omstændighed. I henhold til CETA's artikel 8.28, stk. 2, litra b), kan appelretten nemlig også ændre eller omstøde en kendelse, der er afsagt af den i CETA omhandlede ret, på grundlag af »en åbenbar fejl ved bedømmelsen af de faktiske omstændigheder, herunder fortolkningen af relevant intern lovgivning«. Hvad angår det indhold, som EU-retten skal tillægges, indebærer dette, at det i forbindelse med appelrettens prøvelse af den i CETA omhandlede rets kendelser er muligt at korrigere en eventuel fejl, som den i CETA omhandlede ret måtte have begået.

149. I henhold til CETA's artikel 8.28, stk. 2, litra b), skal klageren i forbindelse med den appel, der er iværksat til prøvelse af den bedømmelse af den relevante interne lovgivning, som retten har foretaget, for at opfylde kravet om, at det skal godtgøres, at der foreligger en åbenbar fejl, føre bevis for, at retten har anlagt betragtninger, der åbenbart er i strid med indholdet af de pågældende bestemmelser i den interne lovgivning, eller har tillagt denne lovgivning en rækkevidde, som den åbenbart ikke har.

150. Begrænsningen af den prøvelse, der finder sted under appel, til åbenbare fejl ved bedømmelsen af de faktiske omstændigheder, er i tråd med den opfattelse, hvorefter retten i mindst muligt omfang skal fortolke de kontraherende parters interne lovgivning. Det er derfor væsentligt at undgå, at forhandlingerne såvel i første instans som under appel vedrører indholdet af denne interne lovgivning.

151. Det skal bemærkes, at denne prøvelse i forbindelse med appellen, således som den er fastsat i CETA's artikel 8.28, stk. 2, litra b), svarer til den kompetence, der tilkommer Domstolen i forbindelse med en appelsag. Jeg erindrer i denne forbindelse om, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at »denne i forbindelse med en appelsag udelukkende er kompetent til at efterprøve, om den nationale ret er blevet gengivet urigtigt, hvilket skal fremgå på åbenbar vis af sagsakterne«¹²².

152. Den prøvelse, der er begrænset til åbenbare fejl, som appelretten kan foretage, bør imidlertid kun finde sted i de situationer, som må anses for at indtræde forholdsvist sjældent, hvor der i Unionens retsorden ikke foreligger oplysninger, som gør det muligt at afklare, hvilket indhold en EU-retlig bestemmelse skal gives.

153. Såfremt det konstateres, at den i CETA omhandlede ret har fraveget en gældende fortolkning af EU-retten, kan denne rets bedømmelse til gengæld efter min opfattelse tilsidesættes ved at godtgøre, at der i henhold til CETA's artikel 8.28, stk. 2, litra a), foreligger en simpel retlig fejl, idet det således må fastslås, at denne ret har tilsidesat CETA's artikel 8.31, stk. 2, der afgrænser dens kompetence.

154. Som jeg har anført ovenfor, fremgår det nemlig af CETA's artikel 8.31, stk. 2, at retten, når den tager en parts interne lovgivning i betragtning som en faktisk omstændighed, har pligt til at følge den fremherskende fortolkning, som denne parts retsinstanser og myndigheder har tillagt den interne lovgivning. En fejl ved bedømmelsen af den anvendelige lovgivning i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i CETA's artikel 8.28, stk. 2, litra a), udgør efter min opfattelse derfor en tilsidesættelse af denne aftales artikel 8.31, stk. 2, der vil kunne fastslås, såfremt retten anlægger sin egen fortolkning af EU-retten uden at tage hensyn til den fortolkning, som Unionens institutioner og retsinstanser har

122 – Jf. bl.a. dom af 20.12.2017, Spanien mod Kommissionen (C-81/16 P, EU:C:2017:1003, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

anlagt af EU-retten, selv om retten i henhold til denne sidstnævnte bestemmelse er forpligtet til at lægge den fremherskende fortolkning af EU-retten til grund. Tilsidesættelsen af denne forpligtelse udgør med andre ord en retlig fejl, der foreligger, uden at det er nødvendigt at godtgøre, at denne fejl er åbenbar i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i CETA's artikel 8.28, stk. 2, litra b).

155. Det følger af de ovenfor anførte betragtninger, at den i CETA omhandlede ret har kompetence til at fortolke og gennemføre CETA, og at den som følge af denne præcist afgrænsede kompetence ikke kan gribe ind i formålet om en ensartet fortolkning af EU-retten eller i den opgave, der består i at foretage den legalitetskontrol med institutionernes retsakter, som påhviler Unionens retsinstanser.

156. Når der henses til de garantier, som gælder for indførelsen af den tvistbilæggelsesordning, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, er det min opfattelse, at Unionen har kompetence til at lade sig underkaste en ekstern kontrol, der har til formål at sikre overholdelsen af de investeringsbeskyttelsesstandarder, der fremgår af denne aftale, uden at der derved gribes ind i Unionens retsordens autonomi.

157. Som flere procesdeltagere har anført i forbindelse med den foreliggende sag, skal det endvidere bemærkes, at CETA ikke kan sidestilles med udkastet til en aftale om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) i den affattelse, der var genstand for udtalelse 1/91 (EØS-aftalen I) af 14. december 1991¹²³, eller det udkast til en aftale om oprettelse af et fælleseuropæisk luftfartsområde (FELO-aftalen), der var genstand for udtalelse 1/00¹²⁴. Afdeling C og D i CETA's kapitel 8 har nemlig hverken til formål eller virkning at udvide den gældende EU-lovgivning til at omfatte Canada ved at gentage EU-retlige bestemmelser. Selv om der ganske vist er et materielt overlap med den investeringsbeskyttelse, der er fastsat i EU-retten, kan de regler, der fremgår af afdeling C og D i CETA's kapitel 8, ikke anses for »identiske«. Disse regler afspejler de sædvanlige standarder på området for international investeringsbeskyttelse, idet de samtidig præciserer og forbedrer disse standarder. CETA indeholder i øvrigt heller ikke en forpligtelse til at sikre en ensartet fortolkning af de beskyttelsesregler, som den indeholder, og af de regler, der er indeholdt i parternes interne lovgivning¹²⁵. Ud fra dette synspunkt består der ingen risiko for, at den fortolkning, som retten måtte anlægge af afdeling C og D i CETA's kapitel 8, vil få indvirkning på fortolkningen af den interne EU-ret, hvilket Domstolen i udtalelse 1/91 fastslog var uforeneligt med princippet om Unionens retsordens autonomi¹²⁶.

158. Henset til de garantier, som jeg har nævnt i min redegørelse ovenfor, er det afgørende, selv for så vidt angår de beskyttelsesregler, der materielt set er identiske, under alle omstændigheder, at den ordning, der indføres med CETA, ikke indebærer, at Unionen og dens institutioner i forbindelse med udøvelsen af deres interne kompetence, pålægges en bestemt fortolkning af de EU-retlige regler, som måtte komme tilsvarende til udtryk i denne aftale, idet hver enkelt kategori af regler formelt er forskellige og vil bevare deres egen fortolkning¹²⁷.

123 – EU:C:1991:490 (præmis 4 og 5 samt præmis 41 og 42, herefter »udtalelse 1/91«).

124 – Jf. udtalelse 1/00, præmis 3.

125 – I modsætning til, hvad der fremgik af den foreslåede aftale om oprettelse af EØS, der var genstand for udtalelse 1/91, præmis 8, 9 og 43. Jf. ligeledes om FELO udtalelse 1/00, præmis 4, 5 og 10.

126 – Jeg erindrer i denne forbindelse om, at Domstolen nærmere bestemt fastslog, at en aftale, der foreskriver, at en anden retsinstans end Domstolen har kompetence til at fortolke og anvende denne aftales bestemmelser, selv om denne aftale gentager en væsentlig del af de bestemmelser, herunder bestemmelser i den sekundære ret, som regulerer de økonomiske forbindelser og handelsforholdene inden for Unionen, og som for hovedpartens vedkommende udgør grundlæggende bestemmelser i EU-retten, der således medfører, at der i EU-retten indføres et omfattende regelsæt side om side med en kategori af EU-retlige bestemmelser med samme indhold, udgør et indgreb i Unionens retsordens autonomi (jf. udtalelse 1/91, præmis 41 og 42).

127 – Jf. udtalelse 1/00, præmis 41.

159. Der skal endvidere foretages en sondring mellem de bestemmelser i CETA, der vedrører den i CETA omhandlede ret, og de bestemmelser i udkastet til en aftale om Unionens tiltrædelse af EMRK, der var genstand for udtalelse 2/13. I denne sidstnævnte udtalelse henviste Domstolen til flere forhold, der udgjorde et indgreb i EU-rettens autonomi, og som bl.a. omfattede den omstændighed, at den påtænkte aftale kunne påvirke det indbyrdes forhold, der består mellem Unionen og medlemsstaterne, og kompetencefordelingen mellem Unionen og dens medlemsstater.

160. Den i CETA omhandlede ret har imidlertid ikke på nogen måde kompetence til at tage stilling til det indbyrdes forhold mellem Unionen og dens medlemsstater, og heller ikke til det indbyrdes forhold mellem medlemsstaterne selv eller mellem investorerne fra en medlemsstat og de andre medlemsstater. Den i CETA omhandlede ret adskiller sig fra de retsinstanter, der var genstand for udtalelse 1/09 og 2/13, idet såvel domstolen for europæiske patenter og EF-patenter som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ville have haft kompetence til at tage stilling til tvister inden for Unionen, såfremt den påtænkte aftale i hver enkelt af disse udtalelser var blevet indgået af Unionen. Dette er ikke tilfældet for den i CETA omhandlede ret, der kun kan tage stilling til tvister mellem investorer fra en kontraherende part og en anden kontraherende part.

161. Den i CETA omhandlede ret foranlediges i øvrigt ikke til at tage stilling til kompetencefordelingen mellem Unionen og dens medlemsstater. Der er nemlig i CETA's artikel 8.21 fastsat automatiske regler for udpegning af den indklagede i de tilfælde, hvor en sag indledes af en canadisk investor, og dette med forbehold af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 912/2014 af 23. juli 2014 om oprettelse af en ramme for forvaltningen af økonomisk ansvar ved tvistbilæggelse mellem investorer og stater for voldgiftsretter, der er oprettet ved internationale aftaler, som Den Europæiske Union er part i¹²⁸. Det fremgår således af CETA's artikel 8.21, stk. 1, at en investor, der agter at indgive en klage i henhold til den nævnte aftales artikel 8.23, i tilfælde af en påstået tilsidesættelse af denne aftale begæet af Unionen eller en medlemsstat skal »[til Unionen] indlevere en meddelelse [...] med anmodning om udpegning af den indklagede«. Unionen træffer derefter afgørelse om, hvorvidt den eller en af dens medlemsstater skal være den indklagede, og giver investoren meddelelse herom¹²⁹. Hvis investoren ikke er blevet underrettet om udpegningen senest 50 dage efter, at investoren har indleveret meddelelsen med anmodning om en sådan udpegning, og hvis de foranstaltninger, der er angivet i meddelelsen, udelukkende er foranstaltninger i en medlemsstat, skal denne medlemsstat være den indklagede. I de tilfælde, hvor de foranstaltninger, der er angivet i meddelelsen, omfatter foranstaltninger i Unionen, skal Unionen være den indklagede¹³⁰. Denne udpegning, der foretages i henhold til CETA's artikel 8.21, stk. 3 eller 4, er bindende for den i CETA omhandlede ret¹³¹.

162. De regler, der gør det muligt at fastslå, om Unionen eller den berørte medlemsstat skal være den indklagede, fremgår af forordning nr. 912/2014. De afgørelser, som Kommissionen træffer, har karakter af gennemførelsesretsakter. Der er således tale om retsakter, der kan undergives Unionens retsinstanter legalitetskontrol. Som Rådet med føje har anført, er Domstolen således den retsinstant, der i sidste ende skal afgøre spørgsmålet om, hvem der skal være den indklagede.

163. Når der henses til disse betragtninger, adskiller den foreliggende sag sig fra udtalelse 2/13, hvori Domstolen fastslog, at den fremgangsmåde for ordningen med medindklagede, som var fastsat i den påtænkte aftale, ikke sikrede, at Unionens og EU-rettens særlige karakteristika kunne bevares. Denne fremgangsmåde udgjorde nemlig et indgreb i Domstolens enekompetence til at tage stilling til kompetencefordelingen mellem Unionen og dens medlemsstater¹³².

128 – EUT 2014, L 257, s. 121.

129 – Jf. CETA's artikel 8.21, stk. 3.

130 – Jf. CETA's artikel 8.21, stk. 4.

131 – Jf. CETA's artikel 8.21, stk. 7.

132 – Jf. udtalelse 2/13, præmis 215-235. CETA adskiller sig desuden på dette punkt fra den aftale, der gav anledning til udtalelse 1/91, præmis 30-36.

164. Eftersom den i CETA omhandlede ret som følge af denne aftales artikel 8.21 ikke har kompetence til at tage stilling til kompetencefordelingen mellem Unionen og dens medlemsstater, kan det således ikke fastslås, at den nævnte aftale ud fra dette synspunkt udgør et indgreb i Unionens retsordens autonomi.

7. ICS påvirker ikke de nationale retters opgaver, der består i at sikre EU-rettens effektive anvendelse

165. Afdeling F i CETA's kapitel 8 indfører en ordning, der kan betegnes som »domstolslignende«, og som på visse punkter desuden har taget afsæt i de gældende investeringsvoldgiftsregler, idet denne ordning i det væsentlige har til formål at løse tvister om fortolkning og anvendelse af selve bestemmelserne i den pågældende internationale aftale. Eftersom denne ordning i forbindelse med anvendelsen af CETA udgør en alternativ metode til bilæggelse af tvister, der vedrører investeringsbeskyttelse, påvirker den endvidere ikke medlemsstaternes retters kompetencer vedrørende fortolkningen og anvendelsen af EU-retten og heller ikke sidstnævntes mulighed for eller pligt til at forelægge Domstolen spørgsmål til præjudiciel afgørelse, ligesom Domstolens kompetence til at tage stilling til de spørgsmål, som de nævnte retter forelægger, heller ikke påvirkes¹³³.

166. Selv om retten i lighed med den domstol for europæiske patenter og EF-patenter, der var genstand for udtalelse 1/09, befinder sig uden for Unionens institutionelle og domstolsmæssige ramme, er den i modsætning til, hvad der var tilfældet for denne retsinstans med hensyn til en lang række private søgsmål på EF-patentområdet¹³⁴, ikke blevet tildelt en enekompetence til at tage stilling til søgsmål, der anlægges af udenlandske investorer inden for området for investeringsbeskyttelse, og heller ikke til at fortolke og anvende EU-retten inden for dette område.

167. Som Kommissionen med føje anført i sit indlæg, skal den i CETA omhandlede ret ikke anvende den interne EU-ret, men udelukkende aftalens bestemmelser. CETA giver en supplerende beskyttelse i international ret og foreskriver en specifik ordning, der gør det muligt for investorer fra den anden part at påberåbe sig denne beskyttelse. Når dette er sagt, begrænser denne aftale imidlertid ikke de materielle rettigheder, som udenlandske investorer har i medfør af EU-retten. Denne aftale medfører endvidere ikke en begrænsning af Domstolens kompetence og heller ikke den kompetence, der tilkommer medlemsstaternes retter til at tage stilling til søgsmål, der er anlagt med henblik på at sikre overholdelsen af sådanne rettigheder, der er tillagt ved den interne EU-ret.

168. Indførelsen af ICS forhindrer således ikke udenlandske investorer i at søge beskyttelse af deres investeringer ved at anlægge sag ved de kontraherende parter retter med henblik på at bringe parternes interne ret i anvendelse¹³⁵. Jeg bemærker i denne forbindelse, at udenlandske investorer som følge af CETA's manglende direkte virkning i dette tilfælde ikke for de kontraherende parter retter direkte kan påberåbe sig, at denne aftale er blevet tilsidesat, men kun disse parter interne lovgivning, for så vidt som, selvfølgelig, den indeholder passende beskyttelsesregler. Ud over den omstændighed, at de to typer søgsmål således er baseret på forskellige referenceretsregler, har de ikke nødvendigvis den samme genstand. I modsætning til, hvad der er tilfældet, når der indgives en klage til den i CETA omhandlede ret, kan et søgsmål, der anlægges ved de kontraherende parter interne retter, nemlig omhandle mere end en påstand om erstatning og have til formål at opnå annullation af en foranstaltning, der fremgår af disse parter interne lovgivning. Der er således tale om to retsmidler, der supplerer, men ikke erstatter, hinanden.

169. De kontraherende parter har fastsat regler for det valg, som udenlandske investorer kan foretage.

133 – Jf. i denne forbindelse udtalelse 1/09, præmis 77.

134 – Udtalelse 1/09, præmis 89.

135 – Domstolen bemærkede i udtalelse 2/15, at der her var tale om »en mulighed, som gives til den sagsøgende investor« (præmis 290).

170. CETA's artikel 8.22, der har overskriften »Proceduremæssige og andre betingelser for indgivelse af en klage til retten«, har følgende ordlyd:

»1. En investor kan kun indgive en klage i henhold til artikel 8.23, hvis investoren:

[...]

- f) trækker enhver retslig procedure, der allerede verserer ved en ret eller domstol efter national eller international ret med hensyn til en foranstaltning, der påstås at udgøre en tilsidesættelse som omhandlet i klagen, tilbage eller afbryder en sådan retslig procedure, og
- g) giver afkald på sin ret til at indgive enhver klage eller indlede enhver retslig procedure ved en ret eller en domstol under national eller international ret med hensyn til en foranstaltning, der påstås at udgøre en overtrædelse som omhandlet i klagen.«

171. Disse bestemmelser viser, at den i CETA omhandlede ret udelukkende er tillagt en alternativ kompetence. Som det således præciseres i punkt 6, litra a), i det fælles fortolkende instrument, »giver [CETA] ikke forrang til anvendelse af [ICS], der oprettes ved aftalen. Investorer kan i stedet vælge at benytte domstolene i deres hjemland«. Den omstændighed, at det samtidig med eller efter, at der indgivet en klage til den i CETA omhandlede ret, ikke er muligt at anlægge en sag ved de kontraherende parters retter, kan have den virkning, at investorerne tilskyndes til først at anlægge sag ved disse retter. Selv om dette ikke udgør en forudgående betingelse for at kunne anlægge sag ved den i CETA omhandlede ret, tilsigter disse bestemmelser således, at der sker en udtømmning af de interne retsmidler.

172. På baggrund af disse betragtninger skal det fastslås, at selv om medlemsstaternes retter som følge af CETA's manglende direkte virkning ikke har til opgave at anvende denne aftale, fratages de imidlertid ikke deres status som »almindelige« retter i Unionens retsorden, herunder deres rolle i forbindelse med den eventuelle gennemførelse af præjudicielle forelæggelser. Domstolen fratages i øvrigt ikke sin kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om de spørgsmål, som de nævnte retter forelægger. Det kan således ikke fastslås, at der sker en ændring af de kompetencer, som EU-institutionerne og medlemsstaterne er tillagt ved traktaterne, og som er nødvendige for bevarelsen af selve EU-rettens beskaffenhed¹³⁶.

8. *Sammenhængen med målene for Unionens optræden udadtil*

173. Undersøgelsen af, om afdeling F i CETA's kapitel 8 er forenelig med princippet om EU-rettens autonomi, skal efter min opfattelse foretages under behørig hensyntagen til nødvendigheden af at bevare Unionens mulighed for at bidrage til virkeliggørelsen af principperne og målene for dens optræden udadtil.

174. Som den slovakiske regering med føje anførte i retsmødet, bør Domstolen give princippet om EU-rettens autonomi et indhold, der gør det muligt ikke blot at bevare EU-rettens særlige karakteristika, men også at sikre Unionens deltagelse i udviklingen af den internationale ret og en international retsorden, der er baseret på regler.

175. De bestemmelser, der er indeholdt i CETA's kapitel 8, gør det efter min opfattelse muligt at nå en balance mellem opretholdelsen af den specifikke forfatningsstruktur, der kendetegner Unionen, og udviklingen af Unionens optræden udadtil.

¹³⁶ – Udtalelse 1/09, præmis 89.

176. I henhold til artikel 3, stk. 5, TEU »forsvarer og fremmer [Unionen] i forbindelserne med den øvrige verden sine værdier og interesser og bidrager til beskyttelsen af sine borgere. Den bidrager til [...] bæredygtig udvikling af jorden, [...] fri og fair handel, [...] samt nøje overholdelse og udvikling af folkeretten [...]«. Dette sidstnævnte mål indebærer helt logisk, at Unionen skal fremme de initiativer og de kontrolmekanismer, der styrker den effektive virkning af de internationale traktater, som den deltager i¹³⁷.

177. Unionens optræden på den internationale scene skal i henhold til artikel 21, stk. 2, TEU have til formål at sikre »en høj grad af samarbejde på alle områder i tilknytning til internationale forbindelser«, bl.a. ved at konsolidere og styrke »retsstatsprincippet [...] og folkerettens principper«¹³⁸, ved »at tilskynde til alle landes integration i den internationale økonomi, herunder gennem gradvis afskaffelse af hindringer for international handel«¹³⁹, ved »at bidrage til udarbejdelsen af internationale foranstaltninger [...] med det formål at sikre bæredygtig udvikling«¹⁴⁰ og ved »at fremme et internationalt system, der bygger på stærkere multilateralt samarbejde og god global styring«¹⁴¹. I henhold til artikel 207, stk. 1, TEUF »[føres d]en fælles handelspolitik [...] inden for rammerne af principperne og målene for Unionens optræden udadtil«.

178. CETA's kapitel 8 falder efter min opfattelse fuldt ud inden for disse mål, idet dette kapitel indeholder såvel regler om investeringsbeskyttelse, der bidrager til investorernes retssikkerhed og til udvikling af samhandelen mellem Unionen og Canada¹⁴², som en specifik tvistbilæggelsesordning, i hvilken forbindelse det udtrykkeligt fremgår, at de kontraherende parter har ret til at vedtage lovgivning, der er nødvendig for at gennemføre formål af offentlig interesse, f.eks. folkesundhed, sikkerhed, miljø og social beskyttelse.

9. Indførelsen af en ordning for forudgående inddragelse af Domstolen og muligheden for en fuldstændig prøvelse af de af medlemsstaternes retter afsagte kendelser er ikke nødvendig

179. Jeg bemærker, at hensigten med en tvistbilæggelsesordning som den, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, er at sikre en tvistbilæggelse mellem investorer og stater, der er neutral og uafhængig i forhold til de kontraherende parters domstolsordninger. Ud fra denne logik er det forståeligt, at disse parter hverken har fastsat bestemmelse om en ordning for forudgående inddragelse af Domstolen eller om, at de kendelser, som retten afsiger, systematisk skal kunne forelægges til fuldstændig prøvelse ved de nævnte parters retter. Det ville være i modstrid med de kontraherende parters ønske om at etablere en tvistbilæggelsesordning, der netop ikke er omfattet af deres domstolsordninger, at foreskrive, at der består en sådan sammenhæng med disse parters domstolsordninger.

180. Da det er blevet fastslået, at afdeling F i CETA's kapitel 8 indeholder tilstrækkelige garantier til at forhindre, at denne ordning griber ind i Domstolens enekompetence til at anlægge en endelig fortolkning af EU-retten, kan det valg, som de kontraherende parter således har foretaget, efter min opfattelse ikke anfægtes.

137 – Jf. i denne forbindelse B. De Witte, »A selfish Court? The Court of justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union«, *The European Court of Justice and external relation law: constitutional challenges*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 33-46, navnlig s. 34.

138 – Artikel 21, stk. 2, litra b), TEU.

139 – Artikel 21, stk. 2, litra e), TEU.

140 – Artikel 21, stk. 2, litra f), TEU.

141 – Artikel 21, stk. 2, litra h), TEU.

142 – Jf. i denne retning udtalelse 2/15, præmis 94.

181. Når dette er sagt, skal det bemærkes, at en prøvelse – afhængigt af, hvilke voldgiftsregler der er valgt som grundlag for at indgive en klage¹⁴³ – der foretages af retterne i den medlemsstat, hvori der anmodes om fuldbyrdelse, navnlig hvor dette er i strid med grundlæggende principper i denne stat¹⁴⁴, ikke er udelukket¹⁴⁵. En sådan prøvelse er imidlertid efter min opfattelse ikke en betingelse for, at den ordning for tvistbilæggelse mellem investorer og stater, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, er forenelig med princippet om EU-rettens autonomi.

182. Hvad angår det forslag, der indimellem er blevet fremsat, om i denne type aftale at indføre en ordning for forudgående inddragelse af Domstolen i de tilfælde, hvor der består vanskeligheder med hensyn til fortolkningen af EU-retten, skal der i øvrigt tages hensyn til kravet om gensidighed, således som den tyske regering og Kommissionen med føje har anført. Ud over at en sådan ordning vil være vanskelig eller endog umulig at forhandle med tredjestater¹⁴⁶, ville Unionen, såfremt disse tredjestater måtte acceptere dette, som følge af den gensidighed, der gælder for deres indbyrdes forhold, også skulle give sine partnere mulighed for at tildele deres nationale retter en præjudiciel kompetence vedrørende fortolkningen af deres nationale lovgivning. Ud fra synspunktet hos investorerne fra Unionen, ville dette således være i strid med hensigten bag tvistbilæggelsesordningen, nemlig at være neutral og uafhængig i forhold til den anden kontraherende parts interne retter. Dette ville gøre en sådan ordning betydeligt mindre interessant og attraktiv, navnlig når Unionen etablerer forbindelser med tredjestater, hvis nationale retter ikke eller kun delvist opfylder kriterierne om upartiskhed, uafhængighed og hurtighed, og som i sidste ende kan gribe ind i det beskyttelsesniveau, der gælder for de investeringer, som investorer fra Unionen har foretaget i disse stater.

183. Jeg kan derfor tilslutte mig den tilgang, som forhandlerne af CETA valgte, og som bestod i at udvise en særlig omhu ved udfærdigelsen af denne aftales bestemmelser med henblik på at sikre, at den indførte tvistbilæggelsesordning griber mindst muligt ind i de kontraherende parter domstolsordninger.

184. Når der henses til samtlige disse betragtninger, er det min opfattelse, at den ordning for tvistbilæggelse mellem investorer og stater, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, ikke udgør et indgreb i EU-rettens autonomi og navnlig ikke berører princippet om Domstolens enekompetence for så vidt angår den endelige fortolkning af EU-retten.

B. Om det generelle princip om ligebehandling og kravet om EU-rettens effektive virkning

185. Kongeriget Belgien har i denne del af anmodningen om udtalelse først anført, at CETA foreskriver en privilegeret adgang til domstolsprøvelse for canadiske investorer. De canadiske virksomheder, der foretager investeringer i Unionen, kan nemlig indbringe en tvist enten for en national ret i Unionen eller den i CETA omhandlede ret, mens virksomheder fra Unionen, der foretager investeringer i Unionen, ikke har dette valg.

143 – Jf. i denne forbindelse CETA's artikel 8.23, stk. 2. Jf. ligeledes, hvad angår fuldbyrdelsen af kendelser, CETA's artikel 8.41, stk. 3-6.

144 – Jf. i denne forbindelse artikel V i konventionen om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser, undertegnet den 10.6.1958 i New York, hvori der opregnes en række begrænsede omstændigheder, der gør det muligt at afslå fuldbyrdelse.

145 – En kendelse, der er afsagt i henhold til CETA's kapitel 8, kan til gengæld unddrages en sådan domstolsprøvelse, såfremt investoren vælger konventionen om bilæggelse af investeringstvister mellem stater og statsborgere fra andre stater, der er vedtaget af Det Internationale Center til Bilæggelse af Investeringstvister (ICSID) og undertegnet i Washington den 18.3.1965. Jf. dog for en mere nuanceret opfattelse på dette punkt, G.-A. Jean, op.cit., punkt 1036 ff.

146 – Som Kommissionen med føje har anført i sit skriftlige indlæg, består der en risiko for, at tredjestater vil anse den forudgående inddragelse af Domstolen for en ensidig fordel, der vil bringe tvistbilæggelsesordningens neutralitet i fare.

186. Det skal undersøges, om en sådan situation er forenelig med artikel 20 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder¹⁴⁷, hvoraf fremgår, at »[a]lle mennesker er lige for loven«, og chartrets artikel 21, stk. 2, der bestemmer, at »[i]nden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af deres særlige bestemmelser er enhver forskelsbehandling på grund af nationalitet forbudt«.

187. Kongeriget Belgien har endvidere henvist til, at CETA's artikel 8.39, stk. 2, litra a), foreskriver, at når en canadisk investor optræder for den i CETA omhandlede ret på vegne af en »lokalt etableret virksomhed« (dvs. en virksomhed, der er etableret i Unionen, og som denne canadiske investor direkte eller indirekte ejer eller kontrollerer)¹⁴⁸, skal den erstatning, som denne ret måtte tildele, udbetales til denne lokale virksomhed.

188. Denne regel kan ganske vist begrundes i det formål, der kendetegner de internationale aftaler, som vedrører investeringsbeskyttelse, om at fremme økonomien hos den part, hvor denne virksomhed er etableret. Det er imidlertid nødvendigt at undersøge, om den nævnte regel er forenelig med chartrets artikel 20 og 21.

189. Endelig ønsker Kongeriget Belgien oplyst, om det i det tilfælde, hvor den i CETA omhandlede ret fastslår, at en bøde, som Kommissionen eller en konkurrencemyndighed i en af medlemsstaterne har pålagt en canadisk investor (eller en lokalt etableret virksomhed), er i strid med en bestemmelse i afdeling C eller D i CETA's kapitel 8, og hvor denne ret tildeler erstatning med et beløb svarende til denne bøde, er foreneligt med ligebehandlingsprincippet og kravet om EU-rettens effektive virkning, at virkningerne af den nævnte bøde ophæves.

190. Det følger af CETA's artikel 8.9, stk. 3 og 4, at når Unionen har fastslået, at en statsstøtte ikke er forenelig med artikel 108 TEUF og har pålagt tilbagesøgning af støtten, kan den i CETA omhandlede ret ikke fastslå, at denne afgørelse er i strid med CETA, og kan derfor heller ikke tildele erstatning med et beløb, der svarer til denne statsstøtte. CETA indeholder imidlertid ikke en tilsvarende regel, der har til formål at beskytte de afgørelser, som Kommissionen eller medlemsstaternes konkurrencemyndigheder træffer i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Det kan derfor ikke udelukkes, at en canadisk investor kan unddrage sig de økonomiske konsekvenser af at tilsidesætte EU-konkurrenceretten, mens investorer fra Unionen ikke kan unddrage sig disse konsekvenser.

191. Sammenfattende ønsker Kongeriget Belgien oplyst, om rettens kendelser under visse omstændigheder kan udgøre en tilsidesættelse af chartrets artikel 20 og 21 samt kravet om EU-rettens effektive virkning. Denne medlemsstat har i denne forbindelse identificeret to situationer, nemlig, for det første, den situation, hvor erstatningen i henhold til CETA's artikel 8.39, stk. 2, litra a), udbetales til en lokalt etableret virksomhed, og, for det andet, den situation, hvor retten tildeler erstatning som følge af en bøde, der er pålagt i henhold til EU-konkurrenceretten.

192. Det første led i de spørgsmål, som Kongeriget Belgien har rejst, udspringer af den omstændighed, at det af CETA's artikel 8.23, stk. 1, fremgår, at en klage kan indgives af enten en investor fra en part på egne vegne eller af en investor fra en part på vegne af en lokalt etableret virksomhed, som denne investor direkte eller indirekte ejer eller kontrollerer. Det fremgår af CETA's artikel 8.39, stk. 2, litra a), at den erstatning, der fastsættes i kendelsen, i dette sidstnævnte tilfælde skal betales til den lokalt etablerede virksomhed. Denne konstatering medfører efter min opfattelse ikke en forskelsbehandling af de investorer fra Unionen, der foretager investeringer i Unionen.

147 – Herefter »chartret«.

148 – Jf. i denne forbindelse CETA's artikel 8.23, stk. 1, litra b).

193. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den lokalt etablerede virksomhed, som omhandlet i disse to bestemmelser, selv udgør en investeringsform. Det fremgår nemlig af CETA's artikel 8.1, at der ved »omfattet investering« for så vidt angår en part forstås en investering, der bl.a. »direkte eller indirekte ejes eller kontrolleres af en investor fra den anden part«, og at der ved »investering« forstås »alle typer aktiver, som en investor ejer eller kontrollerer, direkte eller indirekte«, og som bl.a. kan have form af en virksomhed. Når der henses til den kontrol, som en investor fra en part således kan udøve over en lokalt etableret virksomhed på den anden parts område, tilfalder den erstatning, som den i CETA omhandlede ret tildeler, selv om den måtte blive betalt til den lokalt etablerede virksomhed, i sidste ende investoren fra den førstnævnte part, som i øvrigt er den eneste, der i henhold til CETA's artikel 8.23, stk. 1, har kompetence til at indgive en klage til retten.

194. Eftersom investoren fra en part og den virksomhed, der er lokalt etableret på den anden parts område, reelt skal sidestilles¹⁴⁹, er det af Kongeriget Belgien rejste spørgsmål, om der foreligger forskelsbehandling mellem udenlandske investorer, der er omfattet af en specifik materiel og processuel beskyttelse, og de lokale investorer, der ikke er omfattet af en sådan beskyttelse.

195. Hvad angår dette spørgsmål skal det præciseres, at det følger af artikel 207, stk. 1, andet punktum, TEUF, sammenholdt med artikel 21 TEU, at Unionen i forbindelse med udøvelsen af de kompetencer, som den er tillagt ved EU- og EUF-traktaterne, herunder kompetencerne inden for den fælles handelspolitik, skal overholde de grundlæggende rettigheder, som ligebehandlingsprincippet udgør en del af¹⁵⁰. Unionen er en retsunion, hvor enhver retsakt fra dens institutioner er undergivet kontrol med, at den er forenelig med bl.a. traktaterne, de generelle retsprincipper og de grundlæggende rettigheder¹⁵¹. Dette gælder også for Unionens optræden udadtil¹⁵². Jeg bemærker i denne forbindelse, at det fremgår af fast retspraksis, at internationale aftaler, der er indgået af Unionen, »efter at de er trådt i kraft, udgør en integrerende del af Unionens retsorden [...]. Bestemmelserne i sådanne aftaler skal derfor være fuldt forenelige med traktaterne og med de heraf følgende forfatningsmæssige principper«¹⁵³. Dette omfatter selvfølgelig også chartret, således som det fremgår af artikel 51 i chartret, der i henhold til artikel 6, stk. 1, TEU »har samme juridiske værdi som traktaterne«. Selv før chartrets formelle ikrafttræden havde Domstolen allerede fastslået princippet om, at varetagelsen af Unionens optræden udadtil skal være i overensstemmelse med Unionens grundlæggende rettigheder¹⁵⁴.

196. Det fremgår ganske vist af forklaringerne til chartret¹⁵⁵, at chartrets artikel 21, stk. 2, »svarer til artikel 18, stk. 1, [TEUF] og skal anvendes i overensstemmelse med denne artikel«. Det fremgår endvidere af chartrets artikel 52, stk. 2, at de rettigheder, der anerkendes i chartret, og for hvilke der er fastlagt bestemmelser i traktaterne, udøves på de betingelser og med de begrænsninger, der er fastlagt deri. Det følger heraf, at chartrets artikel 21, stk. 2, skal fortolkes således, at den har den samme rækkevidde som artikel 18, stk. 1, TEUF.

197. Artikel 18, stk. 1, TEUF bestemmer, at »[i]nden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af disses særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt«. Denne bestemmelse står i denne traktats anden del, der har overskriften »Ikke-forskelsbehandling og unionsborgerskab«. Den vedrører situationer, der henhører under

149 – Som Kommissionen har anført i sit skriftlige indlæg, udgør de lokalt etablerede virksomheder en del af den udenlandske investor, og det er derfor begrundet at sidestille disse virksomheder med den udenlandske investor, der ejer eller kontrollerer dem.

150 – Lighedsprincippet er nævnt i artikel 21, stk. 1, TEU.

151 – Jf. bl.a. dom af 6.10.2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

152 – Jf. bl.a. dom af 19.7.2016, H mod Rådet og Kommissionen (C-455/14 P, EU:C:2016:569, præmis 41), og af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 72).

153 – Jf. bl.a. dom af 27.2.2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

154 – Jf. dom af 3.9.2008, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen (C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461, præmis 285).

155 – EUT 2007, C 303, s. 17.

EU-rettens anvendelsesområde, hvori en statsborger i en medlemsstat udsættes for forskelsbehandling i forhold til statsborgerne i en anden medlemsstat alene på grundlag af sin nationalitet. Den nævnte bestemmelse kan efter Domstolens opfattelse derfor ikke finde anvendelse i tilfælde af en eventuel forskellig behandling af statsborgere i medlemsstater og statsborgere i tredjelande¹⁵⁶.

198. Dette indebærer efter min opfattelse imidlertid ikke, at en international aftale, såsom CETA, ikke skal overholde ligebehandlingsprincippet, der udgør et almindeligt EU-retligt princip, som er fastsat i chartrets artikel 20¹⁵⁷.

199. Jeg tilføjer på dette punkt, at der ikke her rejses tvivl om den retspraksis, der tilsigter at bevare EU-institutionernes og -organernes mulighed for politisk handling på internationalt plan ved at give disse institutioner og organer mulighed for at foretage en forskellig behandling af tredjestater¹⁵⁸.

200. Hvad angår investeringsbeskyttelsen bemærker jeg, at det fremgår af punkt 6, litra a), i det fælles fortolkende instrument, at »CETA [...] ikke [medfører], at udenlandske investorer behandles mere gunstigt end nationale investorer«.

201. Hvad angår kontrollen af, om ligebehandlingsprincippet overholdes i forbindelse med indførelsen af ICS, skal det bemærkes, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet¹⁵⁹.

202. Flertallet af de regeringer, der har indgivet skriftlige indlæg, samt Rådet og Kommissionen er af den opfattelse, at Kongeriget Belgien med urette har taget udgangspunkt i den forudsætning, at de canadiske investorer, der foretager investeringer i Unionen, på den ene side, og de virksomheder fra Unionen, der foretager investeringer i Unionen, på den anden side, befinder sig i den samme situation.

203. Dette er netop ikke tilfældet, idet den ene kategori af de ovenfor nævnte virksomheder foretager internationale investeringer og den anden EU-interne investeringer, hvilket ikke kan sidestilles. De EU-interne investeringer vil i et vist omfang uundgåeligt være undergivet andre regler end de internationale investeringer. Der foreligger alene sammenlignelige situationer i de tilfælde, hvor canadiske virksomheder foretager investeringer i Unionen, på den ene side, og de tilfælde, hvor virksomheder fra Unionen foretager investeringer i Canada, på den anden side.

204. Den forskel, der består i den omstændighed, at de canadiske virksomheder, der foretager investeringer i Unionen, kan indbringe tvister for den i CETA omhandlede ret, mens virksomheder fra Unionen, der foretager investeringer i Unionen, ikke har denne mulighed, kan derfor ikke kvalificeres som »forskelsbehandling«. De nævnte procesdeltagere har ud fra en analogislutning henvist til Domstolens praksis, hvorefter en forskellig behandling af borgere, der er omfattet af regler, der fremgår af en aftale indgået mellem medlemsstater for at undgå dobbeltbeskatning, på den ene side, og borgere, der ikke er omfattet af sådanne regler, på den anden side, ikke udgør forskelsbehandling, idet situationen for disse to personkategorier ikke er sammenlignelig¹⁶⁰.

156 – Jf. i denne retning dom af 4.6.2009, Vatsouras og Koupatantze (C-22/08 og C-23/08, EU:C:2009:344, præmis 51 og 52), og af 7.4.2011, Francesco Guarnieri & Cie (C-291/09, EU:C:2011:217, præmis 20). Jf. ligeledes dom af 20.11.2017, Petrov m.fl. mod Parlamentet (T-452/15, EU:T:2017:822, præmis 39-41). For en opfattelse, hvorefter chartrets artikel 21, stk. 2, skal fortolkes således, at den finder anvendelse på forskellig behandling af unionsborgere og tredjelandsstatsborgere, jf. E. Bribosia, I. Rorive og J. Hislaire, »Article 21 – Non-discrimination«, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, s. 489-514, navnlig punkt 10 og 11.

157 – Jf. bl.a. dom af 22.5.2014, Glatzel (C-356/12, EU:C:2014:350, præmis 43).

158 – Jf. i denne forbindelse bl.a. dom af 21.12.2016, Swiss International Air Lines (C-272/15, EU:C:2016:993, præmis 25 ff.). Ifølge Domstolens faste praksis »findes der således ikke i EUF-traktaten noget almindeligt princip, som pålægger Unionen i dets forbindelser udadtil i enhver henseende at behandle forskellige tredjelande ens« (præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

159 – Jf. bl.a. dom af 7.3.2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

160 – Jf. dom af 5.7.2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, præmis 53-63).

205. Det vil under alle omstændigheder være fejlagtigt at fastslå, at de canadiske virksomheder, der foretager investeringer i Unionen, som følge af muligheden for at indgive en klage til den i CETA omhandlede ret befinder sig i en privilegeret situation i forhold til de virksomheder fra Unionen, der foretager investeringer i Unionen. Denne mulighed kompenserer blot for den omstændighed, at det ikke er muligt at påberåbe sig CETA direkte for parternes interne retter.

206. I lighed med flertallet af de procesdeltagere, der har indgivet skriftlige indlæg, er det min opfattelse, at det udelukkende er de investorer fra hver enkelt kontraherende part, der foretager investeringer på den anden kontraherende parts område, som befinder sig i sammenlignelige situationer.

207. Som den tyske regering med føje anførte i retsmødet, er den situation, som de canadiske investorer, der foretager investeringer i Unionen, befinder sig i, ikke sammenlignelig med den situation, som de europæiske investorer, der foretager investeringer inden for deres eget økonomiske område, befinder sig i. Det er ikke muligt at sammenligne de canadiske eller europæiske investorer med hensyn til de investeringer, som sidstnævnte foretager på den anden parts område. På grundlag af denne sammenligning bliver alle de investorer, der befinder sig i en sammenlignelig situation, behandlet på samme måde. Det er korrekt, at investorerne fra hver enkelt kontraherende part ikke har adgang til den i CETA omhandlede ret med hensyn til de investeringer, der foretages på området for den kontraherende part, som de tilhører. Som den tyske regering har anført, kan dette forklares ved den omstændighed, at disse investorer ikke har påtaget sig de risici og de omkostninger, der er forbundet med en investering i et udenlandsk økonomisk område, og at de udøver deres aktiviteter under kendte retlige rammer.

208. Jeg erindrer i øvrigt om, at forholdet mellem kontraherende parter som Unionen og dens medlemsstater, på den ene side, og Canada, på den anden side, ikke er baseret på gensidig tillid, og at dette er grunden til, at disse parter på gensidig basis ønsker at fastlægge en materiel og processuel beskyttelsesstandard i den påtænkte aftale. Den omstændighed, at de gensidige rettigheder og pligter, der er indført med CETA, kun finder anvendelse på investorer hidrørende fra den ene af de to kontraherende parter, er en naturlig følge af denne aftales bilaterale karakter¹⁶¹, der har til formål at beskytte investorer fra hver enkelt kontraherende part mod de ulemper, som de kan opleve, såfremt de foretager investeringer i den anden part. Det følger heraf, at en investor fra Unionen ikke befinder sig i den samme situation som en canadisk investor i forhold til en investering, der foretages inden for Unionens område.

209. Selv om de canadiske investorer, der foretager investeringer inden for Unionen, og de investorer fra Unionen, der foretager investeringer inden for Unionen, bør anses for at befinde sig i en sammenlignelig situation, er den omstændighed, at kun den første kategori af investorer kan anvende den ordning for tvistbilæggelse mellem investorer og stater, der er indført med CETA, objektivt begrundet i formålet om at tilskynde udenlandske investeringer på hver enkelt parts område.

210. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolen er af den opfattelse, at »[n]år det er konstateret, at to sammenlignelige situationer behandles forskelligt, er ligebehandlingsprincippet dog ikke tilsidesat, såfremt denne forskellige behandling er behørigt begrundet«¹⁶². Ifølge Domstolens faste praksis er dette tilfældet, »når den forskellige behandling beror på et lovligt formål, der tilstræbes med den foranstaltning, der har til virkning at indføre en sådan forskel, og når forskellen står i rimeligt forhold til dette formål«¹⁶³.

161 – Jf. i denne forbindelse generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699, punkt 75).

162 – Jf. bl.a. dom af 7.3.2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

163 – Ibidem, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis.

211. Som jeg allerede har anført, har Domstolen fastslået, at »Unionens institutioner og organer [...] i forbindelse med varetagelsen af de eksterne forbindelser [råder] over en stor frihed til at træffe politiske beslutninger«, og at »varetagelsen af de eksterne forbindelser [...] nødvendigvis [indebærer], at der træffes politiske valg«¹⁶⁴. Der skal derfor på dette område indrømmes EU-institutionerne en vid skønsbeføjelse, således at domstolskontrollen med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt en forskellig behandling beror på et lovligt formål, der tilstræbes med den foranstaltning, der har til virkning at indføre en sådan forskel, og om, hvorvidt denne forskelle står i rimeligt forhold til dette formål, begrænses til en prøvelse af, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn¹⁶⁵.

212. Det kan imidlertid ikke med rimelighed betvivles, at det formål, der tilstræbes med indførelsen af ICS, har karakter af et lovligt formål. Jeg henviser i denne forbindelse til punkt 173-178 i dette forslag til afgørelse, hvori jeg har anført, at indførelsen af ICS er forenelig med de formål, som Unionen er tillagt ved traktaterne i forbindelse med dens optræden udadtil, og navnlig i forbindelse med gennemførelsen af dens fælles handelspolitik, herunder formålet om at tilskynde udenlandske investeringer på grundlag af gensidighed. Den ordning for tvistbilæggelse mellem investorer og stater, der indføres med CETA, udgør en integrerende del af den ramme for beskyttelse, der er fastsat i denne aftale, således at forhandlerne af den nævnte aftale inden for rammerne af den skønsbeføjelse, som de er tillagt, med rette kunne være af den opfattelse, at CETA uden en sådan ordning, ikke på en lige så effektiv måde ville kunne nå det mål, der består i at tilskynde og tiltrække udenlandske investeringer.

213. Det følger efter min opfattelse af de ovenfor anførte betragtninger, at bestemmelserne i CETA's kapitel 8 ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet¹⁶⁶.

214. Hvad angår det andet led af Kongeriget Belgiens spørgsmål, der nærmere bestemt vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den i CETA omhandlede ret har mulighed for at neutralisere virkningerne af en bøde, som Kommissionen eller en af medlemsstaternes konkurrencemyndighed har pålagt, ved at tildele en canadisk investor erstatning med et tilsvarende beløb, er det i lighed med hovedparten af de procesdeltagere, der har indgivet skriftlige indlæg, min opfattelse, at flere regler mindsker risikoen for, at den i CETA omhandlede ret kan foranlediges til uden at overskride sin kompetence at fastslå, at en bøde, der er pålagt en canadisk investor i henhold til EU-konkurrenceretten, tilsidesætter en regel om investeringsbeskyttelse, der fremgår af CETA's kapitel 8.

215. Det skal således bemærkes, at CETA's artikel 8.9, stk. 1 og 2, anerkender de kontraherende parters ret til at regulere på deres områder med henblik på at gennemføre formål af offentlig interesse. Som Rådet med føje har anført i sit skriftlige indlæg, omfatter denne ret retten til at opretholde og gennemføre politikker, der har til formål at bekæmpe konkurrencebegrænsende adfærd inden for EU's indre marked¹⁶⁷.

164 – Jf. bl.a. dom af 21.12.2016, *Swiss International Air Lines* (C-272/15, EU:C:2016:993, præmis 24).

165 – Jf. i denne retning dom af 7.3.2017, *RPO* (C-390/15, EU:C:2017:174, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

166 – Jf. i samme retning afgørelse nr. 2017-749-DC fra Conseil constitutionnel (Frankrig) af 31.7.2017, om den samlede økonomi- og handelsaftale mellem Canada, på den ene side, og Den Europæiske Union og dens medlemsstater, på den anden side (JORF af 11.8.2017).

167 – Jeg erindrer i øvrigt om, at det af punkt 6, litra a), i det fælles fortolkende instrument fremgår, at CETA »indeholder moderne investeringsregler, der bevarer regeringernes ret til at regulere i offentlighedens interesse, også når de pågældende regler påvirker en udenlandsk investering, samtidig med at den sikrer et højt beskyttelsesniveau for investeringer og en fair og gennemsigtig tvistbilæggelse«. Det tilføjes i punkt 6, litra b), i det fælles fortolkende instrument, at »CETA præciserer, at regeringerne kan ændre deres love, uanset om dette måtte have en negativ indvirkning på en investering eller investors forventninger om fortjeneste«. Jf. ligeledes mere generelt punkt 2 i det nævnte fælles fortolkende instrument.

216. Det fremgår i øvrigt af artikel 17.2, stk. 1, der indgår i CETA's kapitel 17, som har overskriften »Konkurrencepolitik«, at »[p]arterne anerkender vigtigheden af fri og uhindret konkurrence i deres handelsrelationer. Parterne erkender, at konkurrencebegrænsende forretningsadfærd kan lægge hindringer i vejen for velfungerende markeder og underminere fordelene ved handelsliberalisering«. Det fremgår endvidere af samme artikels stk. 2, at »[p]arterne skal træffe passende foranstaltninger til at forbyde konkurrencebegrænsende forretningsadfærd, idet de anerkender, at sådanne foranstaltninger vil styrke opfyldelsen af målene i denne aftale«.

217. Når der henses til indholdet af CETA's artikel 8.9, stk. 1 og 2, og af denne aftales kapitel 17, forekommer risikoen for, at der sker en neutralisering af de afgørelser, som de kontraherende parter træffer med henblik på at pålægge sanktioner for konkurrencebegrænsende adfærd, efter min opfattelse at være strengt afgrænset.

218. Disse materielle garantier suppleres af de processuelle garantier, der er nævnt i min redegørelse ovenfor, og som består i dels en pligt for den i CETA omhandlede ret til i henhold til denne aftales artikel 8.31, stk. 2, at følge den fortolkning af den interne ret, der er fastlagt af den berørte kontraherende parts retter og myndigheder, dels om nødvendigt at korrigere en urigtig fortolkning, som denne ret måtte anlægge, gennem en appelordning eller Det Blandede Udvalgs mulighed for at vedtage bindende fortolkninger af CETA.

219. Det følger af disse betragtninger, at indførelsen af ICS efter min opfattelse ikke berører kravet om EU-konkurrencerettens effektivitet.

C. Om foreneligheden af afdeling F i CETA's kapitel 8 med retten til adgang til en uafhængig og upartisk domstol

220. Kongeriget Belgien ønsker oplyst, om afdeling F i CETA's kapitel 8 i sig selv, eller sammenholdt med ligebehandlingsprincippet som fastsat i chartrets artikel 20 og 21, er forenelig med chartrets artikel 47. Denne medlemsstat har i forbindelse med dette led i anmodningen om udtalelse endvidere henvist til praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørende EMRK's artikel 6.

221. Kongeriget Belgien har i denne forbindelse for det første anført, at den ordning, der er fastsat i denne afdeling F, kan gøre det uforholdsmæssig vanskeligt for små og mellemstore virksomheder at få adgang til den i CETA omhandlede ret, idet det fremgår af CETA's artikel 8.27, stk. 14, at honorarer og udgifter til de medlemmer, der behandler tvisten, skal betales af parterne i tvisten, og at det af CETA's artikel 8.39, stk. 5, fremgår, at såvel sagsomkostninger – der omfatter de omkostninger, der er afholdt af ICSID's sekretariat – som omkostninger til juridisk repræsentation og bistand afholdes af den tabende part, medmindre der foreligger særlige omstændigheder.

222. CETA indeholder endvidere ikke på nuværende tidspunkt en mulighed for at yde retshjælp, selv om retten til en sådan hjælp udtrykkeligt er fastsat i chartrets artikel 47, stk. 3, hvis en sådan hjælp er nødvendig for at sikre effektiv adgang til domstolsprøvelse, idet Domstolen i præmis 59 i dom af 22. december 2010, DEB¹⁶⁸, har præciseret, at denne ret omfatter virksomheder.

223. Risikoen for at blive tilpligtet at betale samtlige omkostninger i sager, der i sig selv er udgiftskrævende, kan afholde en investor, der kun råder over begrænsede økonomiske midler, fra at indgive en klage. Det kunne således antages, at CETA skader retten til adgang til domstolsprøvelse.

168 – C-279/09, EU:C:2010:811.

224. Kongeriget Belgien ønsker for det andet oplyst, om vilkårene for aflønning af de påtænkte retters medlemmer, som fastsat i CETA's artikel 8.27, stk. 12-15, og artikel 8.28, stk. 7, litra d), er forenelige med retten til adgang til »en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov«, som fastsat i chartrets artikel 47, stk. 2.

225. Eftersom disse aflønningsvilkår ikke i det væsentlige er fastsat i selve CETA, men i vidt omfang overladt til det skøn, der tilkommer Det Blandede Udvalg, som er oprettet ved CETA, kan det med føje betvivles, om disse vilkår er forenelige med principperne om magtadskillelse.

226. Kongeriget Belgien er i denne forbindelse af den opfattelse, at de nærmere bestemmelser for aflønning af dommere skal fastsættes på forhånd af lovgiver, og at de ikke kan fastsættes af den udøvende magt. Denne medlemsstat har i denne forbindelse henvist til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis og Magna Carta for dommere, som Europarådets rådgivende dommerkomité (CCJE) vedtog den 17. november 2010.

227. Den omstændighed, at CETA ikke foreskriver, at aflønningen af de påtænkte retters medlemmer ikke (eller i det mindste endnu ikke) består af en fast og regelmæssig løn, men et månedligt forskudshonorar med tillæg af et honorar for det antal dage, der er arbejdet med en tvist, kan endvidere vise sig ikke at være forenelig med retten til adgang til en uafhængig og upartisk domstol.

228. Kongeriget Belgien har i denne forbindelse henvist til artikel 6.1 i European Charter on the statute for judges, som Europarådet vedtog fra den 8. til den 10. juli 1998, hvoraf fremgår, at dommeres løn skal fastsættes »so as to shield them from pressures aimed at influencing their decisions and more generally their behavior within their jurisdiction, thereby impairing their independence and impartiality«. Kongeriget Belgien har endvidere henvist til forskellige anbefalinger vedtaget inden for rammerne af Europarådet, hvorefter aflønningen af dommere skal fastsættes efter en generel lønskala og ikke afhængigt af deres præstationer.

229. Det følger af de aflønningsvilkår, der på nuværende tidspunkt er fastsat i CETA, at aflønningen delvist vil afhænge af det antal tvister, som investorerne indbringer. Udviklingen af en retspraksis, der er fordelagtig for investorer, vil derfor kunne have en positiv indvirkning på aflønningen.

230. Kongeriget Belgien ønsker for det tredje oplyst, om den ordning for udnævnelse af de påtænkte retters medlemmer, der er fastsat i CETA's artikel 8.27, stk. 2 og 3, artikel 8.28, stk. 3, og artikel 8.28, stk. 7, litra c), er forenelig med chartrets artikel 47, stk. 2.

231. Kongeriget Belgien har anført, at disse medlemmer udnævnes af Det Blandede Udvalg, dvs. af den udøvende myndighed i henhold til CETA, som varetages i fællesskab af Canadas minister for international handel og det medlem af Kommissionen, der har ansvaret for handel (eller af deres respektive stedfortrædere)¹⁶⁹.

232. Det følger imidlertid af European Charter on the statute for judges, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol allerede har henvist til, og hvortil der endvidere er henvist i CCJE's anbefalinger, at når dommere udnævnes af den udøvende myndighed, skal denne udnævnelse nødvendigvis ske efter anbefaling fra en uafhængig myndighed, der er i overvejende grad er sammensat af personer fra den dømmende myndighed.

233. Kongeriget Belgien ønsker for det fjerde oplyst, om de betingelser for at fjerne medlemmer af de påtænkte retter, der er fastsat i CETA's artikel 8.28, stk. 4, og artikel 8.30, stk. 4, er forenelige med chartrets artikel 47, stk. 2.

169 – CETA's artikel 26.1, stk. 1.

234. Kongeriget Belgien har anført, at disse bestemmelser gør det muligt, at Det Blandede Udvalg på parternes fælles initiativ og uden klageadgang kan fjerne et medlem. Det følger imidlertid af European Charter on the statute for judges og af CCJE's anbefalinger, at enhver afgørelse om fjernelse af en dommer skal foretages af et uafhængigt organ, træffes i henhold til en retfærdig procedure, der overholder retten til forsvar, og kunne gøres til genstand for en appel til en højere retslig instans. Det bør under alle omstændigheder for at sikre dommernes uafhængighed ikke være muligt for den udøvende magt at fjerne dommere.

235. For det femte og sidste ønsker Kongeriget Belgien oplyst, om de etiske regler, som medlemmerne af de påtænkte retter i henhold til CETA's artikel 8.28, stk. 4, artikel 8.30, stk. 1, og artikel 8.44, stk. 2, skal overholde, er forenelig med chartrets artikel 47, stk. 2.

236. Kongeriget Belgien har anført, at disse bestemmelser i det væsentlige foreskriver, at de nævnte medlemmer skal overholde Det Internationale Advokatforbunds (*International Bar Association*, herefter »IBA«) retningslinjer om interessekonflikter i internationale voldgiftssager, som IBA's bestyrelse godkendte den 22. maj 2004 (herefter »retningslinjerne«), i afventning af, at Udvalget for Tjenesteydelser og Investeringer vedtager en adfærdskodeks.

237. Det følger imidlertid af CCJE's anbefalinger og Magna Carta for dommere, at de fagetiske regler, der gælder for dommerne, skal hidrøre fra dommerne selv. Dommerne skal i det mindste spille en væsentlig rolle i forbindelse med vedtagelsen af disse regler.

238. Kongeriget Belgien har bemærket, at retningslinjerne er rettet til voldgiftsmænd og ikke dommere. Der kan imidlertid gælde forskellige standarder for uafhængighed og upartiskhed for henholdsvis voldgiftsmænd og dommere.

239. Kongeriget Belgien har endvidere bemærket, at selv om det er korrekt, at det af CETA's artikel 8.30, stk. 1, fremgår, at medlemmerne skal »afholde sig fra at handle som rådgivere eller som eksperter eller vidner udpeget af en part i tvisten i eventuelle verserende eller nye investeringstvister, som falder ind under denne eller enhver anden international aftale«, kræver denne bestemmelse til gengæld ikke, at de skal give oplysninger om deres supplerende aktiviteter, og så meget desto mere heller ikke, at disse aktiviteter skal gøres til genstand for et forudgående samtykke. Det fremgår imidlertid af de relevante internationale instrumenter, såsom European Charter on the statute for judges, at udøvelsen af anden lønnet virksomhed skal opgives og kræver indhentelse af et forudgående samtykke.

1. Generelle bemærkninger

240. Med henblik på at besvare de af Kongeriget Belgien forelagte spørgsmål erindrer jeg om, at Unionen, når den inden for rammerne af sine kompetence påtænker at indgå en international aftale, er underlagt kravet om overholdelse af de grundlæggende rettigheder¹⁷⁰, herunder dem, der er fastsat i chartrets artikel 47. Når Rådet ønsker at indgå en international aftale, hvorved der etableres en tvistbilæggelsesordning som den, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, skal det derfor sikre, at betingelserne for adgang til denne ordning og de nærmere bestemmelser for dens funktionsmåde er i overensstemmelse med de i Unionen sikrede grundlæggende rettigheder.

170 – Jf. punkt 195 i dette forslag til afgørelse.

241. Domstolen har med hensyn til retsinstanser, der i henhold til EU-retten som »retter« henhører under hver enkelt medlemsstats retsmiddel- og proceduresystem på de områder, der er omfattet af EU-retten, fastslået, at »bevarelsen af disse retsinstansers uafhængighed [er] afgørende, hvilket bekræftes af chartrets artikel 47, stk. 2, der nævner adgangen til en »uafhængig« domstol som et af de krav, der er forbundet med den grundlæggende ret til effektive retsmidler«¹⁷¹.

242. Når dette er sagt, skal det straks bemærkes, at der i forbindelse med den vurdering, som Kongeriget Belgien har anmodet Domstolen om at foretage af forskellige aspekter ved ICS' organisering og funktion, efter min opfattelse ikke kan ses bort fra den omstændighed, at den model, som forhandlerne af CETA har valgt, er kendetegnet ved visse originale karakteristika, der giver modellen en sammensat karakter i form af et kompromis mellem en voldgiftsret og en international domstol. Den tvistbilæggelsesordning, der indføres ved CETA, har således ikke blot de karakteristiske egenskaber, der kendetegner en domstol, men også de egenskaber, der er kendetegnende for international voldgift. Selv om benævnelsen »ret« er anvendt i den påtænkte aftale, hvilket kan lede tanken hen på, at der er tale om en egentlig domstol, er der imidlertid tale om en ordning, der er inspireret af voldgiftsreglerne. Det fremgår således udtrykkeligt af afdeling F i CETA's kapitel 8, at denne aftale har taget afsæt i investeringsvoldgiftsreglerne, navnlig i artikel 8.23 om indgivelse af en klage til retten, artikel 8.25 om samtykke til bilæggelse af tvisten ved retten, artikel 8.36 om gennemsigtighed i procedurerne og artikel 8.41 om håndhævelse af voldgiftskendelser. Hvad angår aflønningen af rettens medlemmer og de etiske regler indeholder henholdsvis CETA's artikel 8.27, stk. 14, og artikel 8.30, stk. 1, endvidere en henvisning til de gældende regler på voldgiftsområdet. Endelig skal det bemærkes, at den i CETA omhandlede ret ikke afsiger domme, men kendelser.

243. Det er korrekt, at de kontraherende parter har tilkendegivet et ønske om at gå i retning af et nyt system, der er inspireret af eksisterende domstolsordninger inden for disse parters retsordener¹⁷². Som Kommissionen med føje anførte i retsmødet, indebærer den omstændighed, at der er hentet inspiration fra domstolsordninger, imidlertid ikke, at dette organ får karakter af en domstol i dette udtrykks bredeste forstand, men heller ikke, at der kun er tale om en traditionel voldgiftsinstans.

244. De af Kongeriget Belgien forelagte spørgsmål er imidlertid baseret på den forudsætning, at den ordning for tvistbilæggelse mellem investorer og stater, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, skal sidestilles med en egentlig domstol. Med udgangspunkt i denne forudsætning har denne medlemsstat rejst tvivl om flere aspekter ved denne ordnings organisering og funktion i forhold til de standarder, der gælder for domstole. Når der henses til den nævnte ordnings sammensatte karakter, forekommer denne forudsætning mig imidlertid fejlagtig. Det følger heraf, at den standard for uafhængighed og upartiskhed, der gælder for et organ af denne type, skal være i overensstemmelse med de særlige krav, der er nævnt ovenfor.

171 – Jf. bl.a. dom 25.7.2018, Minister for Justice and Equality (mangler ved domstolssystemet) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen fastslog i denne dom, at »kravet om dommers uafhængighed er en del af kerneindholdet af den grundlæggende ret til en retfærdig rettergang, der har afgørende betydning som garant for beskyttelsen af samtlige de rettigheder, som borgerne afleder af EU-retten, og for bevarelsen af medlemsstaternes fælles værdier, der er nævnt i artikel 2 TEU, bl.a. retsstatsprincippet« (præmis 48). Domstolen fastslog endvidere i dom af 14.6.2017, Online Games m.fl. (C-685/15, EU:C:2017:452), at »[h]vad angår den i chartrets artikel 47, stk. 2, fastsatte adgang til en uafhængig og upartisk domstol omfatter begrebet uafhængighed, der er uløseligt forbundet med domstolsfunktionen, to aspekter. Det første, eksterne, aspekt forudsætter, at organet er beskyttet mod indgreb og pres udefra, der kan bringe dets medlemmers uafhængige bedømmelse af de tvister, de får forelagt, i fare« (præmis 60). Domstolen anførte endvidere, at »[d]et andet, interne, aspekt hænger sammen med begrebet upartiskhed og vedrører det forhold, at der skal være den samme afstand til tvistens parter og deres respektive interesser for så vidt angår tvistens genstand. Dette aspekt [...] fordrer objektivitet og en fuldstændig mangel på interesse i sagens udfald ud over den strikte anvendelse af retsregler« (præmis 61). Domstolen var af den opfattelse, at »[d]isse garantier om uafhængighed og upartiskhed forudsætter, at der findes regler – bl.a. vedtægtsmæssige og processuelle regler – som gør det muligt at fjerne enhver rimelig tvivl i offentligheden om, at organet er uimodtageligt for påvirkninger udefra og neutralt i forhold til de interesser, som står over for hinanden« (præmis 62).

172 – Jf. punkt 6, litra f), i det fælles fortolkende instrument.

245. Domstolens bedømmelse bør i denne sammenhæng efter min opfattelse tage hensyn til konstateringen af, at forhandlerne af den påtænkte aftale har opnået at nå til enighed om en model, der på en række punkter medfører forbedringer i forhold til de gældende regler inden for klassisk investeringsvoldgift i form af såvel gennemsigtighed i procedurerne som uafhængighed i forbindelse med klagebehandlingen. Selv om en model af denne type ganske vist altid kan forbedres, bør Domstolen efter min opfattelse tage hensyn til, at der er tale om en model, som er blevet forhandlet bilateralt på basis af gensidighed, og i dette lys foretage en bedømmelse af, om denne model indeholder et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau.

246. I lighed med det ovenfor anførte bør den vurdering, som Kongeriget Belgien har anmodet om, endvidere foretages under hensyntagen til den omstændighed, at den model, der indføres med afdeling F i CETA's kapitel 8, kun udgør den første etape mod etableringen af en multilateral investeringsret og appelordning, således som det fremgår af den hensigt, som de kontraherende parter har tilkendegivet i CETA's artikel 8.29¹⁷³. Der skal derfor efter min opfattelse tages hensyn til, at den ordning, der er genstand for undersøgelsen, har karakter af et forsøg i løbende udvikling.

247. Det skal i øvrigt bemærkes, at de processuelle bestemmelser, der er indeholdt i afdeling F i CETA's kapitel 8, på flere punkter kræver, at Det Blandede Udvalg eller Udvalget for Tjenesteydelser og Investeringer vedtager regler med henblik på at gennemføre disse processuelle bestemmelser. Kommissionen har i forbindelse med den foreliggende anmodning om udtalelse over for Domstolen oplyst, at den har igangsat arbejder vedrørende, for det første, appelrettens organisering og funktion, for det andet, en bindende adfærdskodeks, der har til formål at styrke de garantier for upartiskhed og uafhængighed, der gælder for retsmedlemmer og mæglere, og, for det tredje, regler om mægling, som parterne i tvisten kan anvende. Domstolen bør efter min opfattelse tage hensyn til de forpligtelser, som de kontraherende parter har påtaget sig med henblik på at præcisere de processuelle garantier, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, som ikke kan indeholde samtlige detaljer vedrørende ICS' organisering og funktion.

248. For at besvare det spørgsmål, som Kongeriget Belgien flere gange har nævnt i anmodningen om udtalelse, forekommer det mig, når der henses til de rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 47, endvidere ikke kritisabelt, at et organ, der inden for rammerne af en international aftale som CETA er sammensat paritetisk af repræsentanter for Unionen og repræsentanter for Canada, som træffer afgørelse ved fælles overenskomst¹⁷⁴, såsom Det Blandede CETA-Udvalg, der er fastsat i denne aftales artikel 26¹⁷⁵, har til opgave at gennemføre flere af de bestemmelser, der vedrører ICS' organisering og funktion, idet afdeling F i CETA's kapitel 8 opstiller den generelle ramme for denne ordning ved at fastsætte de grundlæggende karakteristika for denne ordning.

249. Som flere procesdeltagere har anført, tilskynder den todelte og paritetiske sammensætning af Det Blandede Udvalg og den omstændighed, at dette udvalg træffer afgørelser ved fælles overenskomst, til, at dette udvalg træffer afgørelser, der er i overensstemmelse med de regler, der er indeholdt i afdeling F i CETA's kapitel 8. For at det nævnte udvalg kan træffe en afgørelse, skal den nemlig have tilslutning fra Unionen og dens medlemsstater, på den ene side, og Canada, på den anden side, idet hver enkelt kontraherende part kan modsætte sig en afgørelse, som efter dens opfattelse vil fravige principperne om uafhængighed og upartiskhed eller retten til en effektiv domstolsprøvelse. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at hver enkelt kontraherende part ved hjælp af den gensidighed, der er et centralt element i den påtænkte aftale, vil blive foranlediget til at træffe afgørelser, der er egnet til

173 – Jf. ligeledes i samme retning punkt 6, nr. i), i det fælles fortolkende instrument og erklæring nr. 36.

174 – Jf. CETA's artikel 26.3, stk. 3.

175 – Udvalget for Tjenesteydelser og Investeringer har karakter af et specialudvalg, der er nedsat under Det Blandede CETA-udvalg [jf. CETA's artikel 26.2, stk. 1, litra b)].

sikre sine investorer, når de udøver deres aktiviteter på den anden kontraherende parts område, en tvistbilæggelse, der opfylder kravene om hurtighed, faglighed, uafhængighed og upartiskhed. Det samme gør sig endvidere gældende for hver enkelt kontraherende parts interesse, når denne part optræder som indklaget i forbindelse med en tvist.

250. Jeg tilføjer, at det standpunkt, som Unionen indtager i Det Blandede CETA-udvalg, skal fastlægges i henhold til artikel 218, stk. 9, TEUF, hvilket indebærer, at et sådant standpunkt skal overholde kravene i EU-retten, herunder de grundlæggende rettigheder, og dette under Domstolens kontrol¹⁷⁶.

251. Det er på grundlag af disse betragtninger, at jeg i det følgende vil redegøre for de processuelle garantier, der efter min opfattelse gør det muligt i forhold til hvert enkelt af de aspekter, som Kongeriget Belgien har fremhævet, at sikre et tilstrækkeligt niveau for beskyttelse af retten til adgang til en uafhængig og upartisk domstol, der er fastsat i chartrets artikel 47.

2. Om små og mellemstore virksomheders adgang til den i CETA omhandlede ret

252. Jeg erindrer om, at den i CETA omhandlede ret ikke har enekompetence til at tage stilling til søgsmål, der anlægges af udenlandske investorer inden for området for investeringsbeskyttelse. Den udgør alene en alternativ tvistbilæggelsesform inden for dette område, der vedrører anvendelsen af CETA, og som supplerer de retsmidler, som de kontraherende parter stiller til rådighed. Eftersom de kontraherende parter interne ret indeholder passende beskyttelsesregler¹⁷⁷, forhindrer indførelsen af ICS således ikke udenlandske investorer i at søge beskyttelse af deres investeringer ved at anlægge sag ved de kontraherende parter retter med henblik på at bringe parternes interne ret i anvendelse. Disse investorer vil således være omfattet af de processuelle garantier, herunder retshjælp, der ydes ved de kontraherende parter retter.

253. Når udenlandske investorer foretager det modsatte valg af at indbringe en klage for den i CETA omhandlede ret, giver de i øvrigt frivilligt afkald¹⁷⁸ på at anlægge sag ved de kontraherende parter retter og dermed på de processuelle garantier, der kan påberåbes for disse retter.

254. De kontraherende parter har under alle omstændigheder taget hensyn til den bekymring, som Kongeriget Belgien har givet udtryk for om hensynet til den økonomiske situation hos de investorer, der ønsker at indgive en klage for den i CETA omhandlede ret, navnlig når der er tale om små og mellemstore virksomheder, hvilket indebærer, at der kan gives en besvarelse, som gør det muligt at sikre en effektiv adgang til denne tvistbilæggelsesform.

255. Selv om den regel, der er fastsat i CETA's artikel 8.39, stk. 5, hvoraf fremgår, at sagsomkostninger og andre rimelige omkostninger, herunder omkostninger til juridisk repræsentation og bistand, skal afholdes af den part i tvisten, der ikke får medhold, forfølger et lovligt formål, der består i at modvirke procedurer, der har karakter af misbrug, gør selve denne bestemmelse det muligt for retten at fravige denne regel, når dette er begrundet under »hensyntagen til sagens omstændigheder«, hvilket efter min opfattelse kan fortolkes således, at dette omfatter klagerens økonomiske situation¹⁷⁹. Retten har således et vist råderum med hensyn til at ændre en mekanisk anvendelse, der i visse særlige tilfælde kan være for alt for streng, af princippet om, at sagsomkostninger og andre omkostninger skal afholdes af den part, der ikke får medhold.

176 – Jf. i denne retning udtalelse 1/00, præmis 39.

177 – Hvilket der, for så vidt angår Unionen og dens medlemsstater, næppe kan herske tvivl om.

178 – Jf., hvad angår investorens samtykke til bilæggelse af tvisten ved retten i overensstemmelse med de procedurer, der er fastsat i afdeling F i CETA's kapitel 8, denne aftales artikel 8.22, stk. 1, litra a). Hvad angår af tilbagekaldelse, ophævelse eller frafald af en sag, der er anlagt ved de kontraherende parter retter, jf. CETA's artikel 8.22, stk. 1, litra f) og g).

179 – Det fremgår endvidere af CETA's artikel 8.39, stk. 5, at »[e]r der kun givet medhold i dele af påstandene, fordeles omkostningerne proportionalt med antallet eller omfanget af de påstande, der er givet medhold«.

256. Jeg skal som foranstaltning, der gør det muligt at mindske sagsomkostningerne, også nævne CETA's artikel 8.27, stk. 9, der giver parterne i tvisten mulighed for at »aftale, at en sag skal høres af et enkelt medlem af retten, der udnævnes tilfældigt blandt de medlemmer, der er tredjelandstatsborgere. Den indklagede skal velvilligt overveje en anmodning fra klager om at få sagen behandlet af et enkelt medlem af retten, navnlig når klager er en lille eller mellemstor virksomhed [...]«. Det skal endvidere bemærkes, således som det fremgår af CETA's artikel 8.19, at der tilskyndes til en mindelig løsning af tvisten, idet der i denne forbindelse etableres en konsultationsordning mellem parterne¹⁸⁰. Det fremgår af CETA's artikel 8.19, stk. 3, at »[p]arterne i tvisten [...] i givet fald [kan] gennemføre konsultationer via videokonference eller andre midler, f.eks. når investor er en lille eller mellemstor virksomhed«.

257. Endelig fremgår det af CETA's artikel 8.39, stk. 6, at »Det Blandede CETA-Udvalg behandler supplerende regler, der har til formål at mindske den finansielle byrde for de klagere, som er fysiske personer eller små og mellemstore virksomheder. Sådanne supplerende regler kan navnlig tage hensyn til sådanne klagers finansielle ressourcer og til størrelsen af den søgte kompensation«.

258. Der er tale om en problemstilling, som er taget i betragtning i erklæring nr. 36, der indeholder følgende forpligtelser:

»Adgangen til denne nye ret for de mest sårbare brugere, dvs. [små og mellemstore virksomheder] og privatpersoner, vil blive forbedret og lettet. Med henblik herpå:

- at [D]et [B]blandede [U]dvalgs vedtagelse af supplerende regler, jf. artikel 8.39, stk. 6, i CETA[-aftalen], der har til formål at mindske den finansielle byrde for de klagere, som er fysiske personer eller små og mellemstore virksomheder, vil blive fremmet, således at disse supplerende regler kan vedtages hurtigst muligt
- at Kommissionen, uafhængigt af udfaldet af drøftelserne i [D]et [B]blandede [U]dvalg, vil foreslå passende foranstaltninger til offentlig (med)finansiering af små og mellemstore virksomheders søgsmål ved denne ret såvel som teknisk bistand.«

259. På baggrund af disse betragtninger er det min opfattelse, at afdeling F i CETA's kapitel 8 ikke udgør et indgreb i den ret til adgang til domstolsprøvelse, der er fastsat i chartrets artikel 47.

3. Om vilkårene for aflønning af rettens og appelrettens medlemmer

260. Jeg bemærker, at CETA's artikel 8.27, stk. 12-15, fastsætter de væsentlige karakteristika for ordningen for aflønning af den i CETA omhandlede rets medlemmer, nemlig i første omgang et månedligt forskudshonorar, der betales ligeligt af de to parter, og som suppleres af de honorarer og udgifter, der er fastsat i henhold til artikel 14, stk. 1, i administrations- og finansreglerne under ICSID-konventionen, og som af retten fordeles mellem parterne i tvisten i overensstemmelse med CETA's artikel 8.39, stk. 5. Denne todeltede aflønning af den i CETA omhandlede rets medlemmer, der omfatter en fast del og en del, der er afhængig af omfanget og kompleksiteten af de tvister, som forelægges denne ret, hænger sammen med den sammensatte karakter af den tvistbilæggelsesordning, der indføres, og med den omstændighed, at disse medlemmer i det mindste i første omgang ikke vil være fuldt beskæftigede ved retten. Rettens medlemmers uafhængighed og upartiskhed synes efter min opfattelse i øvrigt heller ikke som sådan at blive påvirket af den regel, der er fastsat i CETA's artikel 8.27, stk. 12, hvoraf fremgår, at det månedlige forskudshonorar fastsættes af Det Blandede CETA-Udvalg¹⁸¹.

180 – Jf. i samme retning ligeledes CETA's artikel 8.20, der giver parterne i tvisten mulighed for at anvende mægling.

181 – Jeg henviser på dette punkt til mine generelle bemærkninger om Det Blandede CETA-Udvalg (jf. punkt 248-250 i dette forslag til afgørelse). Jf. ligeledes, hvad angår aflønning af appelrettens medlemmer, CETA's artikel 8.28, stk. 7, litra d).

261. Det samme gør sig efter min opfattelse gældende for den regel, der er fastsat i CETA's artikel 8.27, stk. 15, der gør det muligt at indlede en anden etape, hvorefter »Det Blandede CETA-Udvalg [...] ved beslutning [kan] ændre forskudshonoraret og andre honorarer og afgifter og udgifter til en fast løn samt fastlægge nærmere bestemmelser og betingelser«. Denne regel svarer til det ønske, der er udtrykt i erklæring nr. 36, om, at der »skal ske en udvikling i retning af fuldtidsansatte dommere«, og afspejler, at den ordning, som de kontraherende parter har ønsket, har udviklende karakter og gradvist skal antage de karakteristika, der kendetegner en egentlig domstol.

4. Om betingelserne vedrørende udnævnelse og eventuel fjernelse af rettens og appelrettens medlemmer

262. Proceduren for udnævnelse af rettens og appelrettens medlemmer er fastsat i CETA's artikel 8.27, stk. 2 og 3, og artikel 8.28, stk. 3 og 7, hvoraf bl.a. fremgår, at de udnævnes ved en afgørelse truffet af Det Blandede CETA-Udvalg.

263. Afdeling F i CETA's kapitel 8 indeholder de grundlæggende regler, der gør det muligt at fastlægge rammerne for denne gennemførelsesbeføjelse, der er tillagt Det Blandede CETA-Udvalg, med henblik på at sikre uafhængigheden og upartiskheden hos de medlemmer, der udnævnes.

264. Det fremgår således af CETA's artikel 8.27, stk. 4, at Det Blandede Udvalg skal foretage sit valg blandt kandidater, der »ha[r] de kvalifikationer, der er påkrævet i deres respektive lande til at varetage retslige funktioner eller være jurister med anerkendt faglig kompetence«. Det fastsættes endvidere i denne samme bestemmelse, at »[d]e skal have dokumenteret erfaring inden for folkeret«, og at »[d]et er ønskeligt, at de især har ekspertise inden for international investeringslovgivning, international handelsret og bilæggelse af tvister i forbindelse med internationale investeringer eller internationale handelsaftaler«¹⁸².

265. Når rettens og appelrettens medlemmer er udnævnt, har de pligt til at overholde CETA's artikel 8.30, der har overskriften »Ethiske regler«, hvis stk. 1 nærmere bestemt har til formål at sikre deres uafhængighed og upartiskhed¹⁸³.

266. I henhold til CETA's artikel 8.30, stk. 4, kan »[parterne e]fter begrundet henstilling fra rettens formand eller efter fælles initiativ [...] ved afgørelse truffet af Det Blandede CETA-Udvalg fjerne et medlem fra retten, hvis hans eller hendes adfærd er i strid med de forpligtelser, der er fastlagt i stk. 1, og uforenelig med hans eller hendes fortsatte medlemskab af retten«.

267. De ovenfor nævnte garantier, der følger af den todelte og paritetiske sammensætning af Det Blandede Udvalg og af den omstændighed, at dette udvalg træffer afgørelser ved fælles overenskomst, gør det efter min opfattelse muligt at fastslå, at hverken udnævnelsen eller den eventuelle fjernelse af et medlem af retten eller appelretten skal opfylde andre betingelser end dem, der er fastsat i henholdsvis CETA's artikel 8.27, stk. 4, og artikel 8.30, stk. 1.

182 – Jf., hvad angår appelretten, CETA's artikel 8.28, stk. 4.

183 – Ibidem.

5. Om de etiske regler, der finder anvendelse på rettens og appelrettens medlemmer

268. Der skal henvises til CETA's artikel 8.30, stk. 1, der indeholder præcise regler, som har til formål at sikre uafhængigheden og upartiskheden hos rettens og appelrettens medlemmer:

»Medlemmerne af retten skal være uafhængige. De må ikke være tilknyttet nogen regering¹⁸⁴. De må ikke modtage instruktioner fra nogen organisation eller regering i spørgsmål vedrørende tvisten. De må ikke deltage i behandlingen af tvister, der ville kunne skabe en direkte eller indirekte interessekonflikt. De skal overholde [...] retningslinjer[ne] og supplerende regler vedtaget i henhold til artikel 8.44[, stk.] 2. De skal desuden efter deres udnævnelse afholde sig fra at handle som rådgivere eller som eksperter eller vidner udpeget af en part i tvisten i eventuelle verserende eller nye investeringstvister, som falder ind under denne eller enhver anden international aftale.«

269. For at sikre overholdelsen af disse krav skal der ud over CETA's artikel 8.30, stk. 4, som jeg allerede har henvist til, henvises til denne aftales artikel 8.30, stk. 2, der fastsætter muligheden for, at en part i en tvist, der finder, at et medlem af retten befinder sig i en interessekonflikt, kan »opfordre formanden for Den Internationale Domstol til at træffe afgørelse om indsigelsen mod udpegelsen af et sådant medlem«.

270. De bestemmelser om uafhængighed og upartiskhed, der er indeholdt i afdeling F i CETA's kapitel 8, skal suppleres af en adfærdskodeks, som i henhold til CETA's artikel 8.44, stk. 2, skal vedtages af Udvalget for Tjenesteydelser og Investeringer¹⁸⁵. Det fremgår af denne bestemmelse, at denne kodeks kan vedrøre spørgsmål som oplysningsforpligtelser, uafhængighed og upartiskhed og fortrolighed. Denne adfærdskodeks vil således bidrage til at præcisere og styrke de garantier, der allerede udtrykkeligt fremgår af CETA's artikel 8.30, stk. 1, med henblik på at undgå interessekonflikter, navnlig med hensyn til medlemmernes udøvelse af anden virksomhed og det forudgående samtykke i denne forbindelse¹⁸⁶.

271. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte grunde er jeg under behørig hensyntagen til de generelle bemærkninger, som jeg har fremsat, af den opfattelse, at de bestemmelser, der er indeholdt i afdeling F i CETA's kapitel 8, ikke er i strid med retten til adgang til en uafhængig og upartisk domstol, som fastsat i chartrets artikel 47, for så vidt som disse bestemmelser sikrer et niveau for beskyttelse af denne ret, der er tilpasset de specifikke karakteristika, der kendetegner den ordening for tvistbilæggelse mellem investorer og stater, der er fastsat i denne afdeling.

184 – Det fremgår i denne forbindelse af den fodnote, der er anført på dette sted i teksten, at »[d]et præciseres, at det forhold, at en person modtager vederlag fra en regering, ikke i sig selv udelukker denne person fra at blive valgt«. Kommissionen anførte på dette punkt i retsmødet, at den kategori, der særligt er omfattet af denne præcisering, er universitetsprofessorer, der modtager vederlag fra staten, men som også opfylder kravene til uafhængighed og upartiskhed. Kommissionen henviste endvidere til den kategori af personer, der modtager pensionsydelse fra staten. Det er under alle omstændigheder klart, at disse personer fortsat er omfattet af samtlige de regler, der er fastsat i CETA's artikel 8.30 med henblik på at undgå og i givet fald pålægge en sanktion for en eventuel interessekonflikt, der ville kunne påvirke deres uafhængighed og upartiskhed.

185 – Det fremgår af denne bestemmelses andet afsnit, at »[p]arterne skal bestræbe sig på at sikre, at adfærdskodeksen vedtages senest den første dag for den midlertidige anvendelse eller ikrafttræden af denne aftale, alt efter tilfældet, og under alle omstændigheder ikke senere end to år efter denne dato«. Jf. ligeledes punkt 6, litra f), i det fælles fortolkende instrument og erklæring nr. 36, hvoraf fremgår, at »[d]e etiske krav for medlemmerne af retterne, [...] udarbejdes i detaljer snarest muligt [...], i en obligatorisk og bindende adfærdskodeks«.

186 – Den tyske regering har i sit skriftlige indlæg i denne forbindelse anført, at den generelle regel nr. 3 i IBA's retningslinjer, som rettens og appelrettens medlemmer i henhold til CETA's artikel 8.30, stk. 1, skal overholde, foreskriver en oplysningsforpligtelse med hensyn til samtlige de elementer, der kan påvirke mæglernes uafhængighed eller upartiskhed.

IV. Forslag til afgørelse

272. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at afgive følgende udtalelse:

»Afdeling F i kapitel 8 i den samlede økonomi- og handelsaftale (CETA) mellem Canada, på den ene side, og Den Europæiske Union og dens medlemsstater, på den anden side, der indfører en ordning for bilæggelse af investeringstvister mellem investorer og stater, er forenelig med traktaten om Den Europæiske Union, traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.«