



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

N. EMILIOU

fremsat den 9. november 2023¹

Sag C-516/22

**Europa-Kommissionen
mod**

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland

»Traktatbrud – udeblivelsesdom – aftale om Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands udtræden af Den Europæiske Union og Det Europæiske Atomenergifællesskab – overgangsperiode – Domstolens kompetence – dom afsagt af Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) – fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse – artikel 4, stk. 3, TEU – forpligtelse til loyalt samarbejde – udsættelse – artikel 351, stk. 1, TEUF – aftaler mellem medlemsstater og tredjelande, der er indgået inden deres tiltrædelse af Den Europæiske Union – multilaterale traktater – artikel 267 TEUF – undladelse af at foretage en præjudiciel forelæggelse – national ret, der træffer afgørelse i sidste instans – artikel 108, stk. 3, TEUF – statsstøtte – udsættelsespligten«

I. Indledning

1. Mertens de Wilmars – daværende dommer og senere den sjette præsident for (hvad der i dag er) Den Europæiske Unions Domstol – skrev uden for sin dommervirksomhed i en artikel fra 1970, som han var medforfatter til, at stater inden for rammerne af den klassiske folkeret er ansvarlige for deres retsvæsens handlinger. Han tilføjede imidlertid, at den daværende EØF-traktat havde skabt et meget særligt forhold mellem de nationale og Fællesskabets retslige myndigheder. På dette grundlag argumenterede Mertens de Wilmars for, at »en national rets afgørelse vedrørende anvendelsesområdet for fællesskabsnormer [...] eller mere generelt en dom, som anvender fællesskabsretten, aldrig kan anses for i sig selv at udgøre en overtrædelse fra en medlemsstats side«. Ifølge ham kan en medlemsstat inden for rammerne af et traktatbrudssøgsmål kun ifalde ansvar for sine retsinstansers handlinger i det tilfælde, at en ret i sidste instans systematisk nægter at anvende den præjudicielle procedure².

2. Mere end 50 år senere har EU-retten ændret sig væsentligt. Det fremgår nu af fast retspraksis, at en medlemsstats traktatbrud i princippet kan fastslås i medfør af artikel 258 TEUF – 260 TEUF, uanset hvilken statsinstitution eller hvilket statsorgan eller -agentur der ved sin handling eller undladelse har været årsag til traktatbruddet, endog selv om der er tale om en forfatningsmæssigt

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – J. Mertens de Wilmars og I.M. Verougstraete, »Proceedings against Member States for failure to fulfil their obligations«, *Common Market Law Review*, bind 7, nr. 4, 1970, s. 389 og 390. Jf. for en lignende argumentation nogle år senere generaladvokat Warners forslag til afgørelse Bouchereau (30/77, EU:C:1977:141, s. 2020).

uafhængig institution³. Det følger heraf, at en medlemsstat inden for rammerne af et traktatbrudssøgsmål kan ifalde ansvar for tilsidesættelser af EU-retten, der følger af nationale retters afgørelser⁴.

3. Det særlige ved den foreliggende sag er imidlertid, at de tilsidesættelser af EU-retten, som Kommissionen har gjort gældende, ikke er blevet begået af en ret i en medlemsstat, men af en ret, der – på det tidspunkt, hvor den afsagde den omhandlede dom, som følge af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands udtræden af Den Europæiske Union (herefter »Brexit«) – tilhørte et tredjeland: Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol).

4. I den foreliggende sag er det min opfattelse, at den omhandlede dom afsagt af Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) på trods af »Brexit« og den særlige forsigtighed, der er nødvendig for at fastslå en retslig tilsidesættelse⁵, indebar flere tilsidesættelser af EU-retten, som kan fastslås i den foreliggende sag.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

5. Artikel 351, stk. 1, TEUF bestemmer:

»De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før den 1. januar 1958 eller før tiltrædelsesdatoen for tiltrædende medlemsstaters vedkommende er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i denne traktat«⁶.

6. Ifølge artikel 2, litra e), i aftalen om Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands udtræden af Den Europæiske Union og Det Europæiske Atomenergifællesskab⁷ forstås ved »overgangsperioden« den periode, der er omhandlet i aftalens artikel 126.

7. Udtrædelsesaftalens artikel 86, stk. 2, der vedrører »Sager, der er indbragt for Den Europæiske Unions Domstol«, bestemmer:

»Den Europæiske Unions Domstol har fortsat kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål vedrørende anmodninger fra domstole i Det Forenede Kongerige indgivet inden overgangsperiodens udløb.«

³ – Jf. senest dom af 28.1.2020, Kommissionen mod Italien (Direktivet om bekæmpelse af forsinket betaling) (C-122/18, EU:C:2020:41, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).

⁴ – Jf. særligt dom af 12.11.2009, Kommissionen mod Spanien (C-154/08, EU:C:2009:695), og af 4.10.2018, Kommissionen mod Frankrig (Forskudsskat) (C-416/17, EU:C:2018:811). Jf. også udtalelse 1/09 (Aftale om indførelsen af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 87).

⁵ – Domstolen har gentagne gange fremhævet dette synspunkt, som jeg er helt enig i. Jf. f.eks. dom af 9.12.2003, Kommissionen mod Italien (C-129/00, EU:C:2003:656, præmis 32), og af 7.6.2007, Kommissionen mod Grækenland (C-156/04, EU:C:2007:316, præmis 52).

⁶ – Disse internationale aftaler benævnes i det følgende »tidligere aftaler«.

⁷ – Herefter »udtrædelsesaftalen« (EUT 2020, L 29, s. 7).

8. Udtrædelsesaftalens artikel 87, stk. 1, der vedrører »Nye sager for Domstolen«, fastsætter:

»Hvis Europa-Kommissionen finder, at Det Forenede Kongerige inden overgangsperiodens udløb ikke har overholdt en forpligtelse, der påhviler det i henhold til traktaterne eller i henhold til denne aftales fjerde del, kan Europa-Kommissionen inden for fire år efter overgangsperiodens udløb indbringe sagen for Den Europæiske Unions Domstol i overensstemmelse med kravene i artikel 258 i TEUF [...] Den Europæiske Unions Domstol har kompetence i sådanne sager.«

9. Udtrædelsesaftalens artikel 126 med overskriften »Overgangsperiode« bestemmer:

»Der er en overgangs- eller gennemførelsesperiode, som starter på dagen for denne aftales ikrafttræden og slutter den 31. december 2020.«

10. Udtrædelsesaftalens artikel 127 med overskriften »Oversættelsens anvendelsesområde« har følgende ordlyd:

»1. Medmindre andet er fastsat i denne aftale, finder EU-retten anvendelse på og i Det Forenede Kongerige i overgangsperioden.

[...]

3. I overgangsperioden har den EU-ret, som finder anvendelse i henhold til stk. 1, samme retsvirkninger over for og i Det Forenede Kongerige som i Unionen og dens medlemsstater, og den fortolkes og anvendes i overensstemmelse med de samme metoder og generelle principper, som finder anvendelse i Unionen.

[...]

6. Medmindre andet er fastsat i denne aftale, forstås enhver henvisning til medlemsstaterne i den EU-ret, som finder anvendelse i henhold til stk. 1, herunder som gennemført og anvendt af medlemsstaterne, i overgangsperioden således, at den omfatter Det Forenede Kongerige.

[...]«

B. International ret

11. Den bilaterale investeringsaftale, der den 29. maj 2002 blev indgået mellem den svenske regering og den rumænske regering om gensidig fremme og beskyttelse af investeringer (herefter »investeringsaftalen«), trådte i kraft den 1. juli 2003 og fastsætter 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.«

12. Investeringsaftalens artikel 7 fastsætter, at tvister mellem investorer og lande, der har undertegnet aftalen, navnlig skal afgøres af en voldgiftsret, som anvender ICSID-konventionen (herefter »voldgiftsklausulen«).

13. Artikel 53 og 54 i konventionen om bilæggelse af investeringstvister mellem stater og andre landes statsborgere, der er indgået i Washington den 18. marts 1965 (herefter »ICSID-konventionen«), findes i konventionens kapitel IV (»Voldgift«), afsnit 6 (»Anerkendelse og fuldbyrdelse af kendelsen«). Artikel 53, stk. 1, er affattet således:

»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, bortset fra i det omfang fuldbyrdelsen er blevet udsat i medfør af denne konventions bestemmelser.«

14. 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. [...]«

III. Sagens baggrund og den administrative procedure

15. De relevante faktiske omstændigheder i sagen, således som de fremgår af sagsakterne, kan sammenfattes som følger.

A. Voldgiftskendelsen, Kommissionens afgørelser og retsforhandlingerne ved Den Europæiske Unions Domstol

16. Den 26. august 2004 ophævede Rumænien med virkning fra den 22. februar 2005 en regional statsstøtteordning i form af forskellige skattemæssige fordele, der blev indført i 1998. Den 28. juli 2005 anmodede de svenske investorer Ioan og Viorel Micula samt tre selskaber, som de kontrollerede med hjemsted i Rumænien (herefter »investorerne«), og som havde nydt godt af ordningen, før den blev ophævet, om oprettelse af en voldgiftsret i overensstemmelse med investeringsaftalens artikel 7 med henblik på at opnå erstatning for skade som følge af ophævelsen af den pågældende skattemæssige incitamentsordning.

17. Ved voldgiftskendelse af 11. december 2013 (herefter »kendelsen«) fandt voldgiftsretten, at Rumænien ved at ophæve den pågældende skattemæssige incitamentsordning inden den 1. april 2009 havde tilsidesat investorernes berettigede forventninger, ikke havde handlet gennemsigtigt, idet disse investorer ikke i god tid fik underretning, og ikke havde sikret en retfærdig og rimelig behandling af deres investeringer i henhold til investeringsaftalens artikel 2, stk. 3. Voldgiftsretten pålagde derfor Rumænien at betale et beløb på 791 882 452 rumænske lei (RON) (ca. 160 mio. EUR) i skadeserstatning til investorerne.

18. Den 26. maj 2014 vedtog Kommissionen afgørelse C(2014) 3192 final, hvori den påbød Rumænien øjeblikkeligt at indstille enhver handling, som kunne føre til gennemførelse eller fuldbyrdelse af kendelsen, med den begrundelse, at en sådan handling forekom at udgøre en ulovlig statsstøtte, indtil Kommissionen havde truffet en endelig afgørelse om denne foranstaltnings forenelighed med det indre marked (herefter »indstillingspåbuddet«).

19. Den 1. oktober 2014 underrettede Kommissionen Rumænien om sin afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i artikel 108, stk. 2, TEUF vedrørende den formodede støtte (herefter »indledningsafgørelsen«).

20. Efterfølgende vedtog Kommissionen den 30. marts 2015 afgørelse (EU) 2015/1470 om statsstøtte SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) gennemført af Rumænien – Voldgiftskendelse i sagen Micula mod Rumænien af 11. december 2013 (herefter »den endelige afgørelse fra 2015«). Denne afgørelse fastsatte i det væsentlige, at i) udbetaling af den erstatning, der ved voldgiftskendelsen blev tilkendt investorerne, udgør »statsstøtte« i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF, som er uforenelig med det indre marked, og at ii) Rumænien er forpligtet til ikke at udbetale den uforenelige støtte og tilbagesøge støtte, som allerede er blevet udbetalt til investorerne.

21. Investorerne anfægtede gyldigheden af den endelige afgørelse fra 2015 for Retten, som ved dom af 18. juni 2019, *European Food m.fl. mod Kommissionen*, annullerede denne afgørelse⁸. Retten tiltrådte i det væsentlige investorernes anbringender vedrørende i) Kommissionens manglende kompetence og EU-rettens manglende anvendelighed på en situation forud for Rumæniens tiltrædelse og ii) en fejlkvalificering af erstatningen som en »fordel« og »støtte« som omhandlet i artikel 107 TEUF.

22. Den 27. august 2019 appellerede Kommissionen Rettens dom til Domstolen. Ved dom af 25. januar 2022 ophævede Domstolen Rettens dom⁹. Domstolen fastslog i det væsentlige indledningsvis, at den angivelige støtte var blevet tildelt efter Rumæniens tiltrædelse af Unionen, og at Retten følgelig havde begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen ikke tidsmæssigt havde kompetence til at vedtage den endelige afgørelse fra 2015. Domstolen fastslog endvidere, at Retten ligeledes havde begået en retlig fejl ved at fastslå, at *Achmea-dommen*¹⁰ var irrelevant i den foreliggende sag. Som følge heraf fastslog Domstolen, at Rumæniens samtykke til voldgiftssystemet i investeringsaftalen ikke længere var gældende efter denne medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union. Da Retten i sin dom ikke havde taget stilling til alle investorernes anbringender, hjemviste Domstolen sagen til Retten til fornyet afgørelse. Denne sag verserer stadig for Retten.

23. Endelig fastslog Domstolen ved kendelse af 21. september 2022 i sagen *Romatsa m.fl.*, som blev afsagt som svar på en anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af en belgisk ret i forbindelse med en tvist, der involverede investorerne, at artikel 267 TEUF og 344 TEUF skal fortolkes således, at en ret i en medlemsstat, der skal træffe afgørelse om fuldbyrdelsen af kendelsen, »har pligt til at se bort fra denne kendelse og kan derfor under ingen omstændigheder fuldbyrde denne for at gøre det muligt for adressaterne herfor at opnå den betaling af erstatning, som tilkendes hermed«¹¹.

B. Sagen ved Det Forenede Kongeriges domstole

24. Den 17. oktober 2014 blev kendelsen registreret ved High Court of Justice (England and Wales) (ret i første instans (England og Wales), Det Forenede Kongerige) i overensstemmelse med bestemmelserne i Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966 (lov om voldgift i internationale investeringstvister fra 1966), som gennemfører ICSID-konventionen i Det Forenede Kongerige.

⁸ – T-624/15, T-694/15 og T-704/15, EU:T:2019:423.

⁹ – Kommissionen mod *European Food m.fl.* (C-638/19 P, EU:C:2022:50).

¹⁰ – Dom af 6.3.2018 (C-284/16, EU:C:2018:158). I denne dom fastslog Domstolen, at en voldgiftsklausul i en bilateral investeringsaftale indgået mellem Kongeriget Nederlandene og Republikken Slovakiet var uforenelig med EU-retten.

¹¹ – C-333/19, EU:C:2022:749.

25. Den 20. januar 2017 forkastede High Court of Justice (England and Wales) (ret i første instans (England og Wales)) (dommer Blair) Rumæniens begæring om udsættelse af registreringen, men udsatte fuldbyrdelsen, indtil sagen ved Unionens retsinstanser afsluttes¹². Efterfølgende fandt Court of Appeal (appeldomstolen, Det Forenede Kongerige) (sammensat af dommer Arden, Hamblen og Leggatt) den 27. juli 2018, at Det Forenede Kongeriges domstole på grundlag af princippet om loyalt samarbejde i artikel 4, stk. 3, TEU er afskåret fra at træffe afgørelse om umiddelbar fuldbyrdelse af kendelsen, når der foreligger en afgørelse fra Kommissionen, som forbyder Rumænien at betale den tilkendte erstatning. På dette grundlag forkastede den investorernes appel til prøvelse af afgørelsen om udsættelse af gennemførelsen afsagt af High Court of Justice (England and Wales) (ret i første instans (England og Wales)), men pålagde Rumænien at stille sikkerhed for beløbet¹³.

26. Ved dom af 19. februar 2020 i sagen Micula mod Rumænien (herefter »den omhandlede dom«) besluttede Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), at kendelsen skulle fuldbyrdes. Denne domstol fastslog med støtte i artikel 351, stk. 1, TEUF, at fuldbyrdelsen af denne kendelse var omfattet af en multilateral traktat, ICSID-konventionen, som Det Forenede Kongerige havde indgået inden sin tiltrædelse af Unionen, og som pålagde Det Forenede Kongerige forpligtelser, som tredjelande, der er parter i denne aftale, kan kræve opfyldt.

C. Den administrative procedure

27. Den 3. december 2020 sendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Det Forenede Kongerige, hvori den gjorde gældende, at der var sket fire tilsidesættelser af EU-retten som følge af den omhandlede dom. I svaret af 1. april 2021 på åbningsskrivelsen bestred Det Forenede Kongerige de hævdede tilsidesættelser.

28. Da Kommissionen ikke fandt de argumenter, der var fremført i svaret på åbningsskrivelsen, overbevisende, fremsendte den den 17. juli 2021 en begrundet udtalelse til Det Forenede Kongerige. Ved skrivelse af 23. august 2021 anmodede Det Forenede Kongerige om forlængelse af fristen til at besvare den begrundede udtalelse, hvilket Kommissionen imødekom. Det Forenede Kongerige besvarede ikke den begrundede udtalelse.

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

29. I stævningen, der blev indleveret den 29. juli 2022, har Kommissionen nedlagt følgende påstande:

- Det fastslås, at Det Forenede Kongerige ved at tillade fuldbyrdelsen af voldgiftskendelsen afsagt i ICSID-sag nr. ARB/05/20 har tilsidesat sine forpligtelser:
- i henhold til artikel 4, stk. 3, TEU, sammenholdt med udtrædelsesaftalens artikel 127, stk. 1, ved at træffe afgørelse om fortolkningen af artikel 351, stk. 1, TEUF og bestemmelsens anvendelse på gennemførelsen af en voldgiftskendelse, mens samme emne var blevet afgjort

¹² – [2017] EWHC 31 (Comm).

¹³ – [2018] EWCA 1801.

ved gældende afgørelser fra Kommissionen og afventede, at Unionens retsinstanser traf afgørelse herom

- i henhold til artikel 351, stk. 1, TEUF, sammenholdt med udtrædelsesaftalens artikel 127, stk. 1, ved at fejlfortolke og urigtigt anvende begreberne »rettigheder [...] [for] en eller flere medlemsstater« og »berøres af traktaterne«
- i henhold til artikel 267, stk. 1, litra a) og b), TEUF samt artikel 267, stk. 3, TEUF, sammenholdt med udtrædelsesaftalens artikel 127, stk. 1, ved ikke at forelægge et spørgsmål om gyldigheden af Kommissionens indstillingspåbud af 2014 og Kommissionens indledningsafgørelse af 2014 og ved som en ret i sidste instans ikke at forelægge et spørgsmål om fortolkning af EU-retten, der hverken var *acte clair* eller *acte éclairé*
- i henhold til artikel 108, stk. 3, TEUF, sammenholdt med udtrædelsesaftalens artikel 127, stk. 1, ved at påbyde Rumænien at tilsidesætte dets EU-retlige forpligtelser, der følger af indstillingspåbuddet af 2014 og af indledningsafgørelsen af 2014.
- Det Forenede Kongerige tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

30. Det Forenede Kongerige har efter have fået stævningen behørigt forkyndt ikke indgivet svarskrift inden for den fastsatte frist. Da Det Forenede Kongeriges regering blev kontaktet af Domstolens Justitskontor for at bekræfte modtagelsen af Kommissionens stævning, oplyste den, at den havde modtaget stævningen, og at den »på dette tidspunkt« ikke havde til hensigt at deltage i sagen.

31. Ved skrivelse af 31. oktober 2022 har Kommissionen anmodet Domstolen om at afsige udeblivelsesdom i henhold til artikel 152 i Domstolens procesreglement (herefter »procesreglementet«).

32. Efter en skrivelse fra Domstolens Justitskontor meddelte Kommissionen Domstolen, at den ikke ville modsætte sig, at der blev fastsat en ny frist for indgivelse af svarskrift. Ved skrivelse af 20. april 2023 bekræftede Det Forenede Kongeriges regering imidlertid, at den ikke havde til hensigt at indgive svarskrift i den foreliggende sag på trods af den nye frist, som Domstolen havde fastsat.

V. Bedømmelse

33. Kommissionen har i den foreliggende sag gjort gældende, at der er sket fire særskilte tilsidesættelser af EU-retten som følge af den omhandlede dom. Inden jeg undersøger disse anbringender (afsnit C) vil jeg kort redegøre for visse proceduremæssige aspekter, der kendetegner den foreliggende sag, nemlig Domstolens kompetence i henhold til artikel 258 TEUF i medfør af udtrædelsesaftalen (afsnit A) og visse særlige forhold ved den procedure, hvorefter Domstolen afsiger udeblivelsesdom (afsnit B).

A. Indledende bemærkninger I: Domstolens kompetence i henhold til artikel 258 TEUF i medfør af udtrædelsesaftalen

34. Den 31. januar 2020 trådte Det Forenede Kongerige ud af Unionen og Det Europæiske Atomenergifællesskab. Den 1. februar 2020 trådte udtrædelsesaftalen i kraft.

35. Udtrædelsesaftalens artikel 2, litra e), og artikel 126 fastsætter en overgangsperiode, der begyndte på datoen for udtrædelsesaftalens ikrafttræden, og som udløb den 31. december 2020. Artikel 127 fastsætter, at EU-retten finder anvendelse på og i Det Forenede Kongerige i overgangsperioden, medmindre andet er fastsat i udtrædelsesaftalen.

36. Denne aftale indeholder også nogle specifikke bestemmelser om statsstøttekontrol og tilhørende administrative procedurer ved Kommissionen¹⁴ samt om retssager ved Unionens retsinstanser¹⁵. Ingen af disse bestemmelser i aftalen fastsætter imidlertid nogen undtagelse fra det princip, der er fastsat i aftalens artikel 127, for så vidt angår de EU-retlige bestemmelser (af både materiel og proceduremæssig art), der er relevante i den foreliggende sag.

37. Navnlig fastsætter udtrædelsesaftalens artikel 87, stk. 1, at »[h]vis Europa-Kommissionen finder, at Det Forenede Kongerige inden overgangsperiodens udløb ikke har overholdt en forpligtelse, der påhviler det i henhold til traktaterne [...] kan Europa-Kommissionen inden for fire år efter overgangsperiodens udløb indbringe sagen for Den Europæiske Unions Domstol i overensstemmelse med kravene i artikel 258 i TEUF [...] Den Europæiske Unions Domstol har kompetence i sådanne sager«.

38. Der kan drages to konklusioner af ovennævnte bestemmelser. For det første var Det Forenede Kongerige på det tidspunkt, hvor de påståede tilsidesættelser fandt sted, bundet af de EU-retlige bestemmelser, som Kommissionen har påberåbt sig i den foreliggende sag. For det andet har Domstolen kompetence til at træffe afgørelse i den foreliggende sag, eftersom i) den omhandlede dom blev afsagt i overgangsperioden (den 19.2.2020), og ii) Kommissionens søgsmål i henhold til artikel 258 TEUF blev anlagt inden for fire år efter overgangsperiodens udløb (den 29.7.2022).

B. Indledende bemærkninger II: udeblivelsesdomme

39. I den foreliggende sag har Det Forenede Kongerige ikke indgivet svarskrift, og Kommissionen har derfor anmodet Domstolen om at afsige udeblivelsesdom.

40. I henhold til procesreglementets artikel 152, stk. 3, undersøger Domstolen i sådanne tilfælde, »om sagen kan antages til realitetsbehandling, om formkravene er opfyldt, samt om sagsøgerens påstande forekommer begrundede«.

41. I den foreliggende sag synes de nødvendige formaliteter at være opfyldt. Som anført i punkt 30-32 i dette forslag til afgørelse har Det Forenede Kongeriges regering over for Domstolens Justitskontor bekræftet, at den har modtaget stævningen. Desuden kan jeg ikke se noget i stævningen, der antyder, at der foreligger en procedurefejl, der kan påvirke spørgsmålet om, hvorvidt søgsmålet kan antages til realitetsbehandling. Kommissionens stævning opfylder kravene om klarhed og præcision i procesreglementets artikel 120, og de klagepunkter, der fremføres heri, synes at svare til dem, der allerede er rejst i åbningsskrivelsen og i den begrundede udtalelse.

42. Hvad angår vurderingen af, om det er velbegrundet at afsige udeblivelsesdom, vil jeg gerne fremsætte to kortfattede og sammenhængende betragtninger.

¹⁴ – Jf. navnlig udtrædelsesaftalens artikel 92-95.

¹⁵ – Jf. navnlig udtrædelsesaftalens artikel 86-91.

43. Indledningsvis kan det være nyttigt at præcisere det beviskrav, som Domstolen skal anvende ved bedømmelsen af en sagsøgers påstande. Jeg skal i denne henseende igen minde om ordlyden af procesreglementets artikel 152, stk. 3, hvorefter Domstolen i udeblivelsessager har pligt til at tage stilling til, om »sagsøgerens påstande *forekommer* begrundede«¹⁶.

44. Efter min opfattelse fremgår det for det første af denne bestemmelse, at den omstændighed, at sagsøgte undlader at deltage i sagen, ikke automatisk indebærer, at Domstolens tager sagsøgerens påstande til følge. Som generaladvokat Mischo har anført, gælder der i forbindelse med proceduren i en udeblivelsessag »ingen formodning for, at sagsøgerens erklæringer er korrekte«¹⁷. I sager i henhold til artikel 258 TEUF – 260 TEUF følger det således af Domstolens faste praksis, at »selv om den pågældende medlemsstat ikke bestrider traktatbruddet, tilkommer det under alle omstændigheder Domstolen at fastslå, om det påståede traktatbrud foreligger«¹⁸.

45. Beviskravet kan heller ikke være det samme som det, Domstolen anvender i forbindelse med begæringer om foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 278 TEUF og 279 TEUF. I henhold til fast retspraksis skal Domstolen i disse sager alene efterprøve, om der foreligger *fumus boni juris*, dvs. om et anbringende »umiddelbart forekommer relevant og under alle omstændigheder ikke er uden rimeligt grundlag«¹⁹. Efter min opfattelse er forskellen mellem en påstand, der »forekommer begrundet«, og en påstand, der »ikke er uden rimeligt grundlag«, ikke blot terminologisk. Der kræves således noget mere i henhold til procesreglementets artikel 152, stk. 3.

46. For det andet angiver verbet »forekommer« imidlertid, at Domstolen i sin prøvelse skal være relativt velvilligt indstillet over for sagsøgerens påstande. Domstolen er ikke forpligtet til at foretage en fuldstændig prøvelse af de påberåbte faktiske omstændigheder og de retlige argumenter, som sagsøgeren har gjort gældende, og det kan heller ikke forventes, at den uddyber de faktiske og retlige argumenter, som sagsøgte kunne have gjort gældende, hvis denne havde deltaget i proceduren. Hvis sagsøgte giver afkald på sin møderet, vælger denne at give afkald på sin mulighed for bl.a. at fremlægge beviser, der kan rejse tvivl om rigtigheden af de faktiske omstændigheder, som sagsøgeren har gjort gældende, eller påberåbe sig argumenter til støtte for sit forsvar, som det i princippet påhviler sagsøgte at fremføre og underbygge.

47. Det er åbenbart, at Domstolen ved bedømmelsen af sagsøgerens påstande kan anse forhold, der er alment kendt eller påvist af almindelige erfaringer, for godtgjort²⁰, og princippet *iura novit curia* er fortsat fuldt ud gyldigt²¹. I øvrigt skal Domstolen imidlertid støtte sine konklusioner på de oplysninger, som indgår i sagsakterne.

¹⁶ – Min fremhævelse.

¹⁷ – Forslag til afgørelse Portugal mod Kommissionen (C-365/99, EU:C:2001:184, punkt 16).

¹⁸ – Jf. bl.a. dom af 28.3.2019, Kommissionen mod Irland (Spildevandsopsamlings- og behandlingssystem) (C-427/17, EU:C:2019:269, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁹ – Jf. f.eks. kendelse af 8.4.2020, Kommissionen mod Polen (C-791/19 R, EU:C:2020:277, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis). Min fremhævelse.

²⁰ – Jf. i denne retning dom af 20.3.2014, Kommissionen mod Polen (C-639/11, EU:C:2014:173, præmis 57), og af 20.3.2014, Kommissionen mod Litauen (C-61/12, EU:C:2014:172, præmis 62).

²¹ – Jf. vedrørende dette princip f.eks. dom af 20.1.2021, Kommissionen mod Printeos (C-301/19 P, EU:C:2021:39, præmis 54).

48. Det er mit synspunkt, at sagsøgeren i forbindelse med en udeblivelsesprocedure bærer bevisbyrden for, at dennes påstande »umiddelbart forekommer begrundede«: Hvis de argumenter, der er fremført til støtte for disse påstande, uden en grundig analyse forekommer rimelige såvel retligt som faktisk og i givet fald underbygges af tilstrækkelige beviser, skal Domstolen træffe afgørelse til fordel for sagsøgeren uden at foretage sig yderligere²².

49. Denne balancerede tilgang til Domstolens beviskrav i procesreglementets artikel 152, stk. 3, forekommer mig imidlertid at være den, som bedst stemmer overens med denne bestemmelses ordlyd og med selve logikken bag udeblivelsesproceduren. Udeblivelsesprocedurer er en retlig konstruktion, der findes i forskellige former i de fleste retssystemer. Så vidt jeg ved, er disse procedurer typisk af summarisk karakter, og retterne skal for størstedelens vedkommende træffe afgørelse til fordel for sagsøgerne, om end ikke ukritisk eller automatisk²³.

50. Hvis Domstolen foretog en normal, fuldstændig bedømmelse af sagsøgernes krav, såvel retlig som faktisk, ville de sagsøgte mulighed for at anlægge et søgsmål med påstand om ophævelse af udeblivelsesdommen²⁴ i vidt omfang miste sin eksistensberettigelse.

51. Dette fører mig videre til næste punkt.

52. Selv om det ikke tilkommer mig at tage stilling til, om en parts valg om ikke at deltage i sagen er fornuftig, skal jeg ikke desto mindre fremhæve, at Domstolens udøvelse af sin dømmende opgave kan vanskeliggøres af et sådant valg²⁵. Der er et gammelt engelsk ordsprog, som siger, at »hver historie har to sider«²⁶. Hvis dette er tilfældet, er det beklageligt, at en af de to sider af historien i nogle tilfælde ikke bliver fortalt ved Domstolen, i hvert fald ikke inden en anden procedure *eventuelt* finder sted. Muligheden for at nedlægge påstand om ophævelse af udeblivelsesdommen kan give mulighed for at afhjælpe visse spørgsmål, som kan følge af Domstolens første dom, men den fører også til en fordobling af sagerne, hvilket resulterer i en situation med langvarig retsusikkerhed og en anvendelse af Domstolens ressourcer (og eventuelt parternes ressourcer), som ikke er optimal.

53. Efter at have behandlet ovennævnte proceduremæssige spørgsmål vil jeg nu behandle de fire anbringender, som Kommissionen har gjort gældende. Selv om disse anbringender er snævert forbundne, vil jeg undersøge hver enkelt af dem hver for sig og indsætte henvisninger til de spørgsmål, der allerede er behandlet i forslaget til afgørelse.

²² – Jf. i denne retning dom af 21.9.1989, Kommissionen mod Grækenland (68/88, EU:C:1989:339, præmis 9), og af 1.10.1998, Kommissionen mod Italien (C-285/96, EU:C:1998:453, præmis 13).

²³ – For en komparativ og historisk baggrund om denne procedure: jf. f.eks. G. Guyomar, *Le défaut des parties à un différend devant les juridictions internationales*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960 og U.S. Supreme Court, 30.3.1885, *Thomson and Others v. Wooster*, 114 U.S. 104 (1885).

²⁴ – Artikel 41 i statuten for Domstolen og procesreglementets artikel 156, stk. 1

²⁵ – Jf. for en lignende betragtning Generaladvokat Mischos forslag til afgørelse Portugal mod Kommissionen (C-365/99, EU:C:2001:184, punkt 17).

²⁶ – Dette ordsprog siges at stamme fra fablen »Muldyret« af den antikke græske forfatter Æsop (620-564 f.Kr.).

C. Det første anbringende: tilsidesættelse af artikel 4, stk. 3, TEU

1. Sagsøgerens argumenter

54. Med det første anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Det Forenede Kongerige tilsidesatte princippet om loyalt samarbejde, idet Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) ikke udsatte sagen, som verserede ved denne domstol i afventning af Domstolens dom i European Food-appelsagen.

55. Ifølge Kommissionen følger det af pligten til loyalt samarbejde, som er fastslået i artikel 4, stk. 3, TEU, at når en national ret får forelagt en sag, som allerede er genstand for en undersøgelse af Kommissionen eller en sag ved Unionens retsinstanser, skal denne ret udsætte sagen, medmindre der næppe er nogen fare for konflikt mellem dens forventede dom og Kommissionens sandsynlige handling eller afgørelse fra Unionens retsinstanser.

56. Gennem den anerkendelses- og fuldbyrdelsessag, som investorerne anlagde i Storbritannien, blev der ifølge Kommissionen anlagt en sag ved Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), der krævede en fortolkning af de samme EU-retlige bestemmelser i forhold til de samme foranstaltninger som dem, Kommissionen allerede havde truffet afgørelse om, og som var genstand for en verserende sag ved Unionens retsinstanser.

57. Selv om Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) var klar over, at dens pligt til loyalt samarbejde fortsat gjaldt, besluttede den at afsige endelig dom i sagen, hvilket gav anledning til en risiko for konflikt mellem denne dom og de forventede afgørelser fra Kommissionen og/eller Unionens retsinstanser i samme sag.

2. Bedømmelse

a) Princippet om loyalt samarbejde og statsstøttekontrol

58. Artikel 4, stk. 3, TEU fastsætter et af de generelle principper i EU-retten, som udgør rygraden i den retsorden, der er oprettet i henhold til EU-traktaterne, nemlig princippet om loyalt samarbejde. Dette princip pålægger i det væsentlige EU-institutionerne og alle de nationale myndigheder, herunder medlemsstaternes dømmende myndigheder inden for deres kompetence, at samarbejde loyalt²⁷.

59. Navnlig har medlemsstaterne i medfør af artikel 4, stk. 3, TEU dels pligt til på den ene side at »træffe[...] alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne«, dels »bistå[...] Unionen i gennemførelsen af dens opgaver og afholde[...] sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af Unionens mål i fare«.

²⁷ – Jf. i denne retning dom af 22.10.2002, Roquette Frères (C-94/00, EU:C:2002:603, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

60. Ét af Den Europæiske Unions vigtigste mål, som jeg næppe behøver at minde om, er at oprette et indre marked²⁸: et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital²⁹, hvor konkurrencen mellem virksomheder hverken fordrejes³⁰ af ensidig og multilateral adfærd hos virksomhederne³¹ eller af støtte fra de nationale myndigheder³².

61. For så vidt angår statsstøtteforanstaltninger er der ved artikel 108 TEUF indført en ordning med forudgående og efterfølgende kontrol, hvor Kommissionen er tillagt en central rolle. Kommissionen skal bl.a. »foretage en løbende undersøgelse« af alle former for eksisterende støtte og på forhånd vurdere »påtænkt indførelse eller ændring af [...] støtte«, inden de gennemføres. Desuden har Kommissionen fået tildelt en »enekompetence« til under forbehold af Domstolens prøvelsesret at vurdere støtteforanstaltningers forenelighed med det indre marked³³.

62. Når dette er sagt, spiller de nationale retter også en vigtig rolle på dette område. Det følger af fast praksis, at anvendelsen af de EU-retlige bestemmelser på statsstøtteområdet hviler på en forpligtelse til loyalt samarbejde mellem på den ene side de nationale retter og på den anden side henholdsvis Kommissionen og Unionens retsinstanser, og inden for dette samarbejde handler hver inden for grænserne af den rolle, som de er tildelt i traktaten³⁴. De nationale retters rolle omfatter særligt kravet om at beskytte de parter, der er berørt af den konkurrencefordrejning, der er forårsaget af tildelingen af den ulovlige støtte³⁵. Derimod skal de nationale retter afholde sig fra at træffe afgørelser, der går imod en afgørelse fra Kommissionen, selv om den er foreløbig³⁶.

63. På den baggrund – på grund af overlapningen mellem de respektive kompetencer og beføjelser, som Kommissionen, Unionens retsinstanser og de nationale retter har – kan der til tider opstå en risiko for modstridende fortolkninger og anvendelser af statsstøttereglerne i særlige tilfælde. Dette kan navnlig være tilfældet, hvis visse nationale foranstaltningers forenelighed med EU's statsstøtteregler er underlagt forskellige administrative og/eller retlige procedurer, som pågår samtidig på EU-plan og nationalt plan.

64. I lyset heraf har Domstolen fastslået, at såfremt afgørelsen i den sag, som den nationale ret behandler, afhænger af, om Kommissionens afgørelse er gyldig, følger det af forpligtelsen til loyalt samarbejde, at den nationale ret for at undgå at træffe en afgørelse, der strider mod Kommissionens afgørelse, skal udsætte sagen, indtil Unionens retsinstanser har truffet en endelig afgørelse vedrørende annullationssøgsmålet. Den nationale ret kan dog afslå at udsætte sagen, hvis den finder, at det efter omstændighederne i sagen er berettiget at forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen vedrørende gyldigheden af Kommissionens beslutning, eller hvis der næppe er nogen fare for konflikt mellem administrative og/eller retlige afgørelser³⁷.

65. De principper, der følger af denne retspraksis (herefter »retspraksis i henhold til Masterfoods-dommen«), kan efter min opfattelse fuldt ud overføres på den foreliggende sag.

²⁸ – Artikel 3, stk. 3, første afsnit, TEU.

²⁹ – Artikel 26, stk. 2, TEUF.

³⁰ – Protokol (nr. 27) om det indre marked og konkurrence.

³¹ – Artikel 101 TEUF – 106 TEUF.

³² – Artikel 107 TEUF – 109 TEUF.

³³ – Jf. bl.a. dom af 18.7.2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

³⁴ – Jf. bl.a. dom af 21.11.2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, præmis 41). Jf. endvidere i denne retning dom af 23.1.2019, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-387/17, EU:C:2019:51, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

³⁵ – Jf. dom af 21.11.2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, præmis 28-31 og den deri nævnte retspraksis).

³⁶ – Ibidem, præmis 41.

³⁷ – Jf. i denne retning dom af 25.7.2018, Georgsmarienhütte m.fl. (C-135/16, EU:C:2018:582, præmis 24), og analogt af 14.12.2000, Masterfoods og HB (C-344/98, EU:C:2000:689, præmis 57).

b) Princippet om loyalt samarbejde i den omhandlede dom

66. Som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anerkendte i den omhandlede doms præmis 2, var den sag, der var indbragt for den, »det sidste kapitel i [investorerne] omfattende forsøg i flere forskellige jurisdiktioner på at fuldbyrde deres kendelse mod Rumænien og Europa-Kommissionens forsøg [...] på at forhindre fuldbyrdelse med den begrundelse, at det er i strid med EU-retten om forbud mod ulovlig statsstøtte«³⁸.

67. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anførte således, at der verserede fuldbyrdesprocedurer i flere andre medlemsstater: Frankrig, Belgien, Luxembourg og Sverige. I en af disse stater (Belgien) havde den pågældende nationale ret desuden allerede forelagt Domstolen tre spørgsmål vedrørende fuldbyrdelsen af kendelsen og princippet om loyalt samarbejde³⁹. Desuden, og endnu vigtigere, pågik sagen for Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) samtidig som sagen for Unionens retsinstanser, hvor investorerne havde anfægtet gyldigheden af den endelige afgørelse fra 2015 (herefter »European Food-sagen«)⁴⁰.

68. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) var bevidst om de konsekvenser, der potentielt kunne udspringe af dette indviklede net af tvister, og konstaterede i den omhandlede doms præmis 56, at den efter sagens omstændigheder i) »tog hensyn til de potentielt modstridende afgørelser om det samme emne mellem de samme parter«, ii) at den ikke kunne konkludere, at »der næppe [var] nogen fare for konflikt« mellem disse afgørelser, iii) at hvis konflikten mellem forskellige domme var blevet til virkelighed, ville konsekvenserne heraf have udgjort »en væsentlig hindring for EU-rettens funktion«, og iv) at den omstændighed, at der verserede en appelsag ved Domstolen, i princippet var »tilstrækkelig til at udløse pligten til loyalt samarbejde«.

69. Ikke desto mindre valgte Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) at undersøge investorernes appelanbringende på grundlag af artikel 351, stk. 1, TEUF. Den mindede indledningsvis om EU-Domstolens praksis vedrørende denne bestemmelse⁴¹ og overgik derefter til en generel drøftelse af rækkevidden af de forpligtelser, der følger af tidligere aftaler i henhold til denne bestemmelse⁴². Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) vendte derefter opmærksomheden mod spørgsmålet om, hvorvidt artikel 351 TEUF finder anvendelse på Det Forenede Kongeriges relevante forpligtelser i henhold til ICSID-konventionen⁴³, før den slutteligt vurderede, om dens fortolkning af traktatbestemmelsen i den foreliggende sag kunne give anledning til en risiko for konflikt, som kræver, at den udsætter den nationale sag i afventning af udfaldet af sagen ved Unionens retsinstanser⁴⁴.

70. Det er denne sidste del af Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) argumentation, som Kommissionen har kritiseret i forbindelse med sit første anbringende i den foreliggende sag. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) nåede i de sidste

³⁸ – Min fremhævelse.

³⁹ – Den omhandlede doms præmis 25. For Domstolens afgørelse i denne sag jf. kendelse af 21.9.2022, Romatsa m.fl. (C-333/19, EU:C:2022:749).

⁴⁰ – Jf. punkt 21 og 22 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

⁴¹ – Den omhandlede doms præmis 97.

⁴² – Den omhandlede doms præmis 98-100.

⁴³ – Den omhandlede doms præmis 101-108.

⁴⁴ – Den omhandlede doms præmis 109-117.

afsnit af den omhandlede dom frem til den konklusion, at det på trods af dens tidligere konklusioner vedrørende den abstrakte anvendelse af princippet om loyalt samarbejde ikke var nødvendigt at udsætte sagen af tre grunde.

71. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) fastslog for det første, at det følger af EU-retten, at spørgsmål om forekomsten og rækkevidden af de forpligtelser, der følger af tidligere aftaler i henhold til artikel 351, stk. 1, TEUF, ikke er forbeholdt Unionens retsinstanser. Videre fandt Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), at disse spørgsmål ikke er reguleret af EU-retten, og at Domstolen ikke er bedre egnet til at besvare dem end en national ret.

72. For det andet fastslog Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), at det spørgsmål, som investorerne havde rejst i henhold til artikel 351 TEUF, ikke var helt det samme som det, der var rejst ved Unionens retsinstanser. I forbindelse med European Food-sagen gjorde investorerne bl.a. gældende, at artikel 351 TEUF indebærer, at Rumæniens tidligere internationale forpligtelser i henhold til den omhandlede investeringsaftale og til ICSID-konventionens artikel 53 skal gives forrang. I sagen i Det Forenede Kongerige var det relevante retlige spørgsmål derimod Det Forenede Kongeriges forpligtelse til at gennemføre ICSID-konventionen og anerkende og fuldbyrde kendelsen i henhold til ICSID-konventionens artikel 54 og 69⁴⁵. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anførte, at sidstnævnte spørgsmål var specifikt for tvisten i Det Forenede Kongerige, og at det ikke var blevet rejst ved Unionens retsinstanser.

73. For det tredje fandt Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) også, at der ikke var nogen udsigt til, at Unionens retsinstanser ville tage stilling til anvendeligheden af artikel 351, stk. 1, TEUF på forpligtelser i henhold til ICSID-konventionen, som er opstået før tiltrædelsen, i forbindelse med den verserende tvist i Det Forenede Kongerige. Rettens dom i European Food-sagen behandlede ikke fortolkningen af artikel 351 TEUF, og den (dengang verserende) appel ved Domstolen var derfor begrænset til en vurdering af andre spørgsmål. Det var endvidere Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) opfattelse, at det var usandsynligt, at Unionens retsinstanser selv i tilfælde af en annullering af den omhandlede dom og en hjemvisning til Retten med henblik på en ny vurdering af sagen ville behandle det specifikke spørgsmål, der er rejst i den britiske sag. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) konkluderede således, at det under disse omstændigheder var ufornuddent at udsætte sagen.

c) Udsættelse af sagen

74. Jeg er af den opfattelse, at Kommissionens kritik af vurderingen af princippet om loyalt samarbejde i den omhandlede dom er begrundet. De argumenter, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) har anført til støtte for afgørelsen om ikke at udsætte sagen til trods for, at den selv anerkendte, at princippet om loyalt samarbejde fortsat fandt anvendelse, mener jeg ikke er overbevisende.

⁴⁵ – Med hensyn til ICSID-konventionens artikel 53 og 54 henvises til punkt 13 og 14 i dette forslag til afgørelse. Konventionens artikel 69 angiver blot, at »[e]nhver kontraherende stat skal træffe sådanne lovgivningsmæssige og andre foranstaltninger, som måtte være nødvendige for at gennemføre konventions bestemmelser på dens territorium«.

1) Retspraksis i henhold til Masterfoods-dommen

75. For det første er det uden betydning for anvendelsen af princippet om loyalt samarbejde, at spørgsmål om forekomsten og rækkevidden af forpligtelser i henhold til tidligere aftaler i medfør af artikel 351, stk. 1, TEUF ikke er »forbeholdt Unionens retsinstanser«, eller at Unionens retsinstanser »ikke er bedre egnet til at besvare dem end en national ret«.

76. Retspraksis i henhold til Masterfoods-dommen er ikke baseret på ideen om, at fortolkningen af visse EU-bestemmelser er »forbeholdt« Unionens retsinstanser. Det modsatte er tilfældet: Denne retspraksis er baseret på selve forudsætningen om, at disse retsinstanser med visse undtagelser er kompetente og i stand til at behandle spørgsmål vedrørende fortolkningen og anvendelsen af EU-retten, som kan opstå i forbindelse med tvister, som er indbragt for dem, herunder på konkurrenceområdet. Når alt kommer til alt, følger det af artikel 19 TEU, at det er meningen, at de nationale retter skal være Unionens ordinære domstole for borgere, der søger beskyttelse af de rettigheder, som de har i henhold til EU-retten⁴⁶.

77. Retspraksis i henhold til Masterfoods-dommen har to formål. På den ene side søger den at bevare Kommissionens udøvende beføjelser i konkurrencesager (in casu i spørgsmål om at fastslå forekomsten af formodet støtte og dens forenelighed med EU-retten) ved at undgå modstridende (administrative og/eller retlige) afgørelser om retlige spørgsmål, der undersøges af Kommissionen, eller som er blevet undersøgt af Kommissionen og i øjeblikket er genstand for domstolsprøvelse ved Unionens retsinstanser. På den anden side har den til formål at bevare Unionens retsinstansers enekompetence til at prøve gyldigheden af retsakter vedtaget af EU-institutionerne ved at undgå en situation, hvor en national ret kan afsige en dom, som i praksis indebærer, at en af disse retsakter er ugyldig.

78. På baggrund af det ovenstående er det min opfattelse, at den foreliggende sag fuldt ud er omfattet af den type sager, som retspraksis i henhold til Masterfoods-dommen finder anvendelse på⁴⁷.

79. EU's og Det Forenede Kongeriges procedurer omhandlede stort set det samme spørgsmål (investorernes evne til at fuldbyrde kendelsen i Den Europæiske Union), vedrørte fortolkningen af de samme almindelige EU-retlige bestemmelser og principper (navnlig artikel 351 TEUF, 107 TEUF og 108 TEUF og princippet om loyalt samarbejde) og påvirkede gyldigheden og/eller effektiviteten af tre statsstøtteafgørelser vedtaget af Kommissionen⁴⁸.

80. Det fremgår endvidere af den omhandlede dom, at det stod helt klart for Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), at hvis den »gav grønt lys« til håndhævelse af kendelsen i Det Forenede Kongerige, ville både den administrative procedure ved Kommissionen vedrørende påstået statsstøtte og annulationsproceduren ved Unionens retsinstanser stort set miste deres formål⁴⁹.

⁴⁶ – Jf. for en lignende betragtning Generaladvokat Légers forslag til afgørelse Köbler (C-224/01, EU:C:2003:207, punkt 66).

⁴⁷ – Som jeg opfatter det, var det også det, som High Court of Justice (England and Wales) (ret i første instans (England og Wales)) og Court of Appeal (appeldomstolen) konkluderede i denne henseende (jf. den omhandlede doms præmis 42).

⁴⁸ – Jf. navnlig den omhandlede doms præmis 56.

⁴⁹ – Jf. præmis 2, 51, 52, 56 og 116 i den omhandlede dom.

81. Hvis dette er tilfældet, er det uden betydning for anvendeligheden af retspraksis i henhold til Masterfoods-dommen, om et retligt spørgsmål, der var blevet rejst af investorerne ved Det Forenede Kongeriges domstole, var et spørgsmål, som Unionens retsinstanser var forbeholdt kompetence til at afgøre, eller som de var bedst i stand til at afgøre.

82. Risikoen for modstridende afgørelser i de to situationer ville være den samme, og den potentielle negative effekt for den korrekte udførelse af de opgaver, som traktaternes ophavsmænd har overdraget til Kommissionen og Unionens retsinstanser, ville opstå i begge tilfælde. På den ene side gjorde den omhandlede dom det muligt for investorerne at fuldbyrde voldgiftskendelsen og dermed omgå de »blokerende virkninger«, der ikke blot fulgte af den endelige afgørelse fra 2015, men ligeledes af indledningsafgørelsen og indstillingspåbuddet. På den anden side afveg Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) fortolkning og anvendelse af artikel 351, stk. 1, TEUF også fra den fortolkning og anvendelse, som Kommissionen lagde til grund i den endelige afgørelse fra 2015⁵⁰. Den omhandlede dom indebar således de facto, at denne afgørelse var ulovlig, eftersom Kommissionen ikke havde overholdt en bestemmelse i den primære EU-ret. Gyldigheden af denne afgørelse var dog stadig genstand for prøvelse ved Unionens retsinstanser.

2) Fortolkning af tidligere aftaler og af artikel 351 TEUF

83. For det andet kan det meget vel være sådan, at fastlæggelsen af forekomsten og rækkevidden af en medlemsstats forpligtelser i henhold til en given aftale som omhandlet i artikel 351, stk. 1, TEUF ikke er et spørgsmål, der er reguleret af EU-retten. I princippet tilkommer det således ikke Domstolen at fortolke internationale aftaler, som Unionen ikke er part i.

84. Det er imidlertid åbenbart, at fastlæggelsen af betydningen og rækkevidden af artikel 351, stk. 1, TEUF, dvs. navnlig de betingelser, som skal være opfyldt for, at det i henhold til denne bestemmelse er muligt, at en EU-retlig bestemmelse mister sin virkning som følge af en tidligere aftale, helt klart er et spørgsmål om fortolkning af EU-retten.

85. Der er også tale om et spørgsmål, der specifikt blev rejst ved Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol)⁵¹, og som rent logisk går forud for enhver undersøgelse af, hvilke virkninger en international aftale har i forhold til en medlemsstat. Det er åbenbart, at en ret ikke positivt kan fastslå, hvad der følger af en given bestemmelse i en tidligere aftale, medmindre den på forhånd har fastslået, at denne aftale (og/eller nogle af dens bestemmelser) er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 351, stk. 1, TEUF.

86. Fastlæggelsen af anvendelsesområdet for artikel 351, stk. 1, TEUF var nemlig et spørgsmål, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) var nødt til at undersøge indgående, inden den indledte vurderingen af de retsvirkninger, der følger af de bestemmelser i ICSID-konventionen, som investorerne havde påberåbt sig. I den omhandlede doms præmis 98 anførte Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) med rette, at det med henblik herpå skal undersøges, om den omhandlede internationale aftale pålægger den pågældende medlemsstat forpligtelser, som de tredjelande, der er parter i aftalen, stadig kan kræve opfyldt. I dommens præmis 98-100 gik den derefter videre til at fortolke udtrykket »forpligtelser [...] som tredjelande [...] stadig kan kræve opfyldt«.

⁵⁰ – Jf. især 44. og 126.-129. betragtning til den endelige afgørelse fra 2015. Ifølge Kommissionen fandt artikel 351, stk. 1, TEUF ikke anvendelse på indledningsafgørelsen.

⁵¹ – Jf. bl.a. den omhandlede doms præmis 100.

87. Dette udtryk – hvis præcise betydning har været omtvistet mellem parterne – findes i Domstolens praksis vedrørende artikel 351, stk. 1, TEUF⁵², der henviser til »de rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som [...] er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande«.

88. Opmærksomheden skal i denne sammenhæng henledes på, at artikel 351, stk. 1, TEUF ikke indeholder nogen henvisning til medlemsstaternes lovgivning eller til folkeretten. Det følger heraf, at de begreber, der er indeholdt heri, udgør selvstændige EU-retlige begreber, hvis betydning og rækkevidde skal fortolkes ens på Unionens område, idet der ikke alene tages hensyn til denne bestemmelses ordlyd, men også til dens mål og den sammenhæng, hvori den indgår⁵³. Dette betyder naturligvis ikke, at EU-traktaternes ophavsmænd har haft til hensigt at tilsidesætte de relevante folkeretlige principper på området⁵⁴. Det betyder kun, at de betingelser og begrænsninger, hvorunder og inden for hvilke medlemsstaterne (i henhold til EU-traktaterne) kan undlade at anvende EU-reglerne for at overholde tidligere aftaler, er fastlagt i selve EU-retten⁵⁵.

89. I denne henseende skal det erindres, at ud over de betingelser, der udtrykkeligt er fastsat i artikel 351, stk. 1, TEUF, indfører samme bestemmelses stk. 2 en særlig forpligtelse til at fjerne fremtidige konflikter, og at stk. 3 indeholder et forbud mod at indrømme tredjelande særbehandling. Desuden følger visse begrænsninger af denne bestemmelses anvendelsesområde af EU-retsordenens særlige egenskaber. Som Domstolen fastslog i Kadi-dommen, kan artikel 351 TEUF »på ingen måde tillade, at der rejses tvivl om principper, som hører til selve grundlaget for [EU's] retsorden, heriblandt princippet om beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, som indbefatter [EU's] retsinstansers legalitetsprøvelse af [EU's] retsakter under hensyn til deres overensstemmelse med disse grundlæggende rettigheder«⁵⁶.

90. I den foreliggende sag var det centrale spørgsmål, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) skulle tage stilling til, kort sagt, under hvilke omstændigheder artikel 351, stk. 1, TEUF fandt anvendelse, når i) den tidligere aftale var en multilateral aftale, og ii) tvisten vedrørte rent interne forhold i Den Europæiske Union, da den ikke vedrørte et tredjeland eller en tredjelandstatsborger.

91. I lyset af det ovenstående har Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i den omhandlede dom ikke blot fortolket (og anvendt) en tidligere aftale, men også en EU-retlig bestemmelse. Den omstændighed, at fortolkningen af de to sæt bestemmelser i den foreliggende sag er uløseligt forbundet, kan ikke rejse tvivl om Domstolens kompetence til at behandle den del af spørgsmålet, der vedrører EU.

⁵² – Jeg vil i denne forbindelse i øvrigt tilføje, at der ikke findes noget lignende udtryk i de mest relevante internationale kilder, såsom Wienerkonventionen om traktatretten (herefter »Wienerkonventionen«) og Folkeretskommissionens udkast til artikler om statsansvar for folkeretsstridige handlinger (herefter »ARSIWA«).

⁵³ – Jf. i denne retning dom af 22.6.2021, Venezuela mod Rådet (Berørt tredjeland) (C-872/19 P, EU:C:2021:507, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁴ – Jf. nedenfor i punkt 114 i dette forslag til afgørelse.

⁵⁵ – Jeg er således ikke helt enig med generaladvokat Mischo, da han i sit forslag til afgørelse Kommissionen mod Portugal (C-62/98 og C-84/98, EU:C:1999:509, punkt 56) anførte, at artikel 351 TEUF er »konstaterende«.

⁵⁶ – 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 304). Jf. ligeledes generaladvokat Póiaras Maduros forslag til afgørelse i samme sag (EU:C:2008:11, punkt 30 og 31). Jf. også mere generelt dom af 2.9.2021, Republiken Moldova (C-741/19, EU:C:2021:655, præmis 42).

92. Når det er nødvendigt for afgørelsen af en tvist, som henhører under Domstolens kompetence, skal den således kunne foretage en indirekte fortolkning af bestemmelserne i internationale aftaler, selv om disse aftaler ikke er en del af EU-retten. Dette forklarer også, hvorfor Domstolen i direkte søgsmål ikke tøver med at udføre denne opgave, i det omfang det er nødvendigt for at træffe afgørelse i tvisten⁵⁷.

93. Inden for rammerne af præjudicielle sager har Domstolen derimod normalt ikke behov for at fortolke den pågældende internationale aftale, idet denne opgave kan overlades til de nationale retter i den pågældende medlemsstat⁵⁸. Domstolens indirekte kompetence til at fortolke en international aftale, som Unionen ikke er part i, kan imidlertid også opstå i forbindelse med en præjudiciel sag⁵⁹. Dette er tilfældet, når Domstolen med henblik på at opnå en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret kan bruge, skal tage hensyn til den retlige sammenhæng, hvori en EU-retlig bestemmelse indgår.

94. Når der f.eks. som i det foreliggende tilfælde opstår spørgsmål om, hvorvidt en bestemt aftale eller en bestemmelse i en aftale kan være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 351, stk. 1, TEUF, kan det ikke for alvor gøres gældende, at Domstolen kun kan fortolke EU-bestemmelsen på et højt abstraktionsniveau uden tage hensyn til den pågældende aftales eller klausuls særlige kendetegn⁶⁰.

95. Desuden var der i den foreliggende sag en anden grund, som kunne have retfærdiggjort, at Domstolen utilsigtet tog hensyn til de bestemmelser i ICSID-konventionen, som investorerne har påberåbt sig: Den fortolkning, der skulle gives af disse bestemmelser, ville have haft en direkte indvirkning på gyldigheden og/eller effektiviteten af tre af Kommissionens afgørelser⁶¹.

3) Forskellige retlige spørgsmål rejst i sagerne i Det Forenede Kongerige og i EU

96. For det tredje er Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) udtalelse om, at det spørgsmål, som investorerne rejste i henhold til artikel 351 TEUF, ikke var helt det samme som det, der blev rejst for Unionens retsinstanser, nok en gang dels af begrænset betydning og dels i en vis grad også urigtig.

97. Til at begynde med har jeg svært ved at se, hvorfor det skulle spille nogen rolle, om investorerne har påberåbt sig ICSID-konventionens artikel 53 og/eller artikel 54 i de forskellige sager, der er anlagt ved Unionens retsinstanser og de nationale retter. Begge bestemmelser vedrører anerkendelse og fuldbyrdelse af kendelser. Disse bestemmelser er i det væsentlige rettet

⁵⁷ – Jf. bl.a. dom af 6.4.1995, RTE og ITP mod Kommissionen (C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98), og af 15.9.2011, Kommissionen mod Slovakiet (C-264/09, EU:C:2011:580).

⁵⁸ – Det var tilfældet i de domme, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) har henvist til: dom af 2.8.1993, Levy (C-158/91, EU:C:1993:332), og af 28.3.1995, Evans Medical og Macfarlan Smith (C-324/93, EU:C:1995:84).

⁵⁹ – Dette fremgår meget klart af dom af 18.11.2003, Budějovický Budvar (C-216/01, EU:C:2003:618, præmis 134 og 143). Jf. også analogt dom af 27.11.1973, Vandeweghe m.fl. (130/73, EU:C:1973:131, præmis 2 og 3).

⁶⁰ – Jf. med hensyn til dette spørgsmål i den juridiske litteratur J. Klabbbers, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press, 2009, s. 142-148, P. Manzini, »The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law«, *European Journal of International Law*, 2001, s. 785-788, og H.G. Schermers, »Annotation of Case 812/79 *Attorney General (of Ireland) v Burgoa*«, *Common Market Law Review*, 1981, s. 229 og 230.

⁶¹ – Jf. punkt 82 ovenfor og punkt 193 nedenfor i dette forslag til afgørelse. Jf. generelt herom generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse Burgoa (812/79, EU:C:1980:196, s. 2817) og generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse Evans Medical og Macfarlan Smith (C-324/93, EU:C:1994:357, punkt 42).

til forskellige modtagere, som fastsætter forskellige retsmidler med henblik på fuldbyrdelsen af kendelser for at skabe en symmetrisk forpligtelse mellem staterne og investorerne i denne henseende⁶².

98. Risikoen for at skabe en »væsentlig hindring for EU-rettens funktion«⁶³ forelå uafhængig af det specifikke retsgrundlag, som investorerne påberåbte sig i de forskellige procedurer. Det er eksistensen af flere administrative og retlige procedurer på samme tid inden for Unionen – som alle vedrørte den samme kendelse, og som havde det fælles mål at bringe virkningerne af Kommissionens endelige afgørelse fra 2015 til ophør (ved at annullere den på EU-plan og ved at omgå den på nationalt plan) – der reelt har betydning i forbindelse med artikel 4, stk. 3, TEU og retspraksis i henhold til Masterfoods-dommen.

99. Desuden er Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) konklusion med hensyn til forskellen mellem investorernes argumenter ikke helt korrekt. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anerkendte selv, at investorerne faktisk havde påberåbt sig ikke blot ICSID-konventionens artikel 53, men også denne konventions artikel 54 i sagen ved Unionens retsinstanser⁶⁴. Det samme gælder med hensyn til Kommissionens administrative procedure: Faktisk er der henvist til begge bestemmelser i den endelige afgørelse fra 2015⁶⁵.

100. Det forhold, at spørgsmål vedrørende forekomsten og rækkevidden af Det Forenede Kongeriges forpligtelser i henhold til ICSID-konventionen ikke blev rejst ved Unionens retsinstanser, synes ligeledes at være uden betydning i den foreliggende sag. Da Det Forenede Kongerige på ingen måde var involveret i statsstøtteproceduren, der førte til den endelige afgørelse fra 2015, var der naturligvis ikke nogen grund til at behandle denne medlemsstats særlige situation.

101. Ikke desto mindre adskiller de forpligtelser, der påhviler Det Forenede Kongerige i henhold til ICSID-konventionen, så vidt jeg kan se, sig ikke fra dem, der påhviler de øvrige EU-medlemsstater, som alle, med undtagelse af Polen, ligeledes er parter i denne konvention. Dette omfatter ikke kun Rumænien (den medlemsstat, der har ydet den påståede støtte), men også Belgien, Luxembourg og Sverige (hvor der verserede parallelle sager). Således ville enhver afgørelse truffet af Unionens retsinstanser med hensyn til ICSID-konventionens anvendelighed i medfør af artikel 351 TEUF i den tvist, der verserede ved dem (eller ved de nationale retter), have fundet anvendelse mutatis mutandis på sagen i Det Forenede Kongerige.

102. Anvendelsen af artikel 351, stk. 1, TEUF var ganske vist ikke en del af de emner, som Retten tog stilling til, da den annullerede den endelige afgørelse fra 2015, og som følgelig var blevet rejst i forbindelse med den appel, der verserede for Domstolen.

103. Dette indebar imidlertid ikke – i modsætning til hvad Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) fandt – at »udsigten til, at [Unionens retsinstanser] ville tage stilling til, om artikel 351 TEUF finder anvendelse på forpligtelser i henhold til ICSID-konventionen, som er opstået før tiltrædelsen [...] [var] ringe«, eller, sagt på en anden måde, at »muligheden for, at Unionens retsinstanser på et tidspunkt i fremtiden ville tage stilling til [dette] spørgsmål, [var]

⁶² – Jf. med henvisninger til afgørelser af internationale organer S.A. Alexandrov, »Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention«, i C. Binder m.fl. (red.), *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, s. 328.

⁶³ – For at låne Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) eget udtryk i den omhandlede doms præmis 56.

⁶⁴ – Jf. den omhandlede doms præmis 113.

⁶⁵ – Jf. 45. betragtning til den endelige afgørelse fra 2015.

både usikker og fjern»⁶⁶. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) fastslog selv, at forpligtelsen til loyalt samarbejde i princippet udløses af, »at der verserer en appelsag ved Domstolen *med reel udsigt til at få medhold*»⁶⁷.

104. Hvis Kommissionen havde fået medhold i sin appel (hvilket den faktisk gjorde⁶⁸), kunne Domstolen enten have hjemvist sagen til Retten til fornyet vurdering eller truffet endelig afgørelse i sagen. I begge tilfælde ville dette have medført en behandling af investorernes anbringender om ophævelse, som der ikke blev truffet afgørelse om i den dom, som Domstolen ophævede⁶⁹. En af disse anbringender vedrørte netop Kommissionens angivelige tilsidesættelse af artikel 351, stk. 1, TEUF⁷⁰.

105. Hvis Kommissionen derimod ikke havde tabt appellen, skulle den have genoptaget sin undersøgelse af den påståede støtteforanstaltning og have vurderet investorernes argumenter på ny, herunder argumenterne vedrørende anvendeligheden af artikel 351, stk. 1, TEUF og – i medfør af denne bestemmelse – af ICSID-konventionen⁷¹. Det er overflødigt at sige, at investorerne kunne have anfægtet en sådan konklusion ved Unionens retsinstanser.

106. På et eller andet tidspunkt i EU-sagen ville Unionens retsinstanser således udtrykkeligt skulle have undersøgt investorernes argumenter vedrørende anvendeligheden af artikel 351, stk. 1, TEUF og ICSID-konventionen. Med andre ord var der i betragtning af, at investorerne udtrykkeligt havde fremført sådanne argumenter, ingen mulighed for, at en afgørelse truffet af Kommissionen til skade for investorerne ville have vundet retskraft, uden at Unionens retsinstanser havde undersøgt dem.

107. Sidst, men ikke mindst, skal det påpeges, at hvis Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) var af den opfattelse, at de særlige forhold i sagen for den – vedrørende den bestemmelse i ICSID-konventionen, som investorerne påberåbte sig, og/eller Det Forenede Kongeriges stilling i forhold til ICSID-konventionen – gav anledning til spørgsmål, som både var relevante for løsningen af tvisten, og som Unionens retsinstanser sandsynligvis ikke ville tage stilling til i European Food-sagen, kunne den have foretaget en præjudiciel forelæggelse for Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF. Som forklaret er disse spørgsmål blevet rejst i forbindelse med anvendelsesområdet for artikel 351, stk. 1, TEUF og henhører således under Domstolens kompetence. Navnlig tillod udtrædelsesaftalens artikel 86, stk. 2, at der blev foretaget en præjudiciel forelæggelse under disse omstændigheder.

108. Afslutningsvis tog Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) stilling til spørgsmål om fortolkningen af EU-retten, som var blevet behandlet i en afgørelse fra Kommissionen, hvis gyldighed var genstand for prøvelse i en sag, der verserede ved Unionens retsinstanser. De argumenter, som investorerne fremførte i denne forbindelse, både ved Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) og Unionens retsinstanser, satte nødvendigvis spørgsmålstegn ved gyldigheden af den pågældende afgørelse fra Kommissionen. Der var en reel og faktisk risiko for modstridende (administrative og/eller retlige) afgørelser om det samme spørgsmål i Den Europæiske Union. Det følger heraf, at Supreme Court (Det Forenede

⁶⁶ – Henholdsvis præmis 114 og 117 i den omhandlede dom.

⁶⁷ – Den omhandlede doms præmis 56. Min fremhævelse.

⁶⁸ – Jf. punkt 22 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

⁶⁹ – Som det med rette er anført i den omhandlede doms præmis 114.

⁷⁰ – Dom af 18.6.2019, European Food m.fl. mod Kommissionen (T-624/15, T-694/15 og T-704/15, EU:T:2019:423).

⁷¹ – Jf. f.eks. 64.-66. betragtning til den endelige afgørelse fra 2015.

Kongeriges øverste domstol) ved at nægte at udsætte sagen i overensstemmelse med retspraksis i henhold til Masterfoods-dommen har tilsidesat sin forpligtelse til loyalt samarbejde i henhold til artikel 4, stk. 3, TEU. Kommissionens første anbringende skal derfor tages til følge.

D. Det andet anbringende: tilsidesættelse af artikel 351, stk. 1, TEUF

1. Parternes argumenter

109. Med det andet anbringende har Kommissionen gjort gældende, at den omhandlede dom indebar en tilsidesættelse af artikel 351, stk. 1, TEUF, idet det i dommen fastslås, at EU-retten ikke fandt anvendelse på fuldbyrdelsen af kendelsen i Det Forenede Kongerige, fordi Det Forenede Kongerige var forpligtet til at fuldbyrde kendelsen i henhold til ICSID-konventionens artikel 54 i forhold til alle stater, som er parter i nævnte konvention, herunder tredjelande.

110. Kommissionen har gjort gældende, at artikel 351, stk. 1, TEUF ikke fandt anvendelse i den foreliggende sag, og idet Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) fastslog det modsatte, udvidede den uretmæssigt anvendelsesområdet for denne bestemmelse. Ifølge Kommissionen skyldes denne konklusion en fejlagtig fortolkning af to udtryk i artikel 351 TEUF, som begge er selvstændige EU-retlige begreber: »rettigheder [for] et eller flere tredjelande« og »berøres [...] af [...] traktaterne«.

111. For det første har Kommissionen anført, at der ikke var nogen »rettigheder [for] et eller flere tredjelande« involveret i forhold til Det Forenede Kongeriges forpligtelse til at fuldbyrde kendelsen i henhold til ICSID-konventionens artikel 54, da den foreliggende sag kun vedrørte EU-medlemsstater. For det andet har Kommissionen gjort gældende, at Det Forenede Kongerige ikke har nogen forpligtelser i henhold til ICSID-konventionen, der »berøres [...] af [...] traktaterne«, eftersom de relevante bestemmelser i denne konvention kan fortolkes således, at de undgår konflikter med EU-traktaternes bestemmelser.

2. Bedømmelse

112. Det er min opfattelse, at Kommissionens andet anbringende skal forkastes af de grunde, som jeg vil redegøre for nedenfor.

a) Kan en medlemsstat tilsidesætte artikel 351, stk. 1, TEUF?

113. I svaret på åbningsskrivelsen bestred Det Forenede Kongeriges regering Kommissionens anbringende om en tilsidesættelse af artikel 351, stk. 1, TEUF, idet den fremhævede ordlyden af denne bestemmelse, som tilsyneladende ikke pålægger medlemsstaterne nogen forpligtelse.

114. Det kan indledningsvis være nyttigt at minde om, at artikel 351, stk. 1, TEUF indfører en regel, der har til formål at regulere eventuelle konflikter som følge af samtidig anvendelse af to regelsæt⁷²: EU-traktaterne på den ene side og tidligere aftaler på den anden. Denne bestemmelse afspejler langvarige folkeretlige principper vedrørende anvendelsen af successive traktater og

⁷² – Jf. for en lignende betragtning generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Kommissionen mod Slovakiet (C-264/09, EU:C:2011:150, punkt 48).

traktaternes virkninger over for tredjelande, såsom *pacta sunt servanda*, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* og *res inter alios acta*⁷³. Disse principper er blevet kodificeret i Wienerkonventionen⁷⁴, og Domstolen har flere gange erkendt deres værdi i EU's retsorden⁷⁵.

115. Artikel 351, stk. 1, TEUF har således til formål i overensstemmelse med folkerettens principper at fastslå, at anvendelsen af EU-traktaterne ikke berører medlemsstaternes forpligtelse til at respektere tredjelandes rettigheder, som følger af ældre aftaler, og til at overholde deres forpligtelser, der følger heraf⁷⁶. Når de relevante betingelser er opfyldt, kan medlemsstaterne derfor undlade at anvende EU-reglerne, i det omfang det er nødvendigt for at overholde ældre aftaler⁷⁷.

116. Når dette er sagt, fandt Domstolen, at reglen i artikel 351, stk. 1, TEUF ville »forfeje sit formål, hvis den ikke indebar en forpligtelse for [EU-institutionerne] til ikke at hindre medlemsstaterne i at opfylde forpligtelser i henhold til en tidligere konvention«⁷⁸. Hvis dette er tilfældet, indebærer denne bestemmelse ganske vist en forpligtelse for EU-institutionerne.

117. Ganske vist kunne man fortolke artikel 351, stk. 1, TEUF således, at denne bestemmelse om end indirekte også fastlægger en forpligtelse for medlemsstaterne, der kan betragtes som et »spejlbillede« af EU-institutionernes forpligtelse: ikke at hindre anvendelsen af EU-retten, hvis betingelserne i artikel 351, stk. 1, TEUF ikke er opfyldt. Det ville med andre ord være forbudt for medlemsstaterne at give bestemmelser i tidligere aftaler forrang frem for modstridende EU-regler i situationer, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for denne traktatbestemmelse. Denne »tovejsfortolkning« af bestemmelsen kan muligvis begrundes med, at artikel 351 TEUF ofte betragtes som et udtryk for princippet om loyalt samarbejde på dette område⁷⁹: et princip, der som nævnt kræver, at både EU-institutionerne og medlemsstaterne handler i god tro.

118. Betydningen og, hvis jeg må udtrykke mig således, merværdien af en sådan forpligtelse er næsten lig nul. Enkelt sagt ville den forpligtelse, som artikel 351, stk. 1, TEUF pålægger medlemsstaterne blot være at overholde EU-retten, når undtagelsen i den nævnte bestemmelse ikke finder anvendelse: dvs. en banalitet. Faktisk ville det ikke være muligt med en selvstændig overtrædelse af artikel 351, stk. 1, TEUF, idet en sådan overtrædelse automatisk og implicit ville udspringe af en overtrædelse af en anden EU-retlig bestemmelse.

119. Endnu vigtigere er det, at Kommissionens fortolkning af bestemmelsen vanskeligt kan forenes med formålet med og ordlyden af artikel 351, stk. 1, TEUF⁸⁰. Denne bestemmelse er grundlæggende en bemyndigelsesregel, der gør det muligt for medlemsstaterne at undlade at anvende EU-retten under visse omstændigheder. Dens formål er at udgøre et »skjold«, dvs. et eventuelt forsvar, som en medlemsstat kan påberåbe sig for at have tilsidesat en EU-retlig bestemmelse. I modsætning til stk. 2 og 3 i samme bestemmelse, der som forklaret ovenfor

⁷³ – Jf. for en lignende betragtning generaladvokat Lagranges forslag til afgørelse Kommissionen mod Italien (10/61, ikke trykt i Sml., EU:C:1961:26, s. 17).

⁷⁴ – Jf. i denne henseende Wienerkonventionens artikel 26, artikel 30, stk. 4, litra b), og artikel 34-36.

⁷⁵ – Jf. f.eks. vedrørende sammenhængen mellem artikel 351 TEUF og Wienerkonventionens artikel 30, stk. 4, litra b), dom af 9.2.2012, Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁶ – Jf. bl.a. dom af 14.1.1997, Centro-Com (C-124/95, EU:C:1997:8, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁷ – Jf. i denne retning dom af 3.2.1994, Minne (C-13/93, EU:C:1994:39, præmis 17).

⁷⁸ – Dom af 14.10.1980, Burgoa (812/79, EU:C:1980:231, præmis 9).

⁷⁹ – Jf. i denne retning generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-466/98, EU:C:2002:63, punkt 38). Jf. i den juridiske litteratur P. Koutrakos, »International Agreements concluded by Member States prior to their EU accession – *Burgoa*«, i G. Butler og R. Wessel (red.), *EU external relations law*, Hart Publishing, Oxford, 2022, s. 137.

⁸⁰ – Jf. nærmere punkt 127 ff. nedenfor i dette forslag til afgørelse.

fastsætter visse specifikke forpligtelser for medlemsstaterne, kan jeg derimod ikke se, hvordan artikel 351, stk. 1, TEUF på meningsfuld vis kan anvendes som et »sværd« i forbindelse med traktatbrudssøgsmål⁸¹.

120. Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at artikel 351, stk. 1, TEUF ikke kan danne grundlag for en påstand inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 258 TEUF, og at Kommissionens andet anbringende derfor skal forkastes.

121. Hvis Domstolen imidlertid er uenig med mig i vurderingen af dette indledende spørgsmål og i betragtning af den åbenbare forbindelse, der er mellem det spørgsmål, som Kommissionen har rejst i forbindelse med sit andet anbringende, og de spørgsmål, der er rejst i forbindelse med de tre øvrige anbringender, vil jeg under alle omstændigheder redegøre for grundene til, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) efter min opfattelse foretog en fejlagtig fortolkning af artikel 351, stk. 1, TEUF.

b) Rækkevidden af artikel 351, stk. 1, TEUF

122. Ifølge ordlyden af artikel 351, stk. 1, TEUF er der to betingelser, som skal være opfyldt, for at denne bestemmelse finder anvendelse: i) Aftalen skal være indgået, før den daværende EØF-traktat trådte i kraft, eller inden medlemsstaten tiltrådte EU, og ii) den skal tillægge tredjelandet rettigheder, som det kan kræve overholdt af den pågældende medlemsstat⁸².

123. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) fastslog i den omhandlede dom, at disse betingelser var opfyldt med følgende begrundelse: i) ICSID-konventionen er med hensyn til Det Forenede Kongerige en »tidligere aftale« i den forstand, der er omhandlet i artikel 351, stk. 1, TEUF, og ii) Det Forenede Kongerige havde pligt til at respektere de forpligtelser, der følger af ICSID-konventionens artikel 54 i forhold til alle andre stater, som er parter til konventionen. Den konkluderede derfor, at investorerne med rette kunne støtte sig på EU-bestemmelsen for at anmode Det Forenede Kongeriges domstole om at fuldbyrde kendelsen.

124. Jeg er helt enig med hensyn til den første betingelse: Det Forenede Kongerige ratificerede ICSID-konventionen i 1966, dvs. før landets tiltrædelse af Fællesskaberne i 1973⁸³.

125. Jeg anser af flere grunde derimod ikke Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) konklusioner med hensyn til den anden betingelse for overbevisende.

126. For at forklare, hvorfor jeg er af denne opfattelse, vil jeg først forsøge at afklare rækkevidden af artikel 351, stk. 1, TEUF, hvilket er et spørgsmål, som det medgives ikke er helt klart på grundlag af den eksisterende retspraksis. I denne henseende er det derfor hensigtsmæssigt at indlede analysen med en undersøgelse af bestemmelsens formål og ordlyd.

⁸¹ – Med de fornødne ændringer ville det være det samme som at antage, at en medlemsstat, der indfører en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, som ikke opfylder betingelserne for at være begrundet i henhold til artikel 36 TEUF, tilsidesætter denne bestemmelse og ikke det (generelle) forbud mod kvantitative restriktioner i artikel 34 TEUF.

⁸² – Jf. i denne retning dom af 10.3.1998, T. Port (C-364/95 og C-365/95, EU:C:1998:95, præmis 61).

⁸³ – Jf. i samme retning dom af 5.11.2002, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-466/98, EU:C:2002:624, præmis 25).

1) *Formålet med og ordlyden af artikel 351, stk. 1, TEUF*

127. Det umiddelbare formål med artikel 351, stk. 1, TEUF er at beskytte tredjelandes rettigheder⁸⁴ ved at give medlemsstaterne mulighed for at overholde tidligere aftaler, når de er i uoverensstemmelse med EU-reglerne⁸⁵, uden at dette fører til en tilsidesættelse af EU-retten⁸⁶. Hovedformålet med denne bestemmelse er imidlertid at beskytte medlemsstaterne mod at begå retsstridige handlinger, der som følge af forpligtelser, der efterfølgende er indgået i henhold til EU-retten, medfører et internationalt ansvar i henhold til folkerettens regler, som kan påberåbes af tredjelande.

128. Domstolen har således fastslået, at artikel 351, stk. 1, TEUF ikke finder anvendelse, hvis der ikke består fare for tilsidesættelse af tredjelandes rettigheder⁸⁷. Denne bestemmelse kan derfor ikke gyldigt påberåbes i forbindelse med aftaler, der udelukkende er indgået mellem medlemsstater⁸⁸, eller i forbindelse med aftaler indgået med tredjelande, når de påberåbes i forholdet mellem medlemsstater⁸⁹. Som det er fremhævet i den juridiske litteratur, har Domstolen *konsekvent* fastslået princippet om, at artikel 351 TEUF ikke kan finde anvendelse på Unionens indre forhold⁹⁰.

129. Dette er grunden til, at Domstolen meget tidligt præciserede, at udtrykket »rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner« i artikel 351, stk. 1, TEUF skal forstås således, at det vedrører tredjelandes rettigheder og medlemsstaternes forpligtelser⁹¹. Medlemsstaterne kan ikke gøre nogen »rettigheder« gældende, der er tillagt dem ved tidligere aftaler⁹².

130. Der er en uadskillelig forbindelse mellem disse to elementer. Det er kun, hvis et tredjeland har en rettighed, der kan gøres gældende over for en medlemsstat, at EU-retten giver sidstnævnte mulighed for (men ikke forpligter den til⁹³) at overholde de »tilsvarende forpligtelser«⁹⁴. Når en tidligere aftale åbner mulighed for, at en medlemsstat kan træffe en foranstaltning, der er i strid med EU-retten, uden dog at forpligte den dertil, fritager artikel 351, stk. 1, TEUF nemlig ikke denne medlemsstat fra at overholde de relevante EU-regler⁹⁵. På samme måde har Domstolen fastslået, at artikel 351, stk. 1, TEUF ikke kan finde anvendelse, når et tredjeland har givet udtryk for et ønske om, at den tidligere aftale ophører med at have virkning⁹⁶. Det samme må efter min opfattelse gælde for et tredjeland, der udtrykkeligt har givet samtykke til, at den tidligere aftale ikke overholdes eller har givet afkald på sine rettigheder⁹⁷.

⁸⁴ – Jf. i denne retning dom af 13.7.1966, Consten og Grundig mod Kommissionen (56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 346).

⁸⁵ – Jf. i denne retning dom af 12.2.2009, Kommissionen mod Grækenland (C-45/07, EU:C:2009:81, præmis 35).

⁸⁶ – Jf. i denne retning bl.a. udtalelse 2/15 (Frihandelsaftalen mellem EU og Singapore) af 16.5.2017 (EU:C:2017:376, præmis 254).

⁸⁷ – Jf. f.eks. dom af 22.9.1988, Deserbais (286/86, EU:C:1988:434, præmis 18), og generaladvokat Tesausos forslag til afgørelse Levy (C-158/91, EU:C:1992:411, punkt 4).

⁸⁸ – Jf. bl.a. dom af 27.2.1962, Kommissionen mod Italien (10/61, EU:C:1962:2, s. 10), og af 27.9.1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, præmis 21).

⁸⁹ – Jf. dom af 11.3.1986, Conegate (121/85, EU:C:1986:114, præmis 25), og af 2.7.1996, Kommissionen mod Luxembourg (C-473/93, EU:C:1996:263, præmis 40).

⁹⁰ – P. Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2. udgave, Oxford University Press, 2011, s. 426.

⁹¹ – Dom af 27.2.1962, Kommissionen mod Italien (10/61, EU:C:1962:2, s. 10).

⁹² – Jf. dom af 2.7.1996, Kommissionen mod Luxembourg (C-473/93, EU:C:1996:263, præmis 40).

⁹³ – Jf. i denne retning dom af 21.12.2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864, præmis 61).

⁹⁴ – Jf. bl.a. dom af 2.8.1993, Levy (C-158/91, EU:C:1993:332, præmis 12), og af 10.3.1998, T. Port (C-364/95 og C-365/95, EU:C:1998:95, præmis 60). Min fremhævelse.

⁹⁵ – Jf. dom af 14.1.1997, Centro-Com (C-124/95, EU:C:1997:8, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

⁹⁶ – Jf. i denne retning udtalelse 2/15 (Frihandelsaftale med Singapore) af 16.5.2017 (EU:C:2017:376, præmis 254).

⁹⁷ – Jf. i denne forbindelse ARSIWA's artikel 20 og 45.

131. Fastlæggelsen af, at tredjelandets rettighed og medlemsstatens forpligtelse er *indbyrdes forbundne* er således afgørende for, om artikel 351, stk. 1, TEUF finder anvendelse i et konkret tilfælde.

132. På nuværende tidspunkt forekommer det vigtigt at skelne mellem forskellige typer aftaler.

133. Hvad angår *bilaterale aftaler* – dvs. aftaler mellem en medlemsstat og et tredjeland – bør det normalt ikke medføre noget større problem at fastslå forekomsten af en særskilt rettighed for et tredjeland og en tilsvarende forpligtelse for en medlemsstat i den forstand, som er omhandlet i artikel 351, stk. 1, TEUF.

134. Hvad derimod angår *multilaterale aftaler* – dvs. aftaler, som en eller flere medlemsstater er part i ved siden af et eller flere tredjelande – er situationen måske ikke altid enkel. Det er nemlig muligt, at der opstår spørgsmål om anvendelsen af artikel 351, stk. 1, TEUF i rent EU-interne situationer, hvor kun to eller flere medlemsstater er direkte berørt, således som det er tilfældet i den foreliggende sag⁹⁸. Under hvilke omstændigheder finder artikel 351, stk. 1, TEUF anvendelse i et sådant tilfælde?

135. I denne henseende er jeg enig med Kommissionen i, at der i henhold til artikel 351, stk. 1, TEUF skal sondres mellem multilaterale aftaler, der indeholder forpligtelser af *kollektiv* karakter, og multilaterale aftaler, der indeholder forpligtelser af *bilateral* eller gensidig karakter⁹⁹.

136. I den første kategori af aftaler kan en kontraherende parts undladelse af at opfylde en aftalemæssig forpligtelse påvirke de øvrige parter udøvelse af deres rettigheder i henhold til aftalen eller bringe opfyldelsen af konventionens formål i fare¹⁰⁰. I sådanne tilfælde påhviler de forpligtelser, der følger heraf, en gruppe af stater (*erga omnes partes*) eller det internationale samfund som helhed (*erga omnes*). I sådanne situationer kan artikel 351, stk. 1, TEUF meget vel finde anvendelse og dermed påberåbes for at anfægte gyldigheden af en EU-retsakt, selv i tvister, der kun involverer EU-aktører¹⁰¹. Faktisk kan disse situationer være rent EU-interne hvad angår de faktiske omstændigheder, men ikke retligt.

137. For den anden kategori af aftaler gælder derimod, at en kontraherende stats manglende opfyldelse af en forpligtelse i henhold til den tidligere aftale typisk kun berører én eller flere bestemte kontraherende stater: de, som berøres af den pågældende situation. I disse tilfælde er der ikke tale om, at andre kontraherende staters udøvelse af rettigheder i henhold til aftalen påvirkes¹⁰². Hvis dette er tilfældet, følger det heraf, at artikel 351, stk. 1, TEUF ikke finder

⁹⁸ – Det er åbenbart, at situationen i den foreliggende sag også vedrører et tredjeland (Det Forenede Kongerige), som på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i forhold til den relevante EU-retlige bestemmelse imidlertid skulle anses for at befinde sig i samme situation som medlemsstaterne.

⁹⁹ – Med henblik på dette forslag til afgørelse er det ikke nødvendigt at uddybe dette (unægtelig komplicerede) område af folkeretten, da den grundlæggende sontring, der anvendes i det foreliggende forslag til afgørelse, klart er anerkendt i internationale retskilder. Jf. navnlig Den Internationale Domstols dom af 5.2.1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgien mod Spanien), *ICJ Reports* 1970, s. 3, præmis 33 og 35, ARSIWA's artikel 33 (og punkt 2 i bemærkningerne), ARSIWA's artikel 42 (og punkt 8 i kommentarerne) og ARSIWA's artikel 48 (og punkt 8 i bemærkningerne). For henvisninger til denne sontring i EU-retspraksis jf. generaladvokat Warners forslag til afgørelse Henn og Darby (34/79, EU:C:1979:246, s. 3833), generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse Levy (C-158/91, EU:C:1992:411, punkt 5), generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse Evans Medical og Macfarlan Smith (C-324/93, EU:C:1994:357, punkt 33) og generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Republikken Moldova (C-741/19, EU:C:2021:164, punkt 42). Visse aftaler kan naturligvis indeholde bestemmelser fra begge kategorier, og i disse tilfælde er det nødvendigt at undersøge hver enkelt bestemmelses karakter.

¹⁰⁰ – Menneskerettighedsaftaler nævnes ofte som et eksempel.

¹⁰¹ – Jf. for en lignende betragtning i den juridiske retslitteratur R. Mastroianni, »Comment to Article 351 TFEU«, i A. Tizzano (red.), *Trattati dell'Unione Europea*, 2. udgave, 2014, s. 2545.

¹⁰² – Aftaler om investeringsbeskyttelse er et godt eksempel herpå.

anvendelse, når de kontraherende stater, der er berørt af en medlemsstats misligholdelse, er andre medlemsstater. Da ingen tredjelandes rettigheder berøres, er det ikke nødvendigt at undlade at anvende EU-retten, for at en medlemsstat ikke kan holdes ansvarlig i henhold til folkeretten.

138. Jeg vil i denne forbindelse gerne tilføje, at jeg endnu en gang er enig med Kommissionen, når den gør gældende, at det ikke er tilstrækkeligt, at de kontraherende stater kun har en *faktisk interesse* (i modsætning til en *retlig interesse*) i at sikre, at alle de øvrige kontraherende stater overholder en multilateral aftale for at udløse anvendelsen af artikel 351, stk. 1, TEUF¹⁰³. Denne bestemmelses ordlyd henviser til »rettigheder«, et begreb, som Domstolen gentagne gange har henvist til i sin retspraksis på området¹⁰⁴.

2) En bestemmelse med omfattende konsekvenser og en generel, men ikke for vid, rækkevidde

139. Som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) med rette fastslog, har artikel 351 TEUF et *generelt* sigte: Den gælder for enhver folkeretlig aftale uanset formål, når aftalen kan have virkning for EU-traktaternes anvendelse¹⁰⁵.

140. Dette betyder dog ikke, at undtagelsen i stk. 1 har en *vid* rækkevidde. Man skal huske på, at artikel 351, stk. 1, TEUF fraviger princippet om forrang, som er en af de centrale søjler, som EU's retsorden bygger på. Når betingelserne er opfyldt, kan enhver tidligere konventionsbestemmelse, medmindre der foreligger særlige omstændigheder¹⁰⁶, have forrang for enhver modstridende bestemmelse i EU-retten, herunder primærretten¹⁰⁷. Dette gælder uanset den indvirkning, som en manglende anvendelse af disse EU-regler kan have på andre medlemsstaters rettigheder og interesser samt på selve Unionens funktion.

141. Henset til de potentielt meget omfattende konsekvenser, der følger af anvendelsen af denne bestemmelse, er fortolkningsprincippet, hvorefter undtagelser skal fortolkes strengt, således at generelle regler ikke udhules for deres indhold, naturligvis særlig relevant i denne sammenhæng¹⁰⁸.

142. I lyset af ovenstående betragtninger vil jeg nu behandle de relevante afsnit i den omhandlede dom.

c) Artikel 351, stk. 1, TEUF i den omhandlede dom

143. I den foreliggende sag var sagens kerne – som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anførte¹⁰⁹ – at afgøre, om den pågældende tidligere aftale pålagde den berørte medlemsstat forpligtelser, hvis opfyldelse stadig kunne kræves af ikke-medlemsstater, der var parter i den. I den omhandlede dom foretog Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste

¹⁰³ – Jf. i den forbindelse bemærkningerne til ARSIWA's artikel 42 (navnlig punkt 9) og artikel 48 (særlig punkt 2).

¹⁰⁴ – Jf. bl.a. dom af 22.9.1988, Deserbais (286/86, EU:C:1988:434, præmis 18), af 6.4.1995, RTE og ITP mod Kommissionen (C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, præmis 84), af 10.3.1998, T. Port (C-364/95 og C-365/95, EU:C:1998:95, præmis 60), og af 18.11.2003, Budějovický Budvar (C-216/01, EU:C:2003:618, præmis 148).

¹⁰⁵ – Den omhandlede doms præmis 97, hvori der henvises til dom af 2.8.1993, Levy (C-158/91, EU:C:1993:332, præmis 11).

¹⁰⁶ – Jf. punkt 89 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

¹⁰⁷ – Dom af 28.10.2022, Generalstaatsanwaltschaft München (Udlevering og ne bis in idem) (C-435/22 PPU, EU:C:2022:852, præmis 119).

¹⁰⁸ – Ibidem, præmis 120 og 121.

¹⁰⁹ – Den omhandlede doms præmis 98.

domstol) denne vurdering ved at undersøge den forpligtelse, som en medlemsstat (Det Forenede Kongerige) har i henhold til en international aftale (ICSID-konventionen) til at fuldbyrde kendelsen.

144. Jeg finder Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) tilgang i denne henseende problematisk i tre henseender.

145. For det første undlod Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i sin analyse, der næsten udelukkende fokuserede på Det Forenede Kongeriges *forpligtelser* i henhold til ICSID-konventionens artikel 54, at kortlægge nogen *tilsvarende rettighed* for tredjelande.

146. Som forklaret ovenfor kan betydningen af forbindelsen mellem disse to elementer som omhandlet i artikel 351, stk. 1, TEUF næsten ikke overvurderes. Denne bestemmelse kræver nemlig, at et tredjeland, der er part i den nævnte aftale, ved denne aftale tildeles en *rettighed*, som det kan *kræve*, at den pågældende medlemsstat iagttager.

147. Der er således ikke tale om et spørgsmål, der kan overses. Hvis det f.eks. antages, at Det Forenede Kongeriges domstole havde nægtet at fuldbyrde *den omhandlede kendelse*¹¹⁰, ville hvert tredjeland, der er part i ICSID-konventionen (i øjeblikket langt over 150), da have været i stand til at påberåbe sig Det Forenede Kongeriges internationale ansvar for denne nægtelse og anlægge sag mod Det Forenede Kongerige ved hjælp af de procedurer, der er fastsat i folkeretten¹¹¹, for at bringe den ulovlige handling til ophør og/eller at anmode om erstatning for den forvoldte skade? Dette spørgsmål blev på trods af sin betydning ikke behandlet i den omhandlede dom.

148. For det andet er det min opfattelse, at den standard, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anvendte for at fastlægge forekomsten af en forpligtelse over for et tredjeland, var relativ lav. Det, jeg mener, er, at de betingelser, der skal være opfyldt, for at en forpligtelse, der følger af en international aftale, kan anses for at være kollektiv (i den foreliggende sag erga omnes partes) og ikke bilateral eller gensidig, synes let at kunne opfyldes i henhold til den begrundelse, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anvendte.

149. Der mangler bestemt ikke henvisninger til internationale og akademiske kilder i den omhandlede dom, men ved nærmere eftersyn synes ingen af disse kilder at være særlige konkrete eller afgørende på området. Med undtagelse af to udtalelser¹¹² er alle andre kilder temmelig vage på dette punkt, og Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) konklusioner udledes indirekte¹¹³. Jeg vil sige, at disse kilder for størstedelens vedkommende synes at vise, at de kontraherende parter i ICSID-konventionen har en *generel interesse* i, at aftalen overholdes under alle omstændigheder¹¹⁴. Som anført ovenfor er dette imidlertid ikke tilstrækkeligt til at udløse anvendelsen af artikel 351, stk. 1, TEUF.

¹¹⁰ – Som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) med rette anførte, vedrørte den pågældende tvist udelukkende spørgsmålet om, hvorvidt Det Forenede Kongerige i henhold til ICSID-konventionen var forpligtet til at fuldbyrde *den omhandlede kendelse* over for tredjelande (den omhandlede doms præmis 101).

¹¹¹ – F.eks. ved at indbringe en tvist ved Den Internationale Domstol.

¹¹² – Udtalelser afgivet af formanden under femte og sjette samling vedrørende arbejdet i de rådgivende møder for juridiske eksperter udpeget af medlemsstaternes regeringer (nævnt i den omhandlede doms præmis 107).

¹¹³ – Jf. navnlig dem, der er nævnt i den omhandlede doms præmis 104 og 105.

¹¹⁴ – Dette forekommer mig navnlig at være tilfældet med investorernes argumenter på dette punkt, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) synes at tilslutte sig i den omhandlede doms præmis 106.

150. For det tredje, selv om jeg anerkender, at det centrale spørgsmål, der blev stillet til Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), vedrørte virkningerne af ICSID-konventionen over for Det Forenede Kongerige (kort sagt: »Er Det Forenede Kongerige forpligtet til at håndhæve kendelsen i henhold til denne aftale?«), kunne dette spørgsmål ikke undersøges »klinisk isoleret« fra tvistens sammenhæng.

151. Tvistens retlige og faktiske situation var faktisk ret kompliceret: Den omfattede tre forskellige stater (Det Forenede Kongerige, Rumænien og Sverige) og to forskellige internationale aftaler (investeringsaftalen og ICSID-konventionen).

152. Kendelsen tilkendte investorerne erstatning med den begrundelse, at Rumænien ifølge voldgiftsretten havde overtrådt investeringsaftalens betingelser ved ikke at sikre en retfærdig og rimelig behandling, respektere investorernes berettigede forventninger og handle på gennemsigtig vis¹¹⁵. Det var således investeringsaftalen, der fastlagde de *materielle* forpligtelser, som Rumænien havde påtaget sig over for Sverige. Det var endvidere i medfør af investeringsaftalens artikel 8, stk. 6, at Rumænien i forhold til Sverige havde en forpligtelse til at betale den tilkendte erstatning til de berørte svenske statsborgere¹¹⁶.

153. Den omstændighed, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) begrænsede sin vurdering til et enkelt procedurespørgsmål i tvisten og undlod at tage hensyn til en international aftale, indebar i virkeligheden, at den mistede det grundlæggende retsforhold, der lå til grund for tvisten, af syne.

154. Ifølge den fortolkning af artikel 351, stk. 1, TEUF, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anlagde, vil visse rent EU-interne situationer – da det kun er medlemsstaterne og deres statsborgere, der er berørt, ikke kun faktisk, men også retligt – være reguleret af bestemmelser i tidligere internationale aftaler, selv om de henhører under EU-traktaternes anvendelsesområde og er i strid med visse EU-regler. Dette ville efter min opfattelse være uforeneligt med ordlyden af artikel 351, stk. 1, TEUF og unødvendigt for at opnå dens formål. Det ville også være i strid med tidligere retspraksis, hvorefter denne bestemmelse ikke finder anvendelse på rent EU-interne relationer.

155. Denne brede fortolkning af artikel 351, stk. 1, TEUF ville ligeledes i en række tilfælde gøre det relativt let for borgerne at omgå EU-reglernes bindende karakter¹¹⁷. I denne henseende må det ikke glemmes, at artikel 351 TEUF først og fremmest er en bestemmelse om mellemstatslige forbindelser. Som Domstolen har fastslået, er der tale om en neutral bestemmelse, der ikke kan ændre karakteren af de rettigheder, der måtte følge af tidligere aftaler. Det følger heraf, at »denne bestemmelse ikke kan bevirke, at private, der påberåber sig en [tidligere konvention] [...] får rettigheder, som nationale retter i medlemsstaterne skal beskytte. Den har på den anden side heller ikke til virkning at krænke de rettigheder, som private vil kunne udlede af en sådan konvention«¹¹⁸.

156. Spørgsmålet om, hvorvidt visse borgere (såsom investorer) udleder en rettighed i henhold til en tidligere aftale, er derfor for størstedelens vedkommende uden betydning for anvendelsen af artikel 351, stk. 1, TEUF. Borgerne kan kun drage fordel af denne bestemmelse *indirekte*, for så

¹¹⁵ – Jf. bl.a. den omhandlede doms præmis 15.

¹¹⁶ – Ifølge denne bestemmelse er kendelsen »endelig« og »bindende«.

¹¹⁷ – I denne forbindelse noterer jeg i øvrigt, at det følger af Domstolens afgørelse i Achmea-sagen, European Food-sagen og sagen Romatsa m.fl. (jf. punkt 22 og 23 ovenfor i det foreliggende forslag til afgørelse), at investeringsaftalens voldgiftsklausul nu skal anses for ugyldig.

¹¹⁸ – Jf. dom af 14.10.1980, Burgoa (812/79, EU:C:1980:231, præmis 10).

vidt som de kan godtgøre, at visse EU-bestemmelser eller -foranstaltninger pålægger en medlemsstat at tilsidesætte en forpligtelse over for et tredjeland i henhold til en tidligere aftale, hvilket kan udløse denne medlemsstats internationale ansvar.

157. Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i den omhandlede dom begik en fejl i sin fortolkning og anvendelse af artikel 351, stk. 1, TEUF ved at give denne bestemmelse en for vid rækkevidde. Den fejlfortolkede navnlig begrebet »rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner«, idet den foretog en ukorrekt vurdering af, hvordan dette begreb skal undersøges inden for rammerne af multilaterale aftaler, navnlig når et tredjeland eller en tredjelandsstatsborger ikke berøres.

158. Når dette er sagt, og af de grunde, der er anført i punkt 113-120 ovenfor, skal Kommissionens andet anbringende forkastes.

E. Det tredje anbringende: tilsidesættelse af artikel 267 TEUF

1. Parternes argumenter

159. Med det tredje anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i to henseender har tilsidesat artikel 267 TEUF ved at afsige den omhandlede dom uden først at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse.

160. Kommissionen har gjort gældende, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) ved ikke at forelægge en anmodning om præjudiciel afgørelse om gyldigheden af indledningsafgørelsen og indstillingspåbuddet har tilsidesat den forpligtelse, der er fastsat i artikel 267, litra b), første afsnit, TEUF. Kommissionen har anført, at den omhandlede dom bevirker, at disse afgørelser bliver virkningsløse. Ved ikke at gennemføre disse afgørelser – som krævede overholdelse af udsættelsespligten, hvilket forhindrede udbetalingen af den omhandlede støtte – handlede Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), *som om* disse retsakter var ugyldige.

161. Kommissionen har desuden gjort gældende, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i sin egenskab af ret i sidste instans har tilsidesat den forpligtelse, der er fastsat i artikel 267, stk. 3, TEUF, ved at undlade at forelægge et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af artikel 351, stk. 1, TEUF. I den omhandlede dom var det nødvendigt for Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) at foretage en fortolkning af de omhandlede EU-retlige begreber, som var kontroversielle, og som ikke var blevet tilstrækkeligt behandlet i EU's retspraksis.

2. Bedømmelse

162. Jeg vil indlede min bedømmelse af dette anbringende med Kommissionens andet argument.

163. Indledningsvis er det næppe nødvendigt at påpege, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) er »en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres« som omhandlet i artikel 267 TEUF. En sådan ret er således i princippet forpligtet til at foretage en præjudiciel forelæggelse i henhold til artikel 267 TEUF, hvis det er nødvendigt at tage stilling til fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, før den afsiger dom.

164. Det følger imidlertid af Domstolens praksis, at retter i sidste instans til trods for forelæggelsespligten i henhold til artikel 267 TEUF kan undlade at gøre dette i to tilfælde.

165. For det første kræves der ikke en præjudiciel forelæggelse i den såkaldte *acte claire*-situation: Når den korrekte anvendelse af EU-retten fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads til rimelig tvivl om afgørelsen af det rejste spørgsmål. I denne henseende har Domstolen tilføjet, at inden det konkluderes, at fortolkningen af en bestemmelse ikke giver anledning til rimelig tvivl, skal den nationale ret, der træffer afgørelse i sidste instans, imidlertid være overbevist om, at hverken de øvrige medlemsstaters retter, der træffer afgørelse i sidste instans, eller Domstolen vil være i tvivl om afgørelsen¹¹⁹.

166. For det andet er der ikke pligt til at forelægge i den såkaldte *acte éclairée*-situation: Når det rejste spørgsmål er materielt identisk med et spørgsmål, der allerede har været genstand for en præjudiciel afgørelse i en lignende sag, eller tidligere afgørelser fra Domstolen allerede har afgjort det pågældende retlige spørgsmål, uanset ved hvilken procedure denne retspraksis er etableret, og selv hvis de pågældende spørgsmål ikke er fuldstændig identiske¹²⁰.

167. Mere generelt har Domstolen fastslået, at spørgsmålet om, hvorvidt en ret i sidste instans har mulighed for ikke at forelægge et fortolkningsspørgsmål for Domstolen, skal »vurderes i forhold til EU-rettens særegenheder, de særlige vanskeligheder, som fortolkningen heraf frembyder, samt risikoen for afvigende retspraksis inden for Unionen«¹²¹.

168. Jeg har ovenfor forklaret, hvorfor Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) efter min opfattelse har fejlfortolket artikel 351, stk. 1, TEUF i den foreliggende sag. Den omstændighed, at en ret i sidste instans har begået en fejl ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse uden at forelægge Domstolen et spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF, betyder imidlertid ikke, at den nødvendigvis har tilsidesat sin forelæggelsespligt. Det er højst et tegn på, at dette er tilfældet.

169. I den foreliggende sag er der imidlertid en række andre forhold, der tyder på, at hverken selve bestemmelsens ordlyd eller Domstolens praksis gav et klart svar på de fortolkningsspørgsmål, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) stod over for.

170. For det første er det ganske klart, at den forholdsvis kortfattede ordlyd af artikel 351, stk. 1, TEUF ikke giver entydig vejledning med hensyn til de fortolkningsspørgsmål, som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) skulle besvare. Som Kommissionen har anført, var parterne stærkt uenige om disse spørgsmål. Det forekommer mig, at begge parter har fremført argumenter, som i hvert fald ikke umiddelbart kunne anses for åbenbart grundløse.

¹¹⁹ – Jf. bl.a. dom af 6.10.2021, *Conorzio Italian Management og Catania Multiservizi* (C-561/19, EU:C:2021:799, præmis 39 og 40 og den deri nævnte retspraksis).

¹²⁰ – *Ibidem*, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis.

¹²¹ – *Ibidem*, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis.

171. For det andet var de domme fra Unionens retsinstanser vedrørende artikel 351, stk. 1, TEUF, som parterne henviste til, og som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) tog i betragtning, begrænset både i antal og relevans. Der var navnlig ingen domme, der udtrykkeligt og direkte havde behandlet de spørgsmål, som var af afgørende betydning i den foreliggende sag. Det fremgår faktisk af den omhandlede doms begrundelse, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) nåede frem til sin fortolkning ved (hvis jeg må sige det sådan) at sammensætte brudstykker fra flere af Domstolens domme. Denne begrundelse viser i øvrigt ligeledes, at visse brudstykker fra andre af Domstolens domme meget vel kunne have ført til en anden fortolkning af artikel 351, stk. 1, TEUF¹²².

172. For det tredje er det også svært at se, hvordan Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) med sikkerhed kunne konkludere, at dens fortolkning af artikel 351, stk. 1, TEUF sandsynligvis ikke vil give anledning til tvivl hos Unionens retsinstanser eller de øvrige medlemsstats retter, der træffer afgørelse i sidste instans. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) var klar over, at argumenter baseret på artikel 351 TEUF og ICSID-konventionen ikke kun var blevet fremsat for Unionens retsinstanser, men også i forbindelse med de igangværende nationale sager. Selve antallet af disse sager samt den omstændighed, at de verserede ved retter i forskellige jurisdiktioner, burde i det mindste have fået Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) til at udvise særlig forsigtighed i denne henseende.

173. Desuden havde Kommissionen meddelt Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), at en national ret – Nacka Tingsrätt (retten i første instans i Nacka, Sverige) – havde afsagt en dom, hvori den havde forkastet investorernes krav på grundlag af artikel 351, stk. 1, TEUF efter en fortolkning af disse, der var i strid med Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) endelige fortolkning. Der var således en reel risiko for modstridende opfattelser af betydningen og rækkevidden af artikel 351, stk. 1, TEUF og dermed for modstridende retsafgørelser herom.

174. Jeg skal i denne forbindelse erindre om, at det følger af Domstolens faste praksis, at når en national ret, der træffer afgørelse i sidste instans, gøres bekendt med, at der i samme medlemsstats retsinstanser eller mellem medlemsstaternes retsinstanser findes flere forskellige retninger i retspraksis vedrørende fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, skal denne ret i sin vurdering af, at der eventuelt ikke foreligger rimelig tvivl om den korrekte fortolkning af den pågældende EU-retlige bestemmelse, imidlertid udvise særlig opmærksomhed og navnlig tage hensyn til det formål, der forfølges med den præjudicielle procedure, som er at sikre, at EU-retten fortolkes ensartet¹²³.

175. For det fjerde synes Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) ikke at have taget hensyn til den forfatningsmæssige betydning af det juridiske spørgsmål, som den valgte at tage stilling til, og til den mulige indvirkning, som dens afgørelse kunne have for hele EU's retsorden. Som nævnt udgør artikel 351, stk. 1, TEUF en næsten åben begrænsning af princippet om EU-rettens forrang. I betragtning af vigtigheden af dette princip for EU's retsorden kan Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) ikke have overset konsekvensen af at fortolke denne traktatbestemmelse bredt.

¹²² – Jf. navnlig den omhandlede doms præmis 99 og 102.

¹²³ – Jf. i denne retning dom af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 42-44), og af 6.10.2021, Consorzio Italian Management og Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:799, præmis 49).

176. Derudover påpeger jeg, at både High Court of Justice (England and Wales) (ret i første instans (England og Wales)) og Court of Appeal (appeldomstolen) i modsætning til Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) nægtede at vurdere anvendelsen af artikel 351, stk. 1, TEUF, da det var et spørgsmål, der var blevet rejst i European Food-sagen ved Unionens retsinstanser, og som derfor kunne give anledning til en risiko for modstridende domme i sagen¹²⁴.

177. Det er derfor min opfattelse, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) ved at tage stilling til investorernes påstand baseret på artikel 351, stk. 1, TEUF ignorerede i) »EU-rettens særegenheder« og ii) »risikoen for afvigende retspraksis inden for Unionen«. Nationale retter i sidste instans er i overensstemmelse med ovennævnte retspraksis forpligtet til at tage disse forhold i betragtning ved afgørelsen af, om de i en konkret situation er forpligtet til at forelægge et præjudicielt spørgsmål i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF.

178. For det femte og sidste er jeg af den opfattelse, at Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) undladelse af at anmode om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, henset til omstændighederne i den foreliggende sag, er en afgørelse, der ligger uden for det skøn, som de organer, der udøver dømmende funktioner, nødvendigvis skal indrømmes. De forhold, der behandles i dette forslag til afgørelse, viser, at der er tale om en retlig kompliceret sag, som forværres af, at der eksisterer flere administrative og retslige procedurer på samme tid i hele EU, hvor de centrale spørgsmål vedrører anvendelsen af forskellige EU-regler og -principper. Navnlig udgjorde fortolkningen af artikel 351, stk. 1, TEUF ikke et underordnet eller sekundært spørgsmål – som således kunne have begrundet et argument om procesøkonomi – men et spørgsmål, der »vedrører selve essensen af den foreliggende tvist«¹²⁵.

179. Jeg kan heller ikke få øje på nogen konkrete forhold, som kan indikere, at der foreligger særlige grunde til at behandle sagen hurtigt. Supreme Courts (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) undladelse af at anmode om en præjudiciel afgørelse kan heller ikke anses for at være resultatet af en mindre forglemmelse, som det f.eks. kan være tilfældet, når et retligt spørgsmål ikke er blevet rejst eller drøftet fuldt ud af parterne. Visse af sagens parter havde nemlig flere gange anmodet Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) om at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål om den korrekte fortolkning af artikel 351, stk. 1, TEUF.

180. Jeg er således af den opfattelse, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i lyset af sagens omstændigheder ikke med rimelighed kunne konkludere, at der som følge af bestemmelsens ordlyd og/eller eksisterende EU-retspraksis i) ikke var plads til rimelig tvivl om fortolkningen af artikel 351, stk. 1, TEUF, og ii) at den valgte fortolkning ikke ville give anledning til tvivl hos Unionens retsinstanser eller de øvrige medlemsstaters retter, der træffer afgørelse i sidste instans. Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) har derfor tilsidesat sin forpligtelse i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, idet den har undladt at forelægge præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 351, stk. 1, TEUF.

181. Under disse omstændigheder er det min opfattelse, at det tredje anbringende skal tages til følge, uden at det er nødvendigt at undersøge Kommissionens øvrige kritikpunkter¹²⁶.

¹²⁴ – Jf. den omhandlede doms præmis 29, 32, 91 og 94.

¹²⁵ – Som Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anførte i den omhandlede doms præmis 96.

¹²⁶ – Jf. i denne retning dom af 4.10.2018, Kommissionen mod Frankrig (Forskudsskat) (C-416/17, EU:C:2018:811, præmis 113).

F. Det fjerde anbringende: tilsidesættelse af artikel 108, stk. 3, TEUF

1. Parternes argumenter

182. Med det fjerde anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Det Forenede Kongerige har tilsidesat artikel 108, stk. 3, TEUF.

183. Kommissionen har påpeget, at kendelsen i forbindelse med ophævelsen af udsættelsen af fuldbyrdelsen, som var blevet pålagt af Det Forenede Kongeriges domstole, der behandlede sagen i lavere instanser, blev eksigibel. Dommen fra Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) bevirkede således, at de i voldgiftkendelsen fastsatte beløb skulle betales. Kommissionen har gjort gældende, at en sådan retsvirkning er i direkte modstrid med udsættelsespligten i artikel 108, stk. 3, TEUF.

184. Kommissionen har tilføjet, at Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) ligeledes har tilsidesat fast retspraksis, hvorefter forbuddet mod at yde statsstøtte, der ikke er blevet behørigt godkendt, kan påberåbes med henblik på at forhindre fuldbyrdelsen af endelige domme afsagt af nationale retter, som er i direkte modstrid med udsættelsespligten¹²⁷.

2. Bedømmelse

185. Selv om Kommissionens retlige argumentation i princippet forekommer begrundet, er jeg af den opfattelse, at dette anbringende skal forkastes.

186. I henhold til artikel 108, stk. 3, TEUF har medlemsstaterne pligt til dels at meddele Kommissionen om enhver foranstaltning vedrørende indførelse eller ændring af en støtte, dels ikke at gennemføre en sådan foranstaltning, så længe Kommissionen ikke har vedtaget en endelig afgørelse vedrørende denne foranstaltning. Denne dobbelte forpligtelse (notifikation og standstill) skal sikre, at en støtteforanstaltning ikke udfolder sine virkninger, før Kommissionen har haft en rimelig frist til at undersøge støtteforanstaltningen i detaljer og til eventuelt at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. Det endelige mål er naturligvis at undgå, at en støtte, der er uforenelig med det indre marked, ydes til støttemodtagerne¹²⁸.

187. I den foreliggende sag havde Kommissionen allerede undersøgt den omhandlede foranstaltning (Rumæniens betaling af den erstatning, der blev tildelt investorerne i voldgiftskendelsen¹²⁹) og anset den for at udgøre uforenelig statsstøtte i den endelige afgørelse fra 2015.

188. Det er korrekt, at Kommissionens endelige afgørelse på det tidspunkt, hvor Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) afsagde den omhandlede dom, var blevet annulleret af Retten. Der verserede imidlertid allerede en appel ved Domstolen til prøvelse af Rettens dom.

¹²⁷ – Kommissionen har navnlig henvist til dom af 18.7.2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, præmis 62 og 63).

¹²⁸ – Jf. generelt og med yderligere henvisninger generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Viasat Broadcasting UK (C-445/19, EU:C:2020:644, punkt 17 og 18).

¹²⁹ – Jf. 39. betragtning til den endelige afgørelse fra 2015.

189. Desuden vedrørte annulationssøgsmålet ved Unionens retsinstanser ikke lovligheden af indledningsafgørelsen og/eller af indstillingspåbuddet. Det kan være nyttigt at påpege, at investorerne ikke havde anfægtet lovligheden af indledningsafgørelsen, selv om dette i princippet var muligt¹³⁰. I første omgang gjorde investorerne indsigelse mod lovligheden af indstillingspåbuddet, men denne sag blev efterfølgende trukket tilbage¹³¹.

190. Det skal i denne forbindelse tages i betragtning, at EU-institutionernes retsakter i princippet formodes at være lovlige og have retsvirkning, så længe de ikke er blevet tilbagekaldt, annulleret i et annulationssøgsmål eller erklæret ugyldige som følge af en præjudiciel afgørelse eller en ulovlighedsindsigelse¹³².

191. Rettens dom kan desuden ikke fortolkes således, end ikke implicit, at indledningsafgørelsen og indstillingspåbuddet ligeledes var ulovlige. Det følger af fast retspraksis, at annulationen af en EU-retsakt ikke nødvendigvis berører de forberedende retsakter, idet den procedure, som tilsigter at erstatte den annullerede retsakt, i princippet kan genoptages netop på det punkt, hvor ulovligheden indtrådte¹³³.

192. I den foreliggende sag vedrørte begrundelsen for, at Retten annullerede den endelige afgørelse fra 2015, specifik den afgørelse, der var genstand for prøvelse¹³⁴. En sådan fejl fra Kommissionens side ville, selv om den var blevet bekræftet af Domstolen under en appelsag, ikke have påvirket lovligheden af de afgørelser, som Kommissionen traf på et tidligere trin i proceduren. Konsekvensen for Kommissionen ville i stedet have været, at den skulle genoptage sin tilbundsgående undersøgelse af den påståede støtte og derefter vedtage en ny afgørelse, der afslutter proceduren og vil skulle være i overensstemmelse med Unionens retsinstansers konklusioner.

193. Det følger heraf, at udsættelsespligten for den påståede støtte, uanset hvilken status den endelige afgørelse fra 2015 havde, stadig var gældende, da indledningsafgørelsen og indstillingspåbuddet var gældende retsakter og havde retsvirkninger¹³⁵.

194. Jeg skal i denne forbindelse minde om, at det følger af fast retspraksis, at forbuddet mod udbetaling af påtænkt støtte, som fremgår af artikel 108, stk. 3, sidste punktum, TEUF, har direkte virkning og derfor finder direkte anvendelse¹³⁶, herunder for nationale retter¹³⁷. En national ret kan følgelig ikke uden at tilsidesætte artikel 108, stk. 3, TEUF påbyde udbetaling af støtte, som ikke er blevet anmeldt til Kommissionen, og hvis forenelighed med det indre marked er ved at blive undersøgt af Kommissionen, eller som i værste fald allerede er blevet erklæret uforenelig med det indre marked. Enhver sådan anmodning skal principielt føre til, at den afvises¹³⁸.

¹³⁰ – Jf. f.eks. dom af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

¹³¹ – Kendelse af 29.2.2016, Micula m.fl. mod Kommissionen (T-646/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:135).

¹³² – Jf. bl.a. dom af 10.9.2019, HTTS mod Rådet (C-123/18 P, EU:C:2019:694, præmis 100 og den deri nævnte retspraksis).

¹³³ – Jf. bl.a. dom af 21.9.2017, Riva Fire mod Kommissionen (C-89/15 P, EU:C:2017:713, præmis 34).

¹³⁴ – I dommen fastslog Retten i det væsentlige, at den erstatning, der blev tildelt investorerne, i det mindste delvist dækkede en periode, der lå forud for Rumæniens tiltrædelse af Unionen. Ifølge Retten havde Kommissionen begået en fejl ved at kvalificere hele erstatningen som støtte uden at sondre mellem de beløb, der skulle tilbagesøges, de beløb, der henhørte under perioden før tiltrædelsen, og de beløb, der vedrørte perioden efter tiltrædelsen.

¹³⁵ – Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) anerkendte i det væsentlige dette i den omhandlede doms præmis 51. Jf. vedrørende dette spørgsmål generelt generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:442, punkt 27-29).

¹³⁶ – Jf. f.eks. dom af 5.3.2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, præmis 88).

¹³⁷ – Ibidem, præmis 89-91.

¹³⁸ – Jf. bl.a. dom af 12.1.2023, DOBELES HES (C-702/20 og C-17/21, EU:C:2023:1, præmis 121).

195. Da den omhandlede dom ophævede udsættelsen af fuldbyrdelsen af kendelsen, var den uundgåelige konsekvens, at Rumænien i princippet blev forpligtet til at udbetale den angivelige støtte i strid med udsættelsespligten. En sådan situation fører sandsynligvis til en tilsidesættelse af artikel 108, stk. 3, TEUF.

196. Det er rigtigt, at – som Det Forenede Kongerige påpegede i sit svar på Kommissionens åbningsskrivelse – artikel 108, stk. 3, TEUF pålægger en forpligtelse, som i princippet påhviler den medlemsstat, der yder den påståede støtte¹³⁹. Kommissionen påpegede imidlertid med rette, at artikel 4, stk. 3, TEU bestemmer, at medlemsstaterne er forpligtet til at bistå hinanden med henblik på at lette overholdelsen af EU-retten og til at afholde sig fra at vedtage foranstaltninger, der kan hindre eller bringe overholdelsen af EU-retten i fare¹⁴⁰.

197. Jeg deler derfor Kommissionens synspunkt om, at Det Forenede Kongerige selv kan holdes ansvarligt for en overtrædelse af artikel 108, stk. 3, TEUF, sammenholdt med artikel 4, stk. 3, TEU, hvis det er en af dets foranstaltninger, der udløser en overtrædelse af udsættelsespligten med hensyn til en påstået støtteforanstaltning.

198. Når dette er sagt, vil jeg dog påpege, at Kommissionen i den foreliggende sag ikke har fremlagt nogen oplysninger om, hvordan og på hvilket tidspunkt fuldbyrdelsen af kendelsen i Det Forenede Kongerige, som blev muliggjort ved den omhandlede dom, førte til den faktiske betaling af de beløb, der er fastsat heri.

199. Jeg gør i denne forbindelse opmærksom på, at det i et traktatbrudssøgsmål påhviler Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger, og at fremføre alle de omstændigheder, der er nødvendige herfor, og at Kommissionen ikke kan påberåbe sig nogen formodning herfor¹⁴¹. Det fremgår desuden af fast retspraksis, at et traktatbrudssøgsmål kun kan anvendes i forbindelse med faktiske tilsidesættelser af EU-retten. Derimod kan rene postulater om potentielle fremtidige tilsidesættelser eller en risiko for sådanne tilsidesættelser ikke accepteres¹⁴².

200. Selv om jeg er enig med Kommissionen i, at den omhandlede dom i princippet kan resultere i en tilsidesættelse af udsættelsespligten i artikel 108, stk. 3, TEUF, som kan tilregnes Det Forenede Kongerige, ser jeg intet bevis for, at en sådan tilsidesættelse faktisk har fundet sted.

201. Af denne grund er Kommissionens fjerde anbringende efter min opfattelse ikke begrundet.

VI. Sagsomkostninger

202. I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

203. Da Kommissionen har nedlagt påstand herom, og da Kommissionen i det væsentlige har fået medhold, skal Det Forenede Kongerige pålægges at betale sagsomkostningerne.

¹³⁹ – Den relevante del af denne bestemmelse har følgende ordlyd: »[D]en pågældende medlemsstat må ikke gennemføre de påtænkte foranstaltninger, før [statsstøtteproceduren] har ført til endelig beslutning« (min fremhævelse).

¹⁴⁰ – Jf. i denne retning dom af 27.9.1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, præmis 19).

¹⁴¹ – Jf. senest dom af 10.11.2020, Kommissionen mod Italien (Grænseværdier – PM10) (C-644/18, EU:C:2020:895, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁴² – Jf. i denne retning dom af 16.10.2012, Ungarn mod Slovakiet (C-364/10, EU:C:2012:630, præmis 68-71).

VII. Forslag til afgørelse

204. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »– Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 4, stk. 3, TEU, sammenholdt med artikel 127, stk. 1, i aftalen om Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands udtræden af Den Europæiske Union og Det Europæiske Atomenergifællesskab, idet Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i sin dom af 19. februar 2020 i sagen Micula mod Rumænien undlod at udsætte sagen og traf afgørelse om fortolkningen af artikel 351, stk. 1, TEUF, mens samme emne var blevet afgjort ved gældende afgørelser fra Kommissionen og afventede, at Unionens retsinstanser traf afgørelse herom.
- Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, sammenholdt med udtrædelsesaftalens artikel 127, stk. 1, idet Supreme Court (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) som en ret i sidste instans undlod at forelægge Domstolen et spørgsmål om fortolkning af EU-retten, der hverken var acte clair eller acte éclairé.
- Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland frifindes i øvrigt.
- Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland tilpligtes at betale sagsomkostningerne.«