



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 1. juli 2021¹

Sag C-638/19 P

**Europa-Kommissionen
mod**

**European Food SA,
Starmill SRL,
Multipack SRL,
Scandic Distilleries SA,
Ioan Micula,
Viorel Micula,
European Drinks SA,
Rieni Drinks SA,
Transilvania General Import-Export SRL,
West Leasing SRL, tidligere West Leasing International SRL**

»Appel – statsstøtte – voldgift – støtte som følge af udbetaling af erstatning tilkendt af en voldgiftsret til visse erhvervsdrivende – bilateral investeringsaftale – anvendelse af EU-retten«

I. Indledning

1. Den vanskelige afvejning mellem EU-retten og investeringsvoldgiftslovgivningen har givet anledning til adskillige spørgsmål, som Achmea-dommen² ikke vil være tilstrækkelig til at afklare. Den foreliggende sag er et eksempel på denne konflikt, og den giver således Domstolen en velkommen lejlighed til – under henvisning til den tankegang, der ligger til grund for denne dom – yderligere at præcisere de principper, der gælder for spørgsmålet vedrørende voldgiftssagers forenelighed med EU-retten, når disse sager er baseret på bilaterale investeringsaftaler mellem to medlemsstater, og i den særlige sammenhæng, hvor en voldgiftssag er indledt på grundlag af en bilateral investeringsaftale indgået mellem to medlemsstater, inden den stat, som er part i voldgiftssagen, tiltrådte Den Europæiske Union.

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Dom af 6.3.2018 (C-284/16, herefter »Achmea-dommen«, EU:C:2018:158).

2. Denne sag befinder sig i grænsefladen mellem investeringsvoldgift og statsstøttere­gler og er derfor ligeledes en mulighed for at undersøge spørgsmålet om omfanget af Europa-Kommissionens kompetence i henhold til artikel 107 TEUF og 108 TEUF i en sådan sammenhæng.

3. Kommissionen har i sit appelskrift nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 18. juni 2019, European Food SA m.fl. mod Kommissionen (T-624/15, T-694/15 og T-704/15, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2019:423), hvorved Retten annullerede Kommissionens afgørelse (EU) 2015/1470 af 30. marts 2015 om statsstøtte nr. SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) gennemført af Rumænien – Voldgiftskendelse i Micula mod Rumænien af 11. december 2013 (EUT 2015, L 232, s. 43, herefter »den omtvistede afgørelse«).

II. Retsforskrifter

A. ICSID-konventionen

4. Konventionen om bilæggelse af investeringstvister mellem stater og andre landes statsborgere af 18. marts 1965 (herefter »ICSID-konventionen«), der trådte i kraft for Rumæniens vedkommende den 12. oktober 1975, bestemmer i artikel 53, stk. 1:

»Kendelsen er bindende for parterne og kan ikke underkastes appel eller anden fornyet prøvelse bortset fra de i denne konvention angivne prøvelsesmuligheder. Enhver part skal rette sig efter og efterkomme kendelsens bestemmelser [...]«

5. ICSID-konventionens artikel 54, stk. 1, bestemmer:

»Enhver kontraherende stat skal anerkende en kendelse afsagt i henhold til denne konvention som bindende og inden for sit territorium fuldbyrde de pengeforpligtelser pålagt ved denne kendelse, som var den en endelig retsafgørelse truffet af en domstol i denne stat [...]«

B. 1995-aftalen

6. Europaaf­ta­len om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Rumænien på den anden side³ (herefter »1995-aftalen«), som trådte i kraft den 1. februar 1995, bestemte i artikel 64, stk. 1 og 2:

»1. Følgende er uforeneligt med aftalens rette funktion, i det omfang det kan påvirke samhandelen mellem Fællesskabet og Rumænien:

[...]

iii) al offentlig støtte, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner.

³ – EFT 1994, L 357, s. 2.

2. Alle former for praksis, der strider mod denne artikels bestemmelser, skal vurderes på grundlag af kriterier, som udformes på basis af anvendelsen af [artikel 101 TEUF, 102 TEUF og 107 TEUF].«

7. 1995-aftalens artikel 69 og 71 pålagde Rumænien at tilnærme sin nationale lovgivning til gældende fællesskabsret.

C. Investeringsaftalen

8. Den bilaterale investeringsaftale, der den 29. maj 2002 er indgået mellem Kongeriget Sveriges regering og den rumænske regering om gensidig fremme og beskyttelse af investeringer (herefter »investeringsaftalen«), trådte i kraft den 1. juli 2003 og bestemmer følgende i artikel 2, stk. 3:

»Hver af de kontraherende parter skal til enhver tid sikre en rimelig og retfærdig behandling af investeringer, der foretages af den anden kontraherende parts investorer, og må ikke gennem vilkårlige eller diskriminerende foranstaltninger hindre de nævnte investorers administration, forvaltning, opretholdelse, anvendelse, nydelse eller overdragelse af de pågældende investeringer.«

9. Investeringsaftalens artikel 7 bestemmer, at tvister mellem investorer og lande, der har undertegnet aftalen, navnlig skal afgøres af en voldgiftsret under ICSID's auspicier.

D. Tiltrædelsestraktaten og tiltrædelsesakten

10. I henhold til traktaten om Republikken Bulgariens og Rumæniens tiltrædelse af Den Europæiske Union⁴, der blev undertegnet den 25. april 2005, tiltrådte Rumænien Unionen med virkning fra den 1. januar 2007.

11. Artikel 2 i akten om Republikken Bulgariens og Rumæniens tiltrædelsesvilkår samt om tilpasning af de traktater, som Den Europæiske Union bygger på⁵ (herefter »tiltrædelsesakten«), har følgende ordlyd:

»Fra tiltrædelsesdatoen er bestemmelserne i de oprindelige traktater og de retsakter, der er vedtaget af institutionerne [...] før tiltrædelsen, bindende for [Rumænien] og gælder i [denne stat] på de vilkår, som er fastsat i disse traktater og i denne akt.«

12. Kapitel 2 i bilag V til tiltrædelsesakten med overskriften »Konkurrencepolitik« indeholder følgende bestemmelser:

»1. Følgende støtteordninger og individuel støtte, som er trådt i kraft i en ny medlemsstat inden tiltrædelsesdatoen, og som fortsat gælder efter denne dato, vil ved tiltrædelsen blive anset for eksisterende støtte som defineret i artikel [108], stk. 1, [TEUF]:

⁴ – Traktat mellem Kongeriget Belgien, Den Tjekkiske Republik, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Estland, Den Helleniske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Irland, Den Italienske Republik, Republikken Cypern, Republikken Letland, Republikken Litauen, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Ungarn, Republikken Malta, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Republikken Polen, Den Portugisiske Republik, Republikken Slovenien, Den Slovakiske Republik, Republikken Finland, Kongeriget Sverige, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (Den Europæiske Unions medlemsstater) og Republikken Bulgarien og Rumænien om Republikken Bulgariens og Rumæniens tiltrædelse af Den Europæiske Union (EUT 2005, L 157, s. 11).

⁵ – EUT 2005, L 157, s. 203.

- a) støtteforanstaltninger, der er trådt i kraft inden den 10. december 1994;
- b) støtteforanstaltninger opregnet i tillægget til dette bilag;
- c) støtteforanstaltninger, der inden tiltrædelsesdatoen er blevet vurderet af den nationale statsstøttekontrolmyndighed i den nye medlemsstat og fundet forenelige med gældende fællesskabsret, og som Kommissionen ikke har gjort indsigelse mod på grund af alvorlig tvivl om, hvorvidt foranstaltningen er forenelig med fællesmarkedet, jf. proceduren i stk. 2.

Alle efter tiltrædelsesdatoen stadig gældende foranstaltninger, som er statsstøtte, og som ikke opfylder de ovenfor omhandlede betingelser, anses efter tiltrædelsen, for så vidt angår anvendelsen af artikel [108], stk. 3, [TEUF], som ny støtte.

[...]

5. For så vidt angår Rumænien, finder stk. 1, litra b) og c), kun anvendelse på støtteforanstaltninger, som den rumænske statsstøttekontrolmyndighed har vurderet efter denne dato, og med hensyn til hvilke Kommissionen på grundlag af løbende kontrol af de tilsagn, Rumænien afgav under tiltrædelsesforhandlingerne, har fundet, at Rumæniens håndhævelsesindsats på statsstøtteområdet i perioden op til tiltrædelsen har nået et tilfredsstillende niveau. Et sådant tilfredsstillende niveau anses kun for at være nået, når Rumænien har vist, at landet konsekvent foretager en fyldestgørende og korrekt statsstøttekontrol af al støtte, som ydes i Rumænien, herunder, at den rumænske statsstøttekontrolmyndighed vedtager og anvender fyldestgørende og korrekt begrundede afgørelser, som indeholder en nøje vurdering af den enkelte ordnings statsstøttekarakter og en korrekt anvendelse af forenelighedskriterierne.

Kommissionen kan ved alvorlig tvivl om en støtteforanstaltnings forenelighed med det [indre] marked gøre indsigelse imod enhver støtte, der er bevilget i førtiltrædelsesperioden mellem den 1. september 2004 og den dato, der er fastsat i Kommissionens afgørelse, jf. ovenfor, om, at håndhævelsesindsatsen har nået et tilfredsstillende niveau. En sådan afgørelse fra Kommissionen om at gøre indsigelse mod en foranstaltning skal anses som en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure jf. forordning (EF) nr. 659/1999 [6]. Hvis en sådan afgørelse træffes inden tiltrædelsesdatoen, får afgørelsen først virkning på tiltrædelsesdatoen.

Hvis Kommissionen efter indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure træffer en negativ afgørelse, skal den bestemme, at Rumænien skal tage alle nødvendige skridt til rent faktisk at inddrive støtten hos støttemodtageren. Den støtte, der skal inddrives, skal være inklusive renter efter en passende sats, som fastsættes i henhold til forordning (EF) nr. 794/2004 [7] og påløbe fra samme dato.«

III. Tvistens baggrund og den omtvistede afgørelse

13. Tvistens baggrund fremgår af den appellerede doms præmis 1-42 og kan for så vidt angår den foreliggende sag sammenfattes som følger.

⁶ – Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel [108 TEUF] (EFT 1999, L 83, s. 1).

⁷ – Kommissionens forordning af 21.4.2004 om gennemførelse af forordning nr. 659/1999 (EUT 2004, L 140, s. 1).

14. Den 2. oktober 1998 vedtog de rumænske myndigheder hastebekendtgørelse nr. 24/1998 om en række investeringsincitamentter til fordel for visse investorer i ugunstigt stillede regioner, som havde fået certifikat som permanent investor, herunder ordninger såsom fritagelse for betaling af told og moms på maskiner, refusion af told på råmateriale samt fritagelse for betaling af selskabsskat i den periode, hvor det relevante område var udpeget som ugunstigt stillet region.

15. Ved afgørelse af 25. marts 1999, der gjaldt fra den 1. april 1999, udpegede den rumænske regering mineområdet Ștei-Nucet i Bihor amt som en ugunstigt stillet region i ti år.

16. Med henblik på at overholde den ved 1995-aftalen fastsatte tilpasningsforpligtelse vedtog Rumænien i 1999 lov nr. 143/1999 om statsstøtte, som trådte i kraft den 1. januar 2000. Denne lov, som omfatter den samme definition af statsstøtte som definitionen i artikel 64 i 1995-aftalen og i den nuværende artikel 107 TEUF, udpegede Consiliul Concurenței (Konkurrencerådet, Rumænien) som national myndighed med ansvar for tilsyn med statsstøtte og med kompetence til at vurdere, at den støtte, som Rumænien yder virksomheder, er forenelig med det indre marked.

17. Den 15. maj 2000 vedtog konkurrencerådet afgørelse nr. 244/2000, hvori det fastslog, at flere af de incitamentter, der indgik i hastebekendtgørelse nr. 24/1998, skulle anses for statsstøtte og skulle ophæves.

18. Den 1. juli 2000 trådte hastebekendtgørelse nr. 75/2000, der ændrede hastebekendtgørelse nr. 24/1998 (herefter samlet »hastebekendtgørelserne«), i kraft.

19. Konkurrencerådet anlagde sag for Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) vedrørende den omstændighed, at konkurrencerådets afgørelse nr. 244/2000 ikke var blevet gennemført på trods af vedtagelsen af hastebekendtgørelse nr. 75/2000. Denne sag blev afvist ved afgørelse af 26. januar 2001, og denne afgørelse blev stadfæstet af Înalta Curte de Casație și Justiție (kassationsdomstol, Rumænien) ved afgørelse af 19. februar 2002.

20. Ioan og Viorel Micula, sagsøgere i første instans, er svenske statsborgere bosiddende i Rumænien og majoritetsaktionærer i European Food and Drinks Group, hvis virksomhed omfatter produktion af fødevarer og drikkevarer i regionen Ștei-Nucet, Bihor-distriktet (Rumænien). Selskaberne European Food SA, Starmill SRL, Multipack SRL, Scandic Distilleries SA, European Drinks SA, Rieni Drinks SA, Transilvania General Import-Export SRL og West Leasing SRL (tidligere West Leasing International SRL), ligeledes sagsøgere i første instans, tilhører selskabet European Food and Drinks Group.

21. På grundlag af certifikater som permanent investor, som European Food havde fået den 1. juni 2000, og som Starmill og Multipack havde fået den 17. maj 2002, foretog disse selskaber investeringer i mineområdet Ștei-Nucet.

22. I februar 2000 indledte Rumænien tiltrædelsesforhandlinger med Unionen. I forbindelse med disse forhandlinger blev det i EU's fælles holdning af 21. november 2001 bemærket, at der i Rumænien fandtes »en række eksisterende samt nye uforenelige støtteordninger, som ikke [var] bragt på linje med fællesskabsretten«, herunder »ordningerne [i medfør af hastebekendtgørelserne]«.

23. Den 26. august 2004 ophævede Rumænien alle incitamenters i medfør af hastebekendtgørelserne bortset fra ordningen om betaling af selskabsskat og præciserede samtidig, at »[f]or at opfylde kriterierne i fællesskabsreglerne om statsstøtte samt afslutte forhandlingerne under kapitel nr. 6 (konkurrencepolitik) [var] det nødvendigt at fjerne alle former for statsstøtte i den nationale lovgivning, som [var] uforenelige med fællesskabets regelværk på dette område«. Denne ophævelse trådte i kraft den 22. februar 2005.

24. Den 1. januar 2007 tiltrådte Rumænien Unionen.

25. Den 28. juli 2005 anmodede fem af sagsøgerne i første instans, nemlig Ioan og Viorel Micula, European Food, Starmill og Multipack (herefter »sagsøgerne i voldgiftssagen«), om nedsættelse af en voldgiftsret i overensstemmelse med investeringsaftalens artikel 7 med henblik på at opnå erstatning for skade som følge af ophævelsen af incitamenterne i hastebekendtgørelserne.

26. Ved voldgiftskendelse af 11. december 2013 (herefter »voldgiftskendelsen«) fastslog voldgiftsretten, at Rumænien med ophævelsen af incitamenterne i hastebekendtgørelserne ikke havde formået at sikre en rimelig og retfærdig behandling af investeringerne, og tilkendte sagsøgerne i voldgiftssagen en erstatning på 791 882 452 rumænske lei (RON) (ca. 178 mio. EUR).

27. Den 31. januar 2014 meddelte Kommissionens tjenestegrene de rumænske myndigheder, at enhver gennemførelse eller fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen ville udgøre ny støtte, og Kommissionen ville i så fald skulle underrettes herom.

28. Den 20. februar 2014 meddelte de rumænske myndigheder Kommissionens tjenestegrene, at de havde udbetalt en del af den erstatning, som voldgiftsretten havde tilkendt sagsøgerne i voldgiftssagen, ved at modregne den i den skat, som de havde til gode hos European Food.

29. Den 26. maj 2014 vedtog Kommissionen afgørelse C(2014) 3192, hvori den i medfør af artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 påbød Rumænien øjeblikkeligt at indstille enhver handling, som kunne føre til gennemførelse eller fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen, med den begrundelse, at en sådan handling forekom at udgøre en ulovlig statsstøtte, indtil Kommissionen havde truffet en endelig afgørelse om denne foranstaltningens forenelighed med det indre marked.

30. Ved skrivelse af 1. oktober 2014 underrettede Kommissionen Rumænien om sin afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i artikel 108, stk. 2, TEUF vedrørende Rumæniens delvise gennemførelse af voldgiftskendelsen, som fandt sted i starten af 2014, samt vedrørende eventuel yderligere gennemførelse eller fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen.

31. Ifølge de rumænske myndigheder er voldgiftskendelsen fuldt ud gennemført.

32. Den 30. marts 2015 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse, hvori den fastslog, at betalingen af den erstatning, som voldgiftsretten havde tilkendt den økonomiske enhed bestående af Ioan og Viorel Micula, European Food, Starmill, Multipack, Scandic Distilleries, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export og West Leasing International, udgjorde statsstøtte, jf. artikel 107, stk. 1, TEUF, og skulle tilbagesøges.

IV. Sagen for Retten og den appellerede dom

33. Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 6. november, den 30. november og den 28. november 2015 anlagde European Food, Starmill, Multipack og Scandic Distilleries i sag T-624/15, Ioan Micula i sag T-694/15 og Viorel Micula samt European Drinks, Rien Drinks, Transilvania General Import-Export og West Leasing i sag T-704/15 hver deres sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse. Retten gav Kongeriget Spanien og Ungarn tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. I henhold til procesreglementets artikel 68 forenede Retten disse tre sager med henblik på den afgørelse, hvorved sagernes behandling afsluttes.

34. Til støtte for hver af sagerne i første instans gjorde appellanterne otte anbringender gældende, hvoraf nogle af dem var inddelt i flere led.

35. Ved den appellerede dom tiltrådte Retten for det første det første led af det andet anbringende fremsat i sagerne T-624/15 og T-694/15 og det første led af det første anbringende fremsat i sag T-704/15 vedrørende Kommissionens manglende kompetence og EU-rettens uanvendelighed på en situation, der ligger forud for Rumæniens tiltrædelse. I denne henseende fastslog Retten i denne doms præmis 59-93, at Kommissionen ved vedtagelsen af den omtvistede afgørelse havde anvendt de kompetencer, som den blev tillagt i medfør af artikel 108 TEUF og forordning nr. 659/1999, med tilbagevirkende kraft på omstændigheder, der ligger forud for denne tiltrædelse, og at Kommissionen derfor ikke kunne kvalificere den omhandlede foranstaltning som »statsstøtte« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.

36. For det andet tiltrådte Retten det andet led af det andet anbringende fremsat i sagerne T-624/15 og T-694/15 og det første led af det andet anbringende fremsat i sag T-704/15 vedrørende fejlen i voldgiftskendelsen ved kvalifikationen som »fordel« og som »støtte« som omhandlet i artikel 107 TEUF. I denne henseende fastslog Retten i den appellerede doms præmis 94-111, at den omtvistede afgørelse var ulovlig, for så vidt som den kvalificerede voldgiftsrettens tilkendelse af erstatning for tilbagekaldelsen af de skattemæssige incitamentsordninger som »fordel« og som »støtte«, som omhandlet i denne bestemmelse, i hvert fald for den periode, der ligger forud for datoen for EU-rettens ikrafttrædelse i Rumænien.

37. Retten annullerede følgelig den omtvistede afgørelse i sin helhed uden at undersøge disse anbringenders øvrige led eller de øvrige anbringender.

V. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

38. Kommissionen har med sin appel, støttet af Republikken Polen, nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Det første anbringendes første led og det andet anbringendes første led, der er fremsat i sag T-704/15, samt det andet anbringendes første og andet led, der er fremsat i sag T-624/15 og sag T-694/15, forkastes.
- De forenede sager T-624/15, T-694/15 og T-704/15 hjemvises til Retten.
- Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

39. Kongeriget Spanien har i sit svarskrift nedlagt følgende påstande:

- Kommissionen gives medhold i appellen, den appellerede dom ophæves, og sagen i første instans afvises.
- Subsidiært gives Kommissionen medhold i appellen, den appellerede dom ophæves, og Kommissionen frifindes i første instans.

40. European Food, Starmill, Multipack og Scandic Distilleries samt Ioan Micula (herefter »European Food m.fl.«) har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Subsidiært annulleres den omtvistede afgørelse.
- Mere subsidiært hjemvises sagen til Retten.
- Kommissionen og intervenienterne tilpligtes at bære deres egne omkostninger og at betale de af European Food m.fl. afholdte omkostninger i forbindelse med sagen i første instans og appelsagen.

41. Viorel Micula, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export og West Leasing (herefter »Viorel Micula m.fl.«) har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Subsidiært tages det andet anbringende, der er fremsat i sag T-704/15, til følge, og den omtvistede afgørelse annulleres følgelig.
- Mere subsidiært hjemvises sagerne til Retten.
- Kommissionen tilpligtes at bære sine egne omkostninger og at betale de af Viorel Micula m.fl. afholdte omkostninger i forbindelse med sagen i første instans og appelsagen.
- Ungarn og Kongeriget Spanien tilpligtes at bære deres egne omkostninger, som er afholdt i forbindelse med sagen ved Retten i første instans og appelsagen.

42. Kongeriget Spanien har med sin kontraappel, støttet af Republikken Polen, nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Sagen i første instans afvises.
- European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

43. Kommissionen har nedlagt påstand om, at kontraappellen tages til følge.

44. European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har nedlagt påstand om, at kontraappellen forkastes, og at Kongeriget Spanien, Kommissionen og intervenienterne tilpligtes at bære deres egne omkostninger, som er afholdt i forbindelse med kontraappellen, og at Kongeriget Spanien tilpligtes at betale de af European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. afholdte omkostninger i forbindelse med kontraappellen.

45. Kommissionen, Kongeriget Spanien, Republikken Polen, European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har indgivet skriftlige indlæg vedrørende appellen og kontraappellen til Domstolen.

46. I retsmødet, der blev afholdt den 20. april 2021, blev der afgivet mundtlige indlæg på vegne af Kommissionen, Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Spanien, Republikken Letland, Republikken Polen, European Food m.fl. samt Viorel Micula m.fl.

VI. Bedømmelse

47. Jeg vil indlede min analyse med at undersøge kontraappellen med hensyn til foreneligheden med EU-retten af voldgiftssager baseret på en bilateral investeringsaftale mellem to EU-medlemsstater, som, hvis den tages til følge, medfører, at sagen i første instans ikke kan antages til realitetsbehandling. Da jeg er af den opfattelse, at de anbringender, der er påberåbt til støtte for kontraappellen, skal forkastes, vil jeg derefter undersøge hovedappellen, som vedrører spørgsmålet om Kommissionens kompetence i statsstøttesager i forbindelse med en stats tiltrædelse af Unionen.

A. Kontraappellen

48. I sin kontraappel har Kongeriget Spanien, støttet i denne henseende af Kommissionen og Republikken Polen i deres skriftlige indlæg, gjort gældende, at den omhandlede voldgiftssag og den efterfølgende voldgiftskendelse tilsidesætter princippet om gensidig tillid og EU-retten autonomi i henhold til de principper, som Domstolen har fastlagt i Achmea-dommen. Det følger heraf, at sagsøgerne i første instans ikke havde nogen legitim søgsmålsinteresse, eftersom de havde nedlagt påstand om annullation af den omtvistede afgørelse med henblik på at opnå fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse, der er i strid med artikel 19 TEU og artikel 267 TEUF og 344 TEUF.

1. Formaliteten vedrørende kontraappellen

49. European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har gjort gældende, at Kongeriget Spaniens kontraappel skal afvises.

50. For det første har Kongeriget Spanien efter deres opfattelse ikke ret til at deltage i proceduren som indstævnt i appelsagen, jf. artikel 172 i Domstolens procesreglement, og kunne derfor ikke deltage som appellant i kontraappellen.

51. Jeg gør i denne forbindelse opmærksom på, at European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. allerede ved skrivelser af 17. marts 2020 har anmodet Domstolen om at udelukke Kongeriget Spanien fra den foreliggende sag som part i sagen med den begrundelse, at denne medlemsstat ikke har godtgjort en interesse i, at appellen tages til følge, eller at den afvises eller forkastes, jf. procesreglementets artikel 172. Ved skrivelse af 29. marts 2020 har Domstolens Justitskontor, efter afgørelse truffet af Domstolens præsident, og efter at have hørt den refererende dommer og

generaladvokaten, meddelt parterne afslag på deres anmodning, i det væsentlige med den begrundelse, at Kongeriget Spanien, der havde fået tilladelse til som medlemsstat at indtræde i sagen i første instans i henhold til artikel 40 i statuten for Domstolen, automatisk havde en interesse i, at appellen tages til følge, eller at den afvises eller forkastes.

52. Det fremgår således dels af Domstolens praksis, at den omstændighed, at Retten har forkastet de påstande, som er fremført for den, er tilstrækkelig til, at den pågældende procesdeltager har begrundet sin interesse i, at appellen tages til følge, eller at den afvises eller forkastes⁸. For så vidt som Kongeriget Spanien ved Retten støttede Kommissionens påstand om frifindelse i sagen i første instans, har denne medlemsstat nødvendigvis en interesse i, at appellen tages til følge, eller at den afvises eller forkastes, jf. procesreglementets artikel 172.

53. Dels giver artikel 40, stk. 1, og artikel 56, stk. 3, i statuten for Domstolen under alle omstændigheder medlemsstaterne status som »privilegerede sagsøgere«, som fritager dem for at godtgøre en interesse i at iværksætte appel – og således a fortiori en kontraappel – ved Unionens retsinstanser⁹.

54. For det andet fremgår det ifølge de pågældende parter af procesreglementets artikel 178, stk. 3, at kontraappellen ikke kan antages til realitetsbehandling, idet den dels er begrænset til at gentage de samme argumenter som dem, Kongeriget Spanien har fremført i svarskriftet i hovedappellen, eller til at henvise til de betragtninger, der er fremført i forbindelse med denne, dels tilsigter samtidig at udvide sagens genstand.

55. Det er korrekt, at de argumenter, som denne medlemsstat har fremført i kontraappellen og i appelsvarskriftet, er enslydende. Jeg skal imidlertid gøre opmærksom på, at Kongeriget Spanien ved kontraappellen har rejst tvivl om, hvorvidt søgsmålet for Retten kan antages til realitetsbehandling. Ifølge Domstolens praksis skal den, i givet fald af egen drift, tage stilling til, hvorvidt en sag i første instans kan antages til realitetsbehandling¹⁰.

56. Selv hvis det antages, at der er overlapninger mellem Kongeriget Spaniens svarskrift og kontraappellen, skal Domstolen derfor af egen drift undersøge formalitetsspørgsmålet, eftersom dette kan diskuteres, såfremt denne medlemsstats argumenter, der i denne henseende støttes af Kommissionen, Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Letland og Republikken Polen, måtte blive taget til følge.

57. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at de forskellige argumenter, der er fremført i forbindelse med kontraappellen, og hvormed Kongeriget Spanien tilsigter at godtgøre, at søgsmålet i første instans ikke kan antages til realitetsbehandling, under alle omstændigheder skal undersøges.

2. Realiteten med hensyn til kontraappellen

58. Kongeriget Spanien har fremført tre argumenter til støtte for anbringendet om, at den omhandlede voldgiftssag er uforenelig med EU-retten, hvilket medfører, at annullationssøgsmålet for Retten ikke kan antages til realitetsbehandling.

⁸ – Jf. dom af 14.6.2018, Makhlouf mod Rådet (C-458/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:441, præmis 32).

⁹ – Dom af 21.12.2011, Frankrig mod People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, præmis 45). Jf. ligeledes M. Wathelet, J. Wildemeersch, *Contentieux européen*, Larcier, 2014, s. 488.

¹⁰ – Jf. dom af 29.7.2019, Bayerische Motoren Werke og Freistaat Sachsen mod Kommissionen (C-654/17 P, EU:C:2019:634, præmis 44).

59. Jeg må indrømme, at jeg er i tvivl om, hvorledes den omhandlede voldgiftssags uforenelighed med EU-retten kan påvirke spørgsmålet om, hvorvidt European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har en søgsmålsinteresse, og hvorvidt sagen kan antages til realitetsbehandling for Retten¹¹. Som jeg vil påvise, bør argumentet om, at voldgiftskendelsen er uforenelig med EU-retten, imidlertid forkastes, hvorved det er ufornuddent at undersøge spørgsmålet om følgerne heraf for sagsøgernes stilling.

60. Jeg vil indlede analysen af kontraappellen med en undersøgelse af de to første argumenter, som Kongeriget Spanien har påberåbt sig, og som i det væsentlige taler for, at de principper, som Domstolen opstillede i Achmea-dommen, finder anvendelse på den omhandlede voldgiftssag som følge af Rumæniens tiltrædelse af Unionen.

61. Jeg vil fortsætte denne analyse med at undersøge det sidste argument i kontraappellens første anbringende, som afviger fra problematikken om bilaterale investeringsaftaler mellem to EU-medlemsstater og omhandler spørgsmålet om, hvorvidt en tvistbilæggelsesordning mellem medlemsstater og tredjelande er forenelig med Unionens retsorden.

a) Rækkevidden af Achmea-dommen for så vidt angår en voldgiftssag, der er indledt på grundlag af en bilateral investeringsaftale indgået mellem to medlemsstater, før den stat, som er part i voldgiftssagen, tiltrådte Unionen, og som verserede på tidspunktet for denne tiltrædelse

62. Kongeriget Spanien, Kommissionen, Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Letland og Republikken Polen har gjort gældende, at den omhandlede voldgiftssag er uforenelig med EU-retten, henset til de principper, som Domstolen har fastlagt i Achmea-dommen.

63. For det første har disse parter gjort gældende, at den omhandlede voldgiftssag fra tidspunktet for Rumæniens tiltrædelse af Unionen skal anses for at være en voldgiftssag mellem to EU-medlemsstater.

64. For det andet skal den voldgiftsret, der blev oprettet på grundlag af investeringsaftalen mellem Kongeriget Sverige og Rumænien, fortolke eller anvende EU-retten, nærmere bestemt 1995-aftalen. Det fremgår imidlertid af Achmea-dommen, at EU-retten er til hinder for en tvistbilæggelsesordning, der er fastsat i en bilateral investeringsaftale indgået mellem to medlemsstater, og som indebærer, at en voldgiftsret uden for Unionens retslige system, som ikke er underlagt en medlemsstats retsinstansers kontrol, kan fortolke eller anvende EU-retten.

65. Den omhandlede voldgiftssag tilsidesætter således – fra tidspunktet for Rumæniens tiltrædelse af Unionen – artikel 267 TEUF og 344 TEUF.

¹¹ – Det fremgår navnlig af den omtvistede afgørelse og den appellerede dom, at voldgiftskendelsen er blevet fuldbyrdet, og at den i den omtvistede afgørelse omhandlede foranstaltning er blevet udbetalt til European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. For så vidt som den allerede fuldbyrdede voldgiftskendelses uforenelighed med EU-retten efter min opfattelse ikke i sig selv bevirker, at appellanterne pålægges en forpligtelse til at tilbagebetale erstatningen, ville en annullation af den omtvistede afgørelse nødvendigvis påvirke deres stilling, eftersom det ved denne afgørelse fastlægges, om de kan beholde de beløb, som Rumænien har udbetalt.

1) *Anvendelsen ratione temporis af dommen i Achmea-sagen*

66. Jeg kan uden videre tilslutte mig Kongeriget Spaniens og Kommissionens synspunkt, hvorefter EU-retten og dermed den retspraksis, der følger af Achmea-dommen, finder anvendelse i Rumænien fra tiltrædelsesdatoen¹².

i) Anvendelsen af EU-retten fra tiltrædelsen

67. Denne anvendelse af EU-retten fra Rumæniens tiltrædelse af Unionen har efter min opfattelse en vis konsekvens. En voldgiftssag, der er indledt på grundlag af en investeringsaftale mellem Rumænien og en anden medlemsstat *efter* Rumæniens tiltrædelse af Unionen, er uforenelig med EU-retten. Det følger af princippet om EU-rettens forrang, at det fra denne tiltrædelse ikke kan fastslås, at en voldgiftsret, der er oprettet på grundlag af en investeringsaftale indgået mellem Rumænien og en anden medlemsstat, har kompetence, og at der ikke længere kan indledes en voldgiftssag på grundlag af en investeringsaftale mellem EU-medlemsstater¹³.

68. Efter min opfattelse kan der imidlertid rejses tvivl om denne løsning, når der er tale om voldgiftssager, der blev indledt *før* Rumæniens tiltrædelse af Unionen, og som ikke var afsluttet på tidspunktet for denne tiltrædelse, og det skal derfor undersøges, i hvilket omfang de principper, der følger af Achmea-dommen, finder anvendelse på disse situationer.

ii) Den umiddelbare anvendelighed af Achmea-dommens principper på fremtidige virkninger af forhold, der er opstået før tiltrædelsen af Unionen

69. Kongeriget Spanien og Kommissionen har med henblik på at begrunde anvendelsen af retspraksis ifølge Achmea-dommen på sådanne tilfælde henvist til princippet om, at EU-retten finder umiddelbar anvendelse på fremtidige virkninger af forhold, der er opstået før tiltrædelsen af Unionen¹⁴.

70. Der kan ikke rejses tvivl om dette princip¹⁵. Det fremgår meget klart af retspraksis, at »[i]følg et almindeligt anerkendt princip finder ændringslove, for så vidt ikke andet er bestemt, anvendelse på de fremtidige virkninger af faktiske omstændigheder, som er opstået under de gamle regler«¹⁶, hvoraf det ligeledes fremgår, at EU-retten »[skal] anses for at gælde umiddelbart og for at være bindende for [medlemsstaten] fra tiltrædelsesdatoen, således at den finder anvendelse på de fremtidige virkninger af forhold, der er opstået før denne nye medlemsstats tiltrædelse«¹⁷.

71. Det er desuden korrekt, at Domstolen anlægger en vid fortolkning af udtrykket »fremtidige virkninger af faktiske omstændigheder, som er opstået under de gamle regler«¹⁸. Den har adskillige gange henvist til »forhold, der er opstået før de nye bestemmelsers ikrafttræden, men

¹² – Tiltrædelsesaktens artikel 2. Jf. ligeledes hvad dette angår L. Malferrari, »Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités«, i A. Berramdane og M. Trochu, *Union européenne et protection des investissements*, Bruylant, 2021, s. 63.

¹³ – Jf. i denne henseende mit forslag til afgørelse Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, punkt 69).

¹⁴ – Jf. i denne henseende S.L. Kaleda, *Przejęcie prawa wspólnotowego przez nowe państwo członkowskie. Zagadnienia przejściowe i międzyczasowe*, Warszawa, 2003, s. 127-192.

¹⁵ – Jf. vedrørende relevansen af princippet om, at EU-retten gælder umiddelbart, som fortolket af Domstolen, L. Blatière, *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, CREAM, 2018, s. 152-167.

¹⁶ – Dom af 15.2.1978, Bauche og Delquignies (96/77, EU:C:1978:26, præmis 48), og af 7.2.2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82, præmis 20). Jf. ligeledes dom af 26.3.2020, Hungeod m.fl. (C-496/18 og C-497/18, EU:C:2020:240, præmis 94).

¹⁷ – Dom af 2.10.1997, Saldanha og MTS (C-122/96, EU:C:1997:458, præmis 14).

¹⁸ – Jf. vedrørende en detaljeret undersøgelse af Domstolens vide fortolkning af forhold, der ikke er afsluttet, L. Blatière, op.cit., s. 148-152.

som endnu ikke er afsluttet«¹⁹, hvilket viser, at udtrykket »fremtidige virkninger« ikke skal forstås indskrænkende. Domstolen har i øvrigt klart anerkendt, at EU-retten finder umiddelbar anvendelse på spørgsmålet om, hvorvidt en erstatning for en skade, der er påført inden medlemsstatens tiltrædelse af Unionen, som er blevet udbetalt efter tiltrædelsen, og som har til formål at opveje konsekvenserne af skaden i hele den tilskadekomne persons resterende levetid, er forenelig med EU-retten²⁰.

72. I lyset af denne retspraksis og i modsætning til det synspunkt, som European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har givet udtryk for, er den omstændighed, at den omhandlede voldgiftssag, der blev indledt på baggrund af en omtvistet retsakt vedtaget af Rumænien før tiltrædelsen, fortsatte efter tiltrædelsen, efter min opfattelse tilstrækkelig til at godtgøre, at der er tale om fremtidige virkninger af et forhold, som er opstået før tiltrædelsen²¹.

73. Det er således min opfattelse, at EU-retten og dermed den retspraksis, der følger af Achmea-dommen, finder anvendelse ratione temporis på den omhandlede voldgiftssag, der blev indledt på grundlag af en investeringsaftale mellem Rumænien og en anden medlemsstat før tiltrædelsen, og som endnu ikke var afsluttet på tiltrædelsestidspunktet.

74. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at princippet om, at EU-retten finder umiddelbar anvendelse på fremtidige virkninger af forhold, der er opstået før tiltrædelsen, ikke i sig selv gør det muligt at besvare spørgsmålet om, hvorvidt en voldgiftssag, der er indledt på grundlag af en bilateral investeringsaftale mellem EU-medlemsstater, før den stat, som er part i voldgiftssagen, tiltrådte Unionen, er forenelig med EU-retten.

75. Skinet kan således bedrage, og det kan ikke konkluderes, at de principper, der følger af Achmea-dommen, alene på dette grundlag finder anvendelse på sådanne forhold, uden først at have analyseret den logik, der ligger til grund for denne doms ræsonnement.

2) Den materielle anvendelse af den retspraksis, der følger af Achmea-dommen

76. Den omstændighed, at EU-retten finder anvendelse, fra tiltrædelsen, på en voldgiftssag indledt på grundlag af en bilateral investeringsaftale mellem EU-medlemsstater, før den stat, som er part i voldgiftssagen, tiltrådte Unionen, kan ikke medføre, at en sådan sag, som på daværende tidspunkt blev indledt på gyldig vis vedrørende en tvist, der lå forud for tiltrædelsen, mister sin særlige karakter.

77. Jeg anser disse kendetegn for at have en vis konsekvens – ikke længere på tidsmæssigt, men på materielt plan – med hensyn til muligheden for at anvende den retspraksis, der følger af Achmea-dommen, på en voldgiftssag som den omhandlede. Selv om denne retspraksis, ligesom EU-retten i sin helhed, rent tidsmæssigt finder anvendelse på den omhandlede voldgiftssag, forholder det sig med andre ord, i forskellige henseender, anderledes ud fra et materielt synspunkt.

¹⁹ – Dom af 17.7.1997, Affish (C-183/95, EU:C:1997:373, præmis 57), og af 22.6.2006, Belgien og Forum 187 mod Kommissionen (C-182/03 og C-217/03, EU:C:2006:416, præmis 148).

²⁰ – Dom af 3.9.2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, præmis 21-24). Jf. ligeledes i samme retning dom af 14.6.2007, Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348, præmis 21).

²¹ – Jf. i denne henseende S.L. Kaleda, op.cit., s. 183: »De [EU-retlige] bestemmelser om virkningerne af visse retsakter finder, på tidspunktet for deres ikrafttræden, umiddelbar anvendelse på de efterfølgende virkninger – f.eks. finder de anvendelse på overtrædelser, der, selv om de følger af tidligere begivenheder, endnu ikke er afsluttet på datoen for deres ikrafttræden.« (Den originale polske sprogudgave: »przepisy [prawa Unii] regulujące skutki pewnych czynności są natychmiast stosowane w stosunku do skutków trwających w momencie ich wejścia w życie – np. przechwytyują naruszenie nadal trwające w dniu wejścia w życie, chociaż wynikające ze zdarzeń dawnych«.)

i) Der er ikke tale om et indgreb i EU-rettens autonomi

78. Det skal anføres, at den løsning, som Domstolen anvendte i Achmea-dommen, er baseret på det indgreb i EU-rettens autonomi, som består i anvendelsen af en voldgiftssag baseret på en bilateral investeringsaftale mellem EU-medlemsstater, i hvilken EU-retten vil kunne fortolkes eller finde anvendelse.

– Princippet om EU-rettens autonomi

79. Domstolen har præciseret, at EU-rettens autonomi er sikret ved indførelsen, ved traktaterne, af et retsligt system, der har til formål at sikre en sammenhæng og enhed ved fortolkningen af EU-retten²². Proceduren med præjudicielle forelæggelser udgør kernen heri ved at indføre en dommerdialog mellem Domstolen og medlemsstaternes domstole, der har til formål at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten²³.

80. Anvendelsen af en voldgiftssag, der er indledt på grundlag af en bilateral investeringsaftale indgået mellem to medlemsstater, kan imidlertid medføre, at en tvist, hvis afgørelse kan indebære anvendelse eller fortolkning af EU-retten, undtages fra det retslige system, og er således i strid med princippet om EU-rettens autonomi, som afspejler artikel 267 TEUF og 344 TEUF.

81. Løsningen i Achmea-dommen er med andre ord baseret på den omstændighed, at medlemsstaternes domstole i henhold til princippet om EU-rettens autonomi ikke kan fratages deres kompetence til at fortolke og anvende EU-retten, og at Domstolen ikke kan fratages sin kompetence til at tage stilling til præjudicielle spørgsmål, som disse domstole forelægger den, vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten²⁴.

82. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at eftersom der er tale om en voldgiftssag, der er indledt på grundlag af en bilateral investeringsaftale indgået mellem to medlemsstater, *før* den stat, som er part i voldgiftssagen, tiltrådte Unionen, undtages en tvist, der kan vedrøre fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten, ikke fra Unionens retslige system.

83. Jeg skal i denne forbindelse præcisere, at det ud fra denne synsvinkel ikke er vigtigt at afgøre, om en sådan tvist med sikkerhed indebærer voldgiftsrettens fortolkning eller anvendelse af EU-retten. Efter min opfattelse er den omstændighed alene, at der er en risiko for, at dette er tilfældet, tilstrækkelig til, at det udgør et indgreb i EU-rettens autonomi, forudsat at den tvist, som medfører en sådan risiko, reelt henhører under Unionens retslige system²⁵. Jeg gør i øvrigt opmærksom på, at denne risiko efter min opfattelse findes i forbindelse med alle bilaterale investeringsaftaler indgået mellem EU-medlemsstater. Jeg anser det således ikke for nødvendigt i den foreliggende sag at efterprøve, om voldgiftsretten reelt har fortolket eller anvendt EU-retten eller ville have kunnet gøre det. Jeg forstår nemlig Achmea-dommen således, at Domstolen som kriterium for, om en voldgiftssag, der er baseret på en bilateral investeringsaftale indgået mellem EU-medlemsstater, er forenelig med princippet om EU-rettens autonomi, fastslog, at det skal afgøres, om en sådan sag bevirker, at de nationale retter fratages deres kompetence med hensyn til fortolkningen og anvendelsen af EU-retten, og Domstolen fratages sin kompetence til at besvare deres spørgsmål i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse.

²² – Jf. Achmea-dommen, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes L. Malferrari, op.cit., s. 48 og 50.

²³ – Udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 176).

²⁴ – Udtalelse 1/09 af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 89).

²⁵ – Jf. i denne retning Achmea dommen, præmis 39 og 56.

– *De rumænske retters kompetence til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål*

84. En tvist, der er opstået som følge af en stats angivelige tilsidesættelse af en bestemmelse i en investeringsaftale før denne stats tiltrædelse af Unionen, og hvor tvistbilæggelsesproceduren er blevet indledt før denne tiltrædelse, er ikke nødvendigvis omfattet af Unionens retslige system. Den omstændighed, at tvisten afgøres af en voldgiftsret, der er nedsat på grundlag af en investeringsaftale indgået mellem to medlemsstater, før den stat, der er part i voldgiftssagen, tiltrådte Unionen, kan ikke fratage medlemsstaternes domstole deres kompetence med hensyn til fortolkningen og anvendelsen af EU-retten og Domstolen dens kompetence til at besvare de af disse domstole forelagte præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten.

85. Jeg foreslår, at Domstolen tager den situation i betragtning, hvor en rumænsk ret, i stedet for en voldgiftsret, var blevet forelagt en tvist om denne stats angivelige tilsidesættelse af investeringsaftalens bestemmelser. Denne ret ville efter min opfattelse ikke have kunnet forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål, hvis der var opstået et spørgsmål om fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten.

86. Således ville en rumænsk ret, ved hvilken der var anlagt en sag om denne medlemsstats potentielle tilsidesættelse af bestemmelserne i investeringsaftalen, for det første åbenbart ikke have kunnet forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål *før* Rumæniens tiltrædelse af Unionen, idet denne ret på dette tidspunkt ikke var en ret i en af medlemsstaterne som omhandlet i artikel 267 TEUF. Heller ikke 1995-aftalen gav de rumænske retter mulighed for at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål.

87. For det andet gør den samme løsning sig gældende for så vidt angår muligheden for, at den rumænske ret, ved hvilken der var anlagt sag før Rumæniens tiltrædelse af Unionen, kan forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål *efter* tiltrædelsen. Det fremgår således klart af Domstolens praksis, at den ikke har kompetence til at udtale sig om fortolkningen af EU-retten i forbindelse med en tvist vedrørende en situation, der var tilvejebragt inden tiltrædelsen²⁶.

88. Dette var netop tilfældet vedrørende den tvist, der gav anledning til den omhandlede voldgiftssag. Rumæniens angivelige tilsidesættelse af investeringsaftalen, som var genstand for tvisten, fandt sted, før Rumænien tiltrådte Unionen, og den pågældende voldgiftssag blev indledt før tiltrædelsen. Alle de relevante faktiske omstændigheder i denne henseende havde således fundet sted før tiltrædelsen og havde haft deres fulde retsvirkning. En rumænsk ret, der skulle træffe afgørelse i en sådan tvist, ville ikke have kunnet forelægge Domstolen spørgsmål om fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten i forbindelse med denne tvist.

89. Denne løsning bringes hverken i tvivl af princippet om, at EU-retten finder umiddelbar anvendelse på fremtidige virkninger af et forhold, som er opstået før tiltrædelsen, eller af den retspraksis, der følger af Kremikovtzi-dommen²⁷, som Kommissionen har påberåbt sig, hvori Domstolen bekræftede sin kompetence til at fortolke bestemmelserne i Europaftalen om

²⁶ – Dom af 10.1.2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9, præmis 36 og 37), af 30.4.2020, EUROVIA (C-258/19, EU:C:2020:345, præmis 42 og 43), og kendelse af 1.10.2020, Slovenský plynárenský priemysel (C-113/20, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:772, præmis 28 og 31). Jf. vedrørende en kritisk gennemgang af Domstolens praksis om dens kompetence til at besvare præjudicielle spørgsmål i forbindelse med nye medlemsstaters tiltrædelse af Unionen N. Póltorak, »Ratione Temporis Application of the Preliminary Rulings Procedure«, *Common Market Law Review*, nr. 45, 2008, s. 1357-1381.

²⁷ – Dom af 29.11.2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Bulgarien på den anden side²⁸ i forbindelse med en tvist vedrørende faktiske omstændigheder, der fandt sted før Bulgariens tiltrædelse af Unionen.

90. Hvad angår princippet om, at EU-retten finder umiddelbar anvendelse på fremtidige virkninger af et forhold, som er opstået før tiltrædelsen, må det konstateres, at et sådant princip ikke kan finde anvendelse på tvisten vedrørende Rumæniens angivelige tilsidesættelse af bestemmelser i investeringsaftalen. Som anført i dette forslag til afgørelses punkt 88 er de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for den tvist, som var indbragt for den rumænske ret, Rumæniens ophævelse af den ordning, der blev oprettet ved hastebekendtgørelserne, som indebærer, at Rumænien muligvis har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til investeringsaftalen. Det forhold, der gav anledning til tvisten, var således opstået før tiltrædelsen og fandt tydeligvis sted i fortiden²⁹.

91. Hvad angår Kremikovtzi-dommen³⁰ kan den efter min opfattelse – af de samme grunde – heller ikke rejse tvivl om den konstatering, at Domstolen ikke har kompetence. Selv om de faktiske omstændigheder i hovedsagen i denne dom var en følge af, at støtten var udbetalt før tiltrædelsen, vedrørte tvistens genstand imidlertid proceduren for tilbagesøgning af denne støtte og navnlig retsgrundlaget for denne procedure, som fandt sted længe efter tiltrædelsen. Genstanden for de præjudicielle spørgsmål vedrørte med andre ord virkningerne af en støtte, som bestod i vedtagelsen af en retsakt og en konkret begivenhed *efter* en medlemsstats tiltrædelse, hvilket begrundede Domstolens kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål.

92. Den tvist, som i den foreliggende sag kunne have været indbragt for en rumænsk ret, vedrørte derimod et forhold – Rumæniens angivelige tilsidesættelse af investeringsaftalen – der unægtelig var opstået før tiltrædelsen. I modsætning til Kremikovtzi-sagen var genstanden for voldgiftssagen således ikke faktiske omstændigheder eller handlinger, som fandt sted efter tiltrædelsen³¹.

93. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at eftersom Domstolen ikke har kompetence til at besvare et præjudicielt spørgsmål forelagt af en rumænsk ret, hvis denne ret havde skullet afgøre den tvist, der ligger til grund for voldgiftssagen, kan denne tvist ikke henhøre under Unionens retsorden, hverken før eller efter Rumæniens tiltrædelse af Unionen.

94. Det følger heraf, at en voldgiftssag som den i den foreliggende sag omhandlede, der er indledt på grundlag af en investeringsaftale indgået mellem to medlemsstater, før den stat, som er part i voldgiftssagen, tiltrådte Unionen, efter min opfattelse ikke kan udgøre et indgreb i EU-retten

²⁸ – Aftale indgået og godkendt på Fællesskabets vegne ved Rådets og Kommissionens afgørelse 94/908/EKSF, EF, Euratom af 19.12.1994 (EFT 1994, L 358, s. 1).

²⁹ – Denne situation adskiller sig fra den situation, der gav anledning til dom af 3.9.2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133), hvori Domstolen bekræftede sin kompetence i henhold til princippet om, at EU-retten finder umiddelbar anvendelse på fremtidige virkninger af et forhold, der er opstået før tiltrædelsen. I X-sagen var der *efter* Finlands tiltrædelse af Unionen blevet indbragt en tvist for den forelæggende ret vedrørende størrelsen af den erstatning, der ligeledes var blevet tilkendt *efter* tiltrædelsen, for en skade lidt før tiltrædelsen. Tvistens genstand vedrørte således faktiske omstændigheder efter tiltrædelsen, selv om de var de fremtidige virkninger af et forhold, der var opstået tidligere, og tog sigte på at løse en fremtidig situation. Den tvist, der var indbragt for voldgiftsretten i den foreliggende sag, vedrørte derimod ikke størrelsen af den tildelte erstatning, men selve spørgsmålet, om Rumænien havde tilsidesat investeringsaftalen, og vedrørte således et forhold, der var opstået *før* tiltrædelsen.

³⁰ – Dom af 29.11.2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

³¹ – For fuldstændighedens skyld og ud fra en akademisk interesse skal jeg præcisere, at en rumænsk ret ikke ville kunne forelægge Domstolen et spørgsmål om de fremtidige virkninger af sin afgørelse vedrørende Rumæniens tilsidesættelse af investeringsaftalen på baggrund af statsstøttereglerne. Et sådant spørgsmål ville for det første være rent hypotetisk, eftersom det ikke er muligt med sikkerhed at fastslå sagens udfald på det tidspunkt, hvor den verserer. For det andet ville spørgsmålet strengt taget ikke være omfattet af genstanden for den tvist, der var indbragt for den nationale ret, som alene vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Rumænien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til investeringsaftalen eller ej, og Domstolens besvarelse således ikke ville være nødvendig for at afgøre tvisten.

autonomi, heller ikke efter denne tiltrædelse, hvorved det til forskel fra den voldgiftssag, som var omhandlet i den sag, der gav anledning til Achmea-dommen, ikke kan fastslås, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 267 TEUF og 344 TEUF.

95. Yderligere faktorer viser, at den omhandlede voldgiftssag er forenelig med EU-retten hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt princippet om gensidig tillid er tilsidesat, hvilket efter min opfattelse ikke er tilfældet.

ii) Spørgsmålet om, hvorvidt princippet om gensidig tillid er tilsidesat

96. Kongeriget Spanien har gjort gældende, at den i den foreliggende sag omhandlede voldgiftsret fra datoen for Rumæniens tiltrædelse af Unionen burde have opgivet kompetencen til fordel for de rumænske retter, som således kunne sikre beskyttelsen af investorernes rettigheder.

97. Den løsning, som Domstolen anvendte i Achmea-dommen, er således baseret på den tilsidesættelse af princippet om gensidig tillid, som kan følge af anvendelsen af en voldgiftssag, der er indledt på grundlag af en bilateral investeringsaftale mellem EU-medlemsstater, i forbindelse med en tvist, som kan vedrøre fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten.

98. Domstolen bemærkede i Achmea-dommen³², at EU-retten er baseret på den grundlæggende præmis, hvorefter hver medlemsstat 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 disse³³.

99. Som jeg redegjorde for i mit forslag til afgørelse i Komstroy-sagen³⁴, er medlemsstaterne forpligtet til at lægge til grund – medmindre der er tale om helt særlige omstændigheder – at samtlige andre medlemsstater overholder EU-retten, herunder de grundlæggende rettigheder såsom den i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder fastsatte adgang til effektive retsmidler for en uafhængig domstol. EU-institutionernes særlige rolle, primært Kommissionens, som skal påse, at disse værdier overholdes, viser, hvilken betydning de har³⁵.

100. Det er i øvrigt netop den omstændighed, at de forbindelser, som Unionen har til tredjestater, ikke er baseret på den gensidige tillid, der findes internt i Unionen, som begrundes, at parterne i en international aftale mellem en medlemsstat og en tredjestat beslutter at nå til enighed om en neutral tvistbilæggelsesordning, eftersom de kontraherende parter ikke nødvendigvis har tillid til, at den anden parts domstolsordning kan sikre overholdelsen af aftalens bestemmelser³⁶.

³² – Præmis 34.

³³ – Achmea-dommen, præmis 34. Jf. ligeledes udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 168 og 173 og den deri nævnte retspraksis).

³⁴ – C-741/19, EU:C:2021:164, punkt 64.

³⁵ – Jf. mit forslag til afgørelse Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, punkt 65 og den deri nævnte retspraksis).

³⁶ – Jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada, EU:C:2019:72, punkt 82).

101. Jeg gør i dette lys opmærksom på, at Kommissionen har opfordret til indgåelsen af investeringsaftaler mellem medlemsstaterne og de central- og østeuropæiske stater som nødvendige instrumenter i forbindelse med deres tiltrædelse af Unionen³⁷. I øvrigt fremmer 1995-aftalens artikel 74, der har overskriften »Investeringsfremme og -beskyttelse«, indgåelsen af aftaler mellem medlemsstaterne og Rumænien om beskyttelse og fremme af investeringer. Kongeriget Sverige og Rumænien fulgte derfor denne opfordring med indgåelsen af den omhandlede investeringsaftale.

102. I denne særlige sammenhæng bør den bestemmelse om tvistbilæggelse, som indgår i investeringsaftalen, forstås som et middel til at råde bod på den manglende gensidige tillid mellem Kongeriget Sverige og Rumænien. Det drejede sig således om at sikre beskyttelsen af medlemsstaternes investorer i Rumænien ved bl.a. at sikre, at det var muligt at anvende en tvistbilæggelsesordning uden for denne stats domstolssystem, idet der ikke var tilstrækkelig tillid til, at den før tiltrædelsen ville respektere investorernes ret til effektive retsmidler³⁸.

103. Under disse omstændigheder finder jeg det legitimt, at voldgiftsretter, for hvilke der gyldigt er indbragt en tvist på grundlag af en investeringsaftale, hvis indgåelse mellem en medlemsstat og den stat, der er part i voldgiftssagen, før denne stats tiltrædelse Unionen selv opfordrede til, ikke erklærer sig inkompetente på tiltrædelsestidspunktet, eftersom voldgiftssagen før tiltrædelsen – på samme måde som princippet om gensidig tillid efter tiltrædelsen – gav mulighed for at sikre beskyttelsen af investorernes rettigheder.

104. Jeg er derfor af den opfattelse, at princippet om gensidig tillid – i modsætning til situationen i den sag, der gav anledning til Achmea-dommen – ikke kan begrunde en afbrydelse af den omhandlede voldgiftssag, som oprindeligt gjorde det muligt at råde bod på den manglende tillid til, at Rumænien ville overholde kravene om en effektiv domstolsbeskyttelse før landets tiltrædelse af Unionen.

105. I retsmødet gjorde European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. endvidere gældende, at Rumæniens tiltrædelse af Unionen ikke havde gjort det muligt at skabe gensidig tillid mellem denne medlemsstat og de øvrige medlemsstater, eftersom Rumæniens tiltrædelse havde været betinget af oprettelsen af en mekanisme for samarbejde og kontrol vedrørende denne medlemsstats fremskridt med opfyldelsen af specifikke benchmarks på områderne retsreform og bekæmpelse af korruption³⁹.

106. Dette argument er ikke overbevisende. MSK-beslutningen alene indebærer ikke, at princippet om gensidig tillid ikke finder anvendelse på forbindelserne mellem Rumænien og de øvrige medlemsstater. En generel mistillid til en medlemsstat alene på grundlag af iværksættelsen af en mekanisme som den, der var omfattet af MSK-beslutningen, på tidspunktet for dens

³⁷ – Generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699, punkt 40). Jf. desuden D. Kochenov, N. Lavranos, »Achmea Versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union«, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021.

³⁸ – Jf. vedrørende de værdipapirretlige voldgiftsretters bidrag til respekten for retsstaten W. Sadowski, »Protection of the Rule of Law in the European Union through Investment Treaty Arbitration: Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe?«, *Common Market Law Review*, nr. 55, 2018, s. 1025-1060, og D. Kochenov, N. Lavranos, op.cit.

³⁹ – Kommissionens beslutning 2006/928/EF af 13.12.2006 om oprettelse af en mekanisme for samarbejde og kontrol vedrørende Rumæniens fremskridt med opfyldelsen af specifikke benchmarks på områderne retsreform og bekæmpelse af korruption (EUT 2006, L 354, s. 56, herefter »MSK-beslutningen«).

tiltrædelse, kan ikke findes i Unionens retsorden. En begrænset tillid i forhold til de rumænske domstole kan kun være baseret på objektive, pålidelige, præcise og behørigt ajourførte oplysninger om, hvorledes domstolssystemet i medlemsstaten fungerer⁴⁰.

3) *Konklusion vedrørende anvendelsen af retspraksis i Achmea-dommen*

107. Det følger af det ovenstående, at de principper, der følger af Achmea-dommen, efter min opfattelse ikke kan finde anvendelse vedrørende en voldgiftssag som den i hovedsagen omhandlede, som er indledt på grundlag af en investeringsaftale indgået mellem to medlemsstater, før den stat, som er part i voldgiftssagen, tiltrådte Unionen, og som endnu ikke var afsluttet på tidspunktet for denne tiltrædelse⁴¹.

108. Efter min opfattelse kan det ikke konkluderes, at der foreligger en tilsidesættelse af princippet om EU-rettens autonomi, af princippet om gensidig tillid eller af artikel 267 TEUF og 344 TEUF.

b) Investeringsaftalens forenelighed med EU-retten, da den blev indgået

109. Kongeriget Spanien har, støttet af Kommissionen i denne henseende, gjort gældende, at investeringsaftalen helt fra dens indgåelse har været i strid med EU-retten, for så vidt som den voldgiftsret, der er blevet oprettet på grundlag heraf, risikerer at skade den demokratiske beslutningsproces i de stater, der har indgået aftalen, eftersom den fratager en rumænsk lov den ønskede økonomiske virkning, og at hindre den effektive anvendelse af statsstøttereglerne i Sverige og Rumænien, og at investeringsaftalen således påvirker EU-institutionernes funktion i overensstemmelse med Unionens forfatningsmæssige ramme.

110. For det første tvivler jeg generelt på, at et sådant argument har beviskraft, henset til baggrunden for indgåelsen af investeringsaftaler mellem medlemsstaterne og Rumænien, idet EU opfordrede dem hertil ved 1995-aftalen. En sådan løsning ville desuden svare til med tilbagevirkende kraft at anse en investeringsaftale, der er indgået mellem en medlemsstat og et tredjeland, for at være uforenelig med EU-retten, og mere generelt rejse tvivl – uden anden form for undersøgelse og på abstrakt vis – om foreneligheden med EU-retten af samtlige investeringsaftaler indgået mellem en medlemsstat og et tredjeland.

111. For det andet er det min opfattelse – hvad konkret angår den omhandlede voldgiftssag – at denne under alle omstændigheder hverken fører til, at statsstøttereglerne mister deres effektivitet, eller at en rumænsk lov fratages den ønskede økonomiske virkning, for så vidt som jeg af de grunde, som jeg vil redegøre for i forbindelse med behandlingen af hovedappellen, er af den opfattelse, at statsstøttereglerne finder anvendelse i den foreliggende sag.

112. Under disse omstændigheder kan investeringsaftalen ikke anses for at være uforenelig med EU-retten fra det tidspunkt, hvor den blev indgået.

⁴⁰ – Jf. i denne retning dom af 25.7.2018, Minister for Justice and Equality (Mangler ved domstolssystemet) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, præmis 61).

⁴¹ – Jeg gør desuden opmærksom på, at denne løsning har den fordel, at den udviser en vis overensstemmelse med voldgiftsretternes praksis for så vidt angår deres kompetence *ratione temporis*. Jf. i denne henseende J. Matringe, »La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps«, i C. Leben (red), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, L.G.D.J., 2010, s. 78 og 79.

3. Konklusion vedrørende kontraappellen

113. Det følger af det ovenstående, at det første anbringende i kontraappellen bør forkastes. Da kontraappellens andet anbringende afhænger af, at det første anbringende tages til følge, bør kontraappellen efter min opfattelse forkastes i sin helhed.

B. Hovedappellen

114. Kommissionen har, støttet i denne henseende af Kongeriget Spanien, fremført tre anbringender til støtte for sin appel. Den har gjort gældende, at Retten for det første begik en retlig fejl og foretog en urigtig retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder, idet den konkluderede, at Kommissionen ikke havde kompetence til at vedtage den anfægtede afgørelse; for det andet begik Retten en retlig fejl, idet den fastslog, at EU-retten ikke fandt anvendelse på den tildelte erstatning, og for det tredje begik den en retlig fejl, idet den fastslog, at den anfægtede afgørelse foretog en urigtig kvalificering af voldgiftsrettens tildeling af erstatningen som en fordel.

115. Jeg vil indlede min analyse med at undersøge de to første appelanbringender, som tager sigte på at fastlægge det tidspunkt, hvor statsstøtten skal anses for at være ydet af medlemsstaten, med henblik på at fastslå, om statsstøttereglerne fandt anvendelse på det pågældende tidspunkt, og om Kommissionen havde kompetence til at vedtage den omtvistede afgørelse.

1. De to første appelanbringender: fastsættelse af tidspunktet for tildeling af støtte

116. Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 66 ff., at EU-retten først blev anvendelig i Rumænien fra datoen for Rumæniens tiltrædelse af Unionen, og at Kommissionen derfor først fra denne dato har fået kompetence til at foretage kontrol af Rumæniens handlinger i medfør af artikel 108 TEUF. Retten udledte heraf med rette, at det for at afgøre, om Kommissionen havde kompetence til at vedtage den omtvistede afgørelse, skal fastlægges, på hvilket tidspunkt den angivelige støtte blev ydet.

117. Ifølge Retten »[er] sagsøgerne [i første instans'] ret til at modtage den omhandlede erstatning [...] opstået, ligesom dennes virkninger er begyndt, på det tidspunkt, hvor Rumænien ophævede hastebekendtgørelse nr. 24/1998, dvs. før Rumæniens tiltrædelse af Unionen, og således, at det tidspunkt, hvor denne ret blev overdraget til sagsøgerne [...], ligger forud for tiltrædelsen«⁴².

118. Kommissionen har gjort gældende, at European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. først fik ret til erstatning, da kendelsen blev omdannet til et eksigibelt fuldbyrdsdokument i henhold til national ret, eftersom det forinden var usikkert, om de havde ret til at modtage kompensation. Den foranstaltning, hvorved den angivelige støtte blev ydet, er således ikke Rumæniens ophævelse af hastebekendtgørelserne, men denne medlemsstats gennemførelse af kendelsen. Eftersom denne foranstaltning blev vedtaget efter Rumæniens tiltrædelse af Unionen, fandt EU-retten anvendelse, og Kommissionen havde fået kompetence til at vurdere den i lyset af artikel 107 TEUF og 108 TEUF, hvorved Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at foranstaltningen var blevet tildelt før tiltrædelsen, og at Kommissionen ikke havde kompetence.

⁴² – Den appellerede doms præmis 78.

119. Jeg vil i denne forbindelse ganske kort fremhæve, at spørgsmålet vedrørende det tidspunkt, hvor støtten blev ydet, i modsætning til, hvad European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har gjort gældende, faktisk udgør et retligt spørgsmål, der kan gøres til genstand for appel, når det skal fastsættes, hvorvidt en erstatning, der er tildelt ved en voldgiftskendelse på grund af statens ophævelse af en skattemæssig incitamentsordning, skal anses for at være tildelt på tidspunktet for denne ophævelse, før tiltrædelsen, eller ved den faktiske udbetaling af erstatningen i henhold til voldgiftskendelsen, efter tiltrædelsen.

120. Endvidere kan de argumenter, som European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har fremført, hvorefter Kommissionen tilsigter at ændre den omtvistede afgørelse ved at gøre gældende, at den pågældende støtte ikke længere er en følge af udbetalingen af erstatningen, men af afsigelsen af kendelsen, ikke tiltrædes, eftersom de anbringender, som Kommissionen har fremsat i appelskriftet, er udledt af selve den appellerede dom og har til formål at anfægte dens grundlag⁴³.

121. Som Retten bemærkede, fastslog Domstolen i Magdeburger Mühlenwerke-dommen⁴⁴, at »statsstøtte anses for ydet på det tidspunkt, hvor retten til at modtage støtten overdrages til støttemodtageren i henhold til de gældende nationale retsregler«.

122. Som European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har gjort gældende, synes en sådan formulering at indikere, at tidspunktet for tildeling af en støtteforanstaltning ikke nødvendigvis er sammenfaldende med tidspunktet for den faktiske udbetaling af støtten.

123. Selv om det ofte forholder sig således, kan en støtte ikke desto mindre – i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende – betragtes som ydet, selv om den reelt ikke er blevet udbetalt⁴⁵. Det er ligeledes blevet fastslået – vedrørende en støtte, der var blevet udbetalt under en støtteordning – at støtten først kan anses for at være ydet, når den faktisk er gennemført, også selv om støtteordningen fandtes forud herfor⁴⁶.

124. Med andre ord er den faktiske udbetaling af støtten efter min opfattelse ikke det kriterium, der gør det muligt at fastlægge det tidspunkt, hvor foranstaltningen skal anses for at være blevet ydet. Den omstændighed alene, at udbetalingen af den omhandlede kompensation fandt sted efter tiltrædelsen, kan således ikke være tilstrækkelig til at fastslå, at den faktisk blev ydet på dette tidspunkt, således at EU-retten fandt anvendelse, og Kommissionen havde kompetence.

125. Efter min opfattelse følger det klart af det princip, der er fastsat i Magdeburger Mühlenwerke-dommen⁴⁷, at den afgørende faktor med henblik på at fastslå tidspunktet for tildelingen af en angivelig støtte er den pågældende støttemodtagers erhvervelse af en sikker ret til at modtage den og statens tilsvarende forpligtelse til at yde foranstaltningen. Et sådant kriterium synes at være logisk set i lyset af statsstøttereglernes formål, dvs. at gribe ind over for statslige aktioner, eftersom statens blotte tilsagn om at støtte en begunstiget virksomhed allerede i sig selv kan indebære en forvriddning af konkurrencen på markedet, endog før støtten rent faktisk gennemføres.

⁴³ – Dom af 29.11.2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall m.fl. mod Kommissionen (C-176/06 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:730, præmis 17).

⁴⁴ – Dom af 21.3.2013 (C-129/12, EU:C:2013:200, præmis 40).

⁴⁵ – Dom af 19.12.2019, Arriva Italia m.fl. (C-385/18, EU:C:2019:1121, præmis 37 og 41).

⁴⁶ – Dom af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 88), og kendelse af 7.12.2017, Irland mod Kommissionen (C-369/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:955, præmis 29).

⁴⁷ – Dom af 21.3.2013 (C-129/12, EU:C:2013:200).

126. Ifølge Retten opstod den ret, som European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. fik til at modtage den angivelige støtteforanstaltning i form af den erstatning, der blev tilkendt ved voldgiftskendelsen, på det tidspunkt, hvor Rumænien tilsidesatte investeringsaftalens bestemmelser. Jeg er ikke enig i denne analyse.

127. Det er klart, at den af voldgiftsretten tildelte compensation, den angivelige støtte, er en følge af denne tilsidesættelse. Det er endvidere korrekt, således som Retten anførte i den appellerede doms præmis 78, at voldgiftskendelsen og Rumæniens udbetalinger ifølge logikken i reglerne om erstatningsansvar for European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. udgør en anerkendelse af en ret til erstatning for et tab, som er lidt på grund af Rumæniens handlinger og fuldbyrdelsen af denne ret. Voldgiftskendelsen og fuldbyrdelsen heraf konstaterer således blot, med tilbagevirkende kraft, en ret, der allerede bestod⁴⁸.

128. Selv om retten til compensation, i henhold til reglerne om erstatningsansvar, er opstået på det tidspunkt, hvor skaden er lidt, kan denne fortolkning imidlertid ikke indebære, at retten til at modtage støtte, i henhold til statsstøttereglerne, ligeledes opstår på dette tidspunkt. Når voldgiftskendelsen med *tilbagevirkende* kraft fastslår, at der er ret til erstatning, er det således, fordi det inden denne kendelse ikke kunne fastlægges med sikkerhed, at der bestod en sådan ret til erstatning.

129. Under voldgiftssagen var det omtvistet, om Rumænien havde tilsidesat bestemmelserne i investeringsaftalen, og dermed om European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. havde lidt et tab, idet Rumænien bestred selve forpligtelsen til at betale compensation. Først da tvisten var afgjort, blev Rumænien forpligtet til at yde den omhandlede erstatning, og European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. fik ret til at modtage denne i henhold til statsstøttereglerne og som omhandlet i ovennævnte retspraksis. Det er i denne henseende uden betydning, at voldgiftskendelsen, i henhold til reglerne om erstatningsansvar, fastslår, at der med tilbagevirkende kraft består en ret til erstatning for et tab.

130. Eftersom statsstøttereglerne vedrører medlemsstaternes adfærd og deres forpligtelse til at træffe visse foranstaltninger, kunne Rumænien ikke anses for at være forpligtet til at yde erstatning til European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. på det tidspunkt, hvor Rumænien netop bestred en sådan forpligtelse.

131. En sådan fortolkning har en vis sammenhæng med retspraksis vedrørende tildeling af støtte ved en afgørelse fra en national ret, som efter min opfattelse gør det muligt at opstille en analogi med omstændighederne i den foreliggende sag. Det er således blevet fastslået, at en støtte er en følge af en afgørelse truffet af en national ret, når det er denne afgørelse, der anerkender den begunstigedes ret til at modtage støtten og fastsætter det endelige beløb⁴⁹. Desuden har Domstolen fastslået, at en afgørelse om foreløbige forholdsregler, der genindfører en støtteforanstaltning efter at have fastslået, at den var blevet ophævet under tilsidesættelse af en kontrakt, skal anses for selv at tildele en ny støtte⁵⁰.

132. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at Retten begik en retlig fejl og foretog en urigtig retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder, da den fastslog, at den omhandlede støtte var blevet tildelt på tidspunktet for Rumæniens tilsidesættelse af investeringsaftalen.

⁴⁸ – Den appellerede doms præmis 84.

⁴⁹ – Dom af 29.11.2018, ARFEA mod Kommissionen (T-720/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:853, præmis 185).

⁵⁰ – Dom af 26.10.2016, DEI og Kommissionen mod Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797, præmis 59).

133. Dette gælder så meget desto mere, som det tab, European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. har lidt, i det foreliggende tilfælde er en følge af Rumæniens ophævelse af hastebekendtgørelserne med det formål at efterleve statsstøttere reglerne. Med andre ord udgøres støtteforanstaltningen ifølge Retten af selve ophævelsen af en støtteforanstaltning som omhandlet i 1995-aftalen, der henviser til artikel 107 TEUF, hvilken støtteforanstaltning det rumænske konkurrenceråd har fastslået foreligger. Det rumænske konkurrenceråd, som havde kompetence på tidspunktet for ophævelsen, burde således ifølge denne logik, samtidig med at det anmodede Rumænien om at ophæve hastebekendtgørelserne, have fundet, at en sådan ophævelse ligeledes udgjorde statsstøtte, og undersøgt denne foranstaltning på ny i lyset af 1995-aftalens regler om statsstøtte.

134. Mere generelt indebærer Rettens løsning – således som Kommissionen har anført – en anerkendelse af, at en statsstøtte automatisk kan tildeles på grund af ophævelsen af en statsstøtte. Efter min opfattelse fremhæver denne omstændighed den manglende konsekvens i den løsning, som blev anvendt i den appellerede dom.

135. Jeg er derfor af den opfattelse, at den angivelige støtteforanstaltning ikke blev ydet på tidspunktet for tilsidesættelsen af investeringsaftalen, men på det tidspunkt, hvor det blev anerkendt, at European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl., havde ret til erstatning, og hvor Rumænien følgelig blev forpligtet til at betale denne erstatning, dvs. efter afsigelsen af voldgiftskendelsen, da Rumænien gennemførte kendelsen. Dette tidspunkt lå imidlertid efter Rumæniens tiltrædelse af Unionen. Det følger heraf, at EU-retten fandt anvendelse på denne foranstaltning, og at Kommissionen havde kompetence i henhold til artikel 108 TEUF til at undersøge den pågældende erstatning i lyset af statsstøttere reglerne.

136. Af konsekvenshensyn skal jeg i denne forbindelse præcisere, at spørgsmålet om Kommissionens kompetence til at undersøge en foranstaltning, der følger af en erstatning ydet på baggrund af en kendelse afsagt af en voldgiftsret, i lyset af statsstøttere reglerne adskiller sig fra spørgsmålet om de rumænske retters kompetence til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål i forbindelse med den tvist, der førte til tilkendelsen af erstatning. Den omstændighed, at de rumænske retter ikke har kompetence i denne henseende, berører således på ingen måde Kommissionens kompetence til at vurdere den erstatning, der er tildelt efter tiltrædelsen, i lyset af statsstøttere reglerne. Som Kommissionen med rette har anført, fastlægges denne kompetence alene på grundlag af den omstændighed, der har udløst støtten, og som indtræder på det tidspunkt, hvor det med sikkerhed anerkendes, at der er ret til at modtage erstatning.

137. De to første appelanbringender bør derfor efter min opfattelse tages til følge⁵¹.

138. Eftersom det på grundlag af denne analyse kan fastslås, at Kommissionen havde kompetence til at undersøge den omhandlede erstatning i henhold til artikel 108 TEUF, skal det første led af det første anbringende, der blev fremsat i første instans i forbindelse med annullationssøgsmålet i sag T-704/15, og første led af det andet anbringende, der blev fremsat i sagerne T-624/15 og T-694/15, forkastes.

⁵¹ – Kommissionens argumenter i det andet appelanbringende hviler i det væsentlige på den antagelse, at EU-retten under alle omstændigheder fandt anvendelse, selv om foranstaltningen skal anses for at være blevet ydet før tiltrædelsen, for så vidt som udbetalingen af erstatning er den fremtidige virkning af et forhold, der er opstået forinden. Jeg er af den opfattelse, at Retten fejlagtigt fastslog, at tidspunktet for tildelingen af støtten lå før tiltrædelsen, eftersom den i virkeligheden fandt sted med afsigelsen af voldgiftskendelsen og Rumæniens gennemførelse heraf. Det er ufornødent at afgøre, om Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at udbetalingen af erstatningen ikke udgjorde den fremtidige virkning af et tidligere forhold, og at EU-retten således ikke fandt anvendelse.

2. Det tredje appelanbringende: spørgsmålet, om der foreligger en fordel som omhandlet i artikel 107 TEUF

139. Med det tredje anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i form af en urigtig fortolkning af begrebet »fordel« og ved at undlade at behandle alle de argumenter, der var fremført i den anfægtede afgørelse med henblik på at godtgøre, at der forelå en sådan fordel.

140. I den appellerede doms præmis 103 bemærkede Retten, at erstatning for et lidt tab i henhold til den retspraksis, der følger af dommen i sagen Asteris m.fl.⁵², ikke kan anses for statsstøtte som omhandlet i artikel 107 TEUF, medmindre denne erstatning indebærer en erstatning for tilbagekaldelse af støtte, der er ulovlig eller uforenelig med EU-retten⁵³. Dette var ifølge Retten ikke tilfældet.

141. For det første fastslog Retten i den appellerede doms præmis 104 og 105, at eftersom det følger af det første annullationsanbringende, at EU-retten ikke fandt anvendelse på den omhandlede erstatning, og da Kommissionen ikke havde kompetence til at foretage en undersøgelse, kan denne erstatning ikke anses for erstatning for tilbagekaldelse af støtte, der er ulovlig eller uforenelig med EU-retten.

142. For det andet præciserede Retten i den appellerede doms præmis 106-108, at den omhandlede erstatning dækkede en periode, der lå forud for tiltrædelsen, hvor EU-retten ikke fandt anvendelse, således at sagsøgerne for denne periode kunne påberåbe sig den retspraksis, der følger af dommen i sagen Asteris m.fl.⁵⁴. Kommissionen sondrede imidlertid ikke mellem perioderne før og efter tiltrædelsen i den omtvistede afgørelse. Heraf følger, at den omtvistede afgørelse er ulovlig, for så vidt som tildelingen af erstatning kvalificeres som en »fordel«, i det mindste for så vidt angår perioden forud for tiltrædelsen.

143. Jeg gør i denne forbindelse opmærksom på en vis selvmodsigelse i begrundelsen for den appellerede dom med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen korrekt havde fastslået, at European Food m.fl. og Viorel Micula m.fl. havde fået en fordel som omhandlet i artikel 107 TEUF. Retten bemærkede således på den ene side, at der ikke var tale om en fordel, eftersom EU-retten ikke fandt anvendelse på den pågældende erstatning, samtidig med at den på den anden side medgav, at den reelt fandt anvendelse, for så vidt som erstatningen vedrørte tilbagekaldelsen af hastebekendtgørelserne for perioden efter tiltrædelsen. Jeg kan derfor ikke helt forstå grundlaget for Rettens ræsonnement, som foranledigede den til at tiltræde dette anbringende.

144. Desuden er begge disse begrundelser efter min opfattelse behæftet med en retlig fejl.

145. For det første må det, for så vidt som Retten fastslog, at Kommissionen ikke gyldigt kunne konkludere, at der forelå en fordel som omhandlet i artikel 107 TEUF, idet den ikke havde kompetence til at undersøge erstatningen på grundlag af statsstøttereglerne, konstateres, at dette ræsonnement udelukkende er baseret på en fejlagtig forudsætning. Som jeg har påvist i

⁵² – Dom af 27.9.1988 (106/87-120/87, EU:C:1988:457).

⁵³ – Dom af 27.9.1988, Asteris m.fl. (106/87-120/87, EU:C:1988:457, præmis 23 og 24). Jf. desuden generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Atzeni m.fl. (C-346/03 og C-529/03, EU:C:2005:256, punkt 198).

⁵⁴ – Dom af 27.9.1988 (106/87-120/87, EU:C:1988:457).

forbindelse med undersøgelsen af de to første appelanbringender, fandt EU-retten anvendelse, og Kommissionen var kompetent hvad angår den omhandlede erstatning, idet den var blevet tildelt efter Rumæniens tiltrædelse af Unionen.

146. Retten kunne derfor ikke alene på dette grundlag, uden at begå en retlig fejl, fastslå, at den omhandlede erstatning ikke kunne anses for en erstatning for tilbagekaldelse af støtte, der er ulovlig eller uforenelig med EU-retten.

147. Hvad for det andet angår argumentet om, at den del af erstatningen, der svarer til den periode, der lå forud for tiltrædelsen, henhører under retspraksis ifølge dommen i sagen Asteris m.fl.⁵⁵, anser jeg denne omstændighed for at være relevant ved analysen af spørgsmålet, om der foreligger en fordel. Jeg forstår Rettens ræsonnement således, at den fastslår, at den omhandlede erstatning ikke kunne anses for en genindførelse af en ulovlig støtte, eftersom det ikke kunne fastslås før tiltrædelsen, at der forelå statsstøtte som omhandlet i artikel 107 TEUF, idet EU-retten endnu ikke fandt anvendelse.

148. Selv om det er klart, at det med henblik på at fastlægge det tidspunkt, hvor foranstaltningen blev tildelt, kun er det tidspunkt, hvor der blev givet ret til at modtage erstatning, der er relevant, kan denne foranstaltningens særlige karakter, dvs. erstatning, som Rumænien har udbetalt i henhold til en voldgiftskendelse, have betydning hvad angår foranstaltningens kvalificering som statsstøtte som omhandlet i artikel 107 TEUF, navnlig for så vidt angår anvendelsen af den retspraksis, der følger af dommen i sagen Asteris m.fl.⁵⁶.

149. Som Kommissionen har gjort gældende, afhænger anvendelsen af denne retspraksis under omstændighederne i den foreliggende sag imidlertid ikke udelukkende af, om erstatningen fører til genindførelse af en foranstaltning, der kunne eller ikke kunne kvalificeres som statsstøtte som omhandlet i artikel 107 TEUF før tiltrædelsen. I den omtvistede afgørelse udelukkede Kommissionen således, at denne retspraksis kunne anvendes på en voldgiftssag uden for medlemsstaternes generelle bestemmelser om civilretligt erstatningsansvar⁵⁷, og støttede sig ligeledes på det forhold, at incitamentsordningerne i hastebekendtgørelserne af det rumænske konkurrenceråd var blevet kvalificeret som »støtte« på grundlag af 1995-aftalen⁵⁸.

150. Uanset om disse to forhold var begrundede, skal det anføres, at Retten kun vurderede lovligheden af en af de grunde, der foranledigede Kommissionen til at se bort fra den retspraksis, der følger af dommen i sagen Asteris m.fl.⁵⁹, for heraf at konkludere, at denne i realiteten fandt anvendelse.

151. Det er herved min opfattelse, at Retten ikke uden at begå en retlig fejl kunne fastslå, at Kommissionens afgørelse var ulovlig hvad angår kvalificeringen som en »fordel«, uden samtidig at efterprøve, om Kommissionen fejlagtigt havde udelukket, at den retspraksis, der følger af dommen i sagen Asteris m.fl., fandt anvendelse⁶⁰, dels på grund af grundlaget for tildelingen af erstatningen dels på grund af den omstændighed, at hastebekendtgørelserne af det rumænske konkurrenceråd var blevet kvalificeret som »statsstøtte« på grundlag af 1995-aftalen.

⁵⁵ – Dom af 27.9.1988 (106/87-120/87, EU:C:1988:457).

⁵⁶ – Dom af 27.9.1988 (106/87-120/87, EU:C:1988:457).

⁵⁷ – 101. og 102. betragtning til den omtvistede afgørelse.

⁵⁸ – 105.-107. betragtning til den omtvistede afgørelse.

⁵⁹ – Dom af 27.9.1988 (106/87-120/87, EU:C:1988:457).

⁶⁰ – Dom af 27.9.1988 (106/87-120/87, EU:C:1988:457).

152. Det følger efter min opfattelse af det ovenstående, at det tredje appelanbringende skal tages til følge.

153. På baggrund af samtlige disse betragtninger er det min opfattelse, at den appellerede dom skal ophæves, at det første anbringendes første led i sag T-704/15 og det andet anbringendes første led i sagerne T-624/15 og T-694/15 skal forkastes, og at de forenede sager T-624/15, T-694/15 og T-704/15 skal hjemvises til Retten med henblik på, at denne træffer afgørelse vedrørende de resterende anbringender.

VII. Forslag til afgørelse

154. På baggrund af førnævnte betragtninger foreslår jeg, at Domstolen:

- forkaster kontraappellen
- ophæver dommen afsagt af Den Europæiske Unions Ret af 18. juni 2019, European Food SA m.fl. mod Kommissionen (T-624/15, T-694/15 og T-704/15, EU:T:2019:423)
- forkaster det andet anbringendes første led i sagerne T-624/15 og T-694/15 og det første anbringendes første led i sag T-704/15
- hjemviser de forenede sager T-624/15, T-694/15 og T-704/15 til Retten med henblik på, at denne træffer afgørelse vedrørende de resterende anbringender.