

Bruxelles, den 19.7.2018
COM(2018) 547 final

**MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN TIL EUROPA-PARLAMENTET OG
RÅDET**

Beskyttelse af EU-interne investeringer

I. Indledning

Fremme og beskyttelse af investeringer i EU

EU's indre marked er et unikt område med investeringsmuligheder. Et centralt mål i investeringsplanen for Europa¹ er at skabe et mere forudsigeligt, stabilt og tydeligt lovgivningsmiljø til fremme af investeringer. Som led i dette arbejde blev det i *handlingsplanen for kapitalmarkedsunionen*² og *midtvejsevalueringen*³ heraf understreget, at et stabilt erhvervsklima er afgørende for at fremme flere investeringer i EU. Kommissionen er fast besluttet på både at bevare og forbedre et forudsigeligt, stabilt og tydeligt lovgivningsmiljø og en effektiv håndhævelse af investorenes rettigheder. Formålet med denne meddelelse er at give vejledning om de nuværende EU-regler for behandlingen af investeringer på tværs af grænser i EU.

EU-retten, der har udviklet sig gradvis over flere årtier, sikrer investorerne en høj grad af beskyttelse, selv om den ikke altid kan løse alle de problemer, som investorer kan blive konfronteret med i forbindelse med deres aktiviteter. EU-retten har dannet grundlag for udviklingen af det indre marked som et område, hvor investorerne frit kan etablere en virksomhed, investere i selskaber, importere og eksportere varer og udveksle tjenesteydelser på tværs af grænserne, og hvor de har ret til lige og ikkediskriminerende behandling på tværs af grænserne. Kapitalens frie bevægelighed understøtter investeringer, og traktaten forbyder foranstaltninger, der uretmæssigt hindrer eller begrænser grænseoverskridende kapitalbevægelser og betalinger.

I henhold til EU-reglerne er det samtidig muligt at regulere markederne med henblik på at forfølge legitime offentlige interesser såsom offentlig sikkerhed, folkesundhed, sociale rettigheder, forbrugerbeskyttelse eller beskyttelse af miljøet, hvilket også kan have en indvirkning på investeringer. Offentlige myndigheder på EU-plan og i medlemsstaterne har både en pligt til og et ansvar for at beskytte investeringer og regulere markederne. EU og medlemsstaterne kan derfor lovligt træffe foranstaltninger for at beskytte disse interesser, som kan have en negativ indvirkning på investeringer. De kan imidlertid kun gøre dette under visse omstændigheder og på visse betingelser og i overensstemmelse med EU-retten.

Grænseoverskridende investorer i EU kan påberåbe sig direkte gældende EU-rettigheder, som har forrang for national lovgivning. Nationale domstole spiller en særlig rolle i og har et særligt ansvar for beskyttelsen af investeringer. Sammen med Den Europæiske Unions Domstol ("EU-Domstolen" eller "Domstolen") skal de nationale domstole inden for rammerne

¹ https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan-europe-junker-plan_da

² COM(2015)468 final.

³ COM(2017)292 final.

af proceduren med præjudicielle forelæggelser⁴ i fuld uafhængighed garantere fuld anvendelse af EU-retten og retsbeskyttelse af borgernes rettigheder i alle medlemsstater. Grænseoverskridende investorers rettigheder er desuden ligeledes beskyttet i EU gennem en række offentlige mekanismer, der har til formål at forhindre overtrædelser og løse problemer, som investorer måtte have i forhold til nationale myndigheder.

I de seneste årtier har regeringerne tilskyndet til grænseoverskridende investeringer gennem indgåelse af bilaterale investeringsaftaler (BIT'er). Disse aftaler omfatter typisk retten til national behandling og mestbegunstigelsesbehandling, rimelig og retfærdig behandling, beskyttelse mod ekspropriation og fri overførsel af midler. Investorer kan indbringe overtrædelser af disse bestemmelser for investor-stat-voldgiftsretter. Lignende bestemmelser findes i energichartertraktaten, der er en multilateral investeringsaftale, som EU tog initiativ til for at stimulere investeringer i energisektoren⁵. EU har påbegyndt en omfattende reform af disse aftaler inden for rammerne af EU's eksterne forbindelser.

En række lande, som EU-medlemsstaterne tidligere havde indgået BIT'er med, har efterfølgende tiltrådt EU. Som følge af tiltrædelsen blev de materielle regler i BIT'er som anvendt mellem medlemsstaterne ("unionsinterne BIT'er") et parallelt traktatsystem, der overlappede reglerne for det indre marked og således var til hinder for fuld anvendelse af EU-retten. Dette er f.eks. tilfældet, når unionsinterne BIT'er fortolkes således, at de udgør grundlaget for tildeling af ulovlig statsstøtte i strid med princippet om lige konkurrencevilkår på det indre marked.

Unionsinterne BIT'er tildeler kun investorer fra en af de to berørte medlemsstater rettigheder, hvilket er i strid med princippet om ikkeforskelsbehandling af EU-investorer i det indre marked i henhold til EU-retten. De alternative tvistbilæggelsessystemer, der etableres gennem unionsinterne BIT'er, betyder at retstvister vedrørende nationale foranstaltninger, der involverer EU-retten, ikke indbringes for nationale domstole. Disse retstvister indbringes for private voldgiftsmænd, der ikke kan anvende EU-lovgivningen korrekt på grund af den helt nødvendige manglende retslige dialog med Domstolen.

Europa-Kommissionen har derfor hele tiden haft den holdning, at unionsinterne BIT'er er uforenelige med EU-retten. Gennem sine begrundede udtalelser af 23. september 2016 tilsendte Kommissionen en formel anmodning til Østrig, Nederlandene, Rumænien, Slovakiet og Sverige om at ophæve deres unionsinterne BIT'er.

I den nylige præjudicielle afgørelse i Achmea-sagen⁶ bekræftede Domstolen, at investor-stat-voldgiftsklausuler i unionsinterne BIT'er er ulovlige.

⁴ Artikel 267 i TEUF.

⁵ Energichartertraktaten blev undertegnet af EU, dets medlemsstater og en række tredjelande.

⁶ C-284/16, Achmea, ECLI:EU:C:2018:158, præmis 56 og 58.

Efter Achmea-dommen har Kommissionen udvidet dialogen med alle medlemsstaterne og opfordret dem til at gøre en indsats for at bringe de unionsinterne BIT'er til ophør, da de uden tvivl er uforenelige med EU-retten. Kommissionen overvåger de fremskridt, der gøres i den forbindelse, og kan om fornødent beslutte at videreføre traktatbrudsprocedurerne.

Efter Achmea-dommen kan den ulovlige unionsinterne investor-stat-voldgift føre til den opfattelse, at EU-retten ikke sikrer unionsinterne investorer tilstrækkelige materielle og proceduremæssige garantier. EU-retssystemet beskytter imidlertid grænseoverskridende investorer i det indre marked og sikrer samtidig, at andre legitime interesser tages behørigt i betragtning. Investorer, der udøver en af de grundlæggende frihedsrettigheder, nyder godt af beskyttelse i henhold til: i) traktatens bestemmelser om disse frihedsrettigheder, ii) Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder ("chartret"), iii) de generelle principper i EU-retten og iv) omfattende sektorspecifik lovgivning på områder såsom finansielle tjenesteydelser, transport, energi, telekommunikation, offentlige indkøb, erhvervsmæssige kvalifikationer, intellektuel ejendom eller selskabsret⁷.

I denne ikkeudtømmende meddelelse anføres de mest relevante materielle og proceduremæssige standarder i EU-retten for behandling af grænseoverskridende investeringer i EU. Den viser, at EU-retten beskytter alle former for grænseoverskridende EU-investeringer i hele deres livscyklus. Det understreges, at medlemsstaterne er forpligtet til at sikre, at de nationale foranstaltninger, de træffer for at beskytte legitime offentlige interesser, ikke uretmæssigt begrænser investeringer. Investorenes opmærksomhed henledes på de EU-rettigheder, som de kan påberåbe sig over for forvaltninger og domstole.

Achmea-dommen og dens konsekvenser

I Achmea-dommen fastslog Domstolen, at investor-stat-voldgiftsklausulerne i unionsinterne BIT'er underminerer systemet af retsmidler i EU-traktaterne og således bringer EU-rettens autonomi, effektivitet, forrang og direkte virkning og princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaterne i fare. Anvendelsen af sådanne bestemmelser, der underminerer proceduren med præjudicielle forelæggelser som fastsat i artikel 267 i TEUF, er ikke forenelig med princippet om loyalt samarbejde. Dette indebærer, at alle investor-stat-voldgiftsklausulerne i unionsinterne BIT'er er uanvendelige, og at enhver voldgiftsret, der er nedsat på grundlag af sådanne klausuler, ikke har kompetence, da der ikke er indgået en gyldig voldgiftsaftale. Som følge heraf er de nationale domstole forpligtet til at annullere enhver voldgiftskendelse afsagt på dette grundlag og til at nægte at fuldbyrde den. Medlemsstater, der er part i verserende sager, uanset i hvilken kapacitet, skal ligeledes drage alle nødvendige konsekvenser af Achmea-dommen. I medfør af retssikkerhedsprincippet er de desuden forpligtet til formelt bringe deres unionsinterne BIT'er til ophør.

⁷ Selv om denne meddelelse indeholder en række eksempler på sektorspecifik lovgivning, ville en detaljeret analyse af denne lovgivning ligge langt uden for meddelelsens anvendelsesområde.

Achmea-dommen er ligeledes relevant for den voldgiftsmekanisme mellem investor og stat, der er fastsat i energichartertraktatens artikel 26, for så vidt angår EU-interne forbindelser. Denne bestemmelse giver ikke – korrekt fortolket – mulighed for at indføre voldgiftsklausuler mellem investorer fra en EU-medlemsstat og en anden EU-medlemsstat. I betragtning af EU-rettens forrang er denne klausul, hvis den fortolkes som gældende inden for EU, uforenelig med EU's primære ret, og den kan derfor ikke finde anvendelse. Domstolens begrundelse i Achmea-sagen gælder ligeledes for den unionsinterne anvendelse af en sådan klausul, der i lighed med klausulerne i unionsinterne BIT'er gør det muligt at indbringe disse tvister for et organ, der ikke udgør en del af Unionens retsorden. Det forhold, at EU ligeledes er part i energichartertraktaten, berører ikke denne konklusion, da EU's deltagelse i denne traktat kun har skabt rettigheder og forpligtelser mellem EU og tredjelande og ikke har indvirket på forbindelserne mellem EU-medlemsstaterne.

Meddelelsens anvendelsesområde

I denne meddelelse er der fokus på EU-interne investeringer, og den vedrører således ikke EU-investorers investeringer i tredjelande eller investorer fra tredjelandes investeringer i EU⁸. Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed finder anvendelse på situationer med et grænseoverskridende element, eller når der er mulighed for grænseoverskridende bevægelse⁹. En række EU-direktiver og -forordninger, der præciserer og videreudvikler de grundlæggende frihedsrettigheder, finder imidlertid kun anvendelse på rent indenlandske situationer og er således til gavn for alle investorer, herunder nationale investorer. I denne meddelelse er der fokus på beskyttelsen af investorer mod nationale foranstaltninger og ikke mod foranstaltninger, der er vedtaget af EU-institutionerne og -organerne.

De grundlæggende frihedsrettigheder og størstedelen af den relaterede afledte EU-ret finder ligeledes anvendelse i Island, Liechtenstein og Norge gennem aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde ("EØS-aftalen"), som er en del af EU-retten¹⁰. Som følge heraf omfatter det indre marked generelt disse tre lande¹¹.

⁸ Traktaten beskytter ligeledes kapitalbevægelser til og fra tredjelande. I henhold til artikel 64, stk. 3, i TEUF kan Rådet imidlertid med enstemmighed vedtage foranstaltninger, der er et tilbageskridt med hensyn til liberalisering af kapitalbevægelser til eller fra tredjelande. I forbindelse med den fælles handelspolitik fremsatte Kommissionen desuden den 14. september 2017 et forslag til en europæisk ramme for screening af udenlandske direkte investeringer i medlemsstaterne af hensyn til den offentlige sikkerhed eller orden – forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om et regelsæt for screening af udenlandske direkte investeringer i Den Europæiske Union (COM(2017) 487): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=COM:2017:487:FIN>

⁹ C-67/08, Block, ECLI:EU:C:2009:92, præmis 21, C-98/15, Berlington Hungary, ECLI:EU:C:2015:386, præmis 28, forenede sager C-197/11 og C-203/11, Libert, ECLI:EU:C:2013:288, præmis 34, forenede sager C-570/07 og C-571/07, Blanco Pérez og Chao Gómez, ECLI:EU:C:2010:300, præmis 40, og forenede sager C-51/96 og C-191/97, Deliège, ECLI:EU:C:2000:199, præmis 58.

¹⁰ Domstolen præciserede, at bestemmelser i EØS-aftalen, der i det væsentlige er identiske med bestemmelser i EU-lovgivningen, skal anvendes og fortolkes på en ensartet måde, og grundlæggende frihedsrettigheder for

II. EU-retten beskytter alle grænseoverskridende EU-investeringer i hele deres livscyklus

Investeringer i det indre marked kan antage mange former, der afspejler en mangesidet økonomisk virkelighed. EU-retten finder anvendelse på og beskytter enhver form for investering. Enhver økonomisk aktivitet falder således inden for anvendelsesområdet for mindst en af de grundlæggende friheder¹², og de grundlæggende friheder finder ligeledes anvendelse, selv om formålet med aktiviteten ikke er at opnå fortjeneste¹³.

I modsætning til i international investeringsret anvendes begrebet "investering" og "investor" i EU-retten normalt ikke i forbindelse med det indre marked, og erhvervsdrivende betegnes normalt som "statsborgere" (privatpersoner eller virksomheder)¹⁴ eller som "hjemmehørende" eller "ikkehjemmehørende".

EU-retten finder navnlig anvendelse på og beskytter investeringer i tilknytning til kapitalbevægelser og etablering. Med disse begreber henvises til:

- investering i, erhvervelse og etablering af virksomheder
- retten til at erhverve, udnytte og afhænde fast ejendom
- tilbagekøb af aktier og obligationer handlet og noteret på en fondsbørs
- modtagelse af udbytte og renter
- erhvervsmæssig långivning (herunder forbrugerlån)
- erhvervelse af andele i en investeringsfond, realkreditlån, "legacy"-lån og andre lån¹⁵
- erhvervelse af patenter, varemærker og andre intellektuelle ejendomsrettigheder¹⁶.

EU-retten beskytter adgangen til markedet, transaktioner på markedet og tilbagetrækning fra markedet.

i) Markedsadgang

Udøvelse af en ny økonomisk aktivitet er primært beskyttet af EU's markedsfriheder. Der er tale om følgende friheder: investorernes ret til at overføre kapital til andre medlemsstater

investeringsbeskyttelse finder således tilsvarende anvendelse på investeringer mellem EU og ovennævnte EFTA-stater. Jf. C-476/10, *Pepic*, ECLI:EU:C:2011:422, præmis 33-35, og C-72/09, *Établissements Rimbaud*, ECLI:EU:C:2010:645, præmis 20-22.

¹¹ C-452/01, *Ospelt*, ECLI:EU:C:2003:493, præmis 29.

¹² C-452/04, *Fidium-Finanz*, ECLI:EU:C:2006:631, præmis 32.

¹³ C-281/06, *Jundt*, ECLI:EU:C:2007:816, præmis 33.

¹⁴ Enhver juridisk person, der er stiftet i overensstemmelse med gældende lovgivning i en medlemsstat, er en juridisk person i henhold til artikel 54 i TEUF og nyder dermed godt af de grundlæggende frihedsrettigheder, der er fastsat i traktaten (jf. f.eks. C-6/16, *Eqiom*, ECLI:EU:C:2017:641, præmis 48-49).

¹⁵ Det er fast retspraksis, at direktiv 88/361/EØF sammen med nomenklaturen, som er indeholdt i direktivets bilag, kan anvendes til at definere en kapitalbevægelse, jf. sag C-483/99, *Kommissionen mod Frankrig*, ECLI:EU:C:2002:327, præmis 36, og forenede sager C-578/10 til C-580/10, *Van Putten*, ECLI:EU:C:2012:246, præmis 28-36.

¹⁶ C-255/97, *Pfeiffer*, ECLI:EU:C:1999:240.

(artikel 63 i TEUF), herunder både finansiell og fysisk kapital (såsom maskiner, fabrikker eller andre produktionsfaktorer), og retten til at etablere sig i andre medlemsstater og oprette agenturer, filialer eller datterselskaber (artikel 49 i TEUF)¹⁷. Der er fastsat grænser for de tilladelsesordninger, som medlemsstaterne kan indføre, i afledt ret¹⁸, og den forbyder visse former for krav¹⁹.

Ved "etablering" forstås navnlig udøvelse af virksomhed med henblik på at deltage på stabil og vedvarende måde i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end oprindelsesstaten²⁰.

For investorer, der er villige til at investere på tværs af grænserne i EU, er adgang til offentlige udbud et vigtigt element i det europæiske investeringsøkosystem, hvor der er lige muligheder for adgang til markedet. Visse typer udbud er underlagt harmoniserede regler om offentlige udbud²¹. I henhold til EU-retten skal offentlige koncessioner og offentlige udbud, som frembyder en grænseoverskridende interesse, desuden tildeles gennem en åben og ikkediskriminerende procedure baseret på objektive, ikkediskriminerende og forholdsmæssige kriterier²².

¹⁷ Investeringer i et selskab kan tage form af kontrol (direkte investeringer), eller de kan foretages med gevinst for øje, uden at det er hensigten at kontrollere eller påvirke afgørelser (porteføljainvesteringer).

¹⁸ Jf. f.eks. artikel 5-13 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked ("tjenesteydelsesdirektivet") (EUT L 376 af 27.12.2006, s. 36).

¹⁹ Økonomisk test er f.eks. forbudt i henhold til artikel 14 i tjenesteydelsesdirektivet.

²⁰ C-221/89, Factortame, ECLI:EU:C:1991:320, præmis 20.

²¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 65), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 243), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT L 94 af 28.3.2014, s. 1) og Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395 af 30.12.1989, s. 33), med senere ændringer.

²² C-458/03, Parking Brixen, ECLI:EU:C:2005:605, præmis 72, C-380/05, Centro Europa 7, ECLI:EU:C:2008:59, præmis 120, og forenede sager C-458/14 og C-67/15, Promoiimpresa, ECLI:EU:C:2016:558, præmis 64-65.

Eksempel 1 – Midler til at udøve effektiv konkurrence for nye markedsdeltagere fra andre medlemsstater

C-442/02 – Caixa Bank

Frankrig forbød banker at tilbyde forrentning af anfordringskonti. Domstolen bemærkede, at dette forbud udgjorde en alvorlig hindring for, at selskaber fra andre medlemsstater end Frankrig kunne få effektiv adgang til det franske marked. Dette forbud gjorde det vanskeligere for kreditinstitutter, der er datterselskaber af udenlandske selskaber, at rejse kapital fra offentligheden, idet det fratog dem muligheden for at konkurrere mere effektivt med traditionelle kreditinstitutter på det indenlandske marked.

Selv om forbuddet mod forrentning af anfordringskonti forfulgte en legitim offentlig interesse, f.eks. fremme af mellemlang og langsigtet opsparing, gik det ud over, hvad der var nødvendigt for at nå dette mål. Domstolen fastslog, at det udgjorde en tilsidesættelse af etableringsfriheden.

ii) Markedets funktion

Når EU-investorer starter en virksomhed i en anden medlemsstat eller foretager en anden type investering, finder EU-retten som fortolket af Domstolen fortsat anvendelse. Den beskytter generelt investorerne mod offentlige foranstaltninger, som ville fratage dem retten til at råde over deres ejendom eller begrænse deres forretningsaktiviteter, også selv om sådanne foranstaltninger ligeledes gælder for nationale operatører²³.

Det står investorerne frit for at stifte et selskab i en medlemsstat efter eget valg og foretage en sekundær etablering i en anden medlemsstat, uanset hvor den overvejende del af eller hele virksomheden skal udøves²⁴. Medlemsstaterne skal anerkende selskaber som lovligt stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, navnlig med hensyn til selskabets retsevne til at føre sag i en retstvist²⁵.

Hvis et europæisk selskab ønsker at flytte og omdanne sig til et selskab, der henhører under lovgivningen i en anden medlemsstat, har selskabet etableringsfrihed. Oprindelsesmedlemsstaten må ikke pålægge begrænsninger for flytningen og omdannelsen, medmindre begrænsningen er begrundet i et tvingende alment hensyn og sker på en forholdsmæssig måde²⁶. Et krav om likvidation af selskabet i oprindelsesstaten som en forudsætning for dets flytning til en anden medlemsstat er f.eks. uforholdsmæssigt og dermed

²³ Forenede sager C-52/16 og C-113/16, SEGRO, ECLI:EU:C:2018:157, præmis 65, og C-179/14, Kommissionen mod Ungarn, ECLI:EU:C:2016:108.

²⁴ C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126, og C-167/01, Inspire Art, ECLI:EU:C:2003:512, præmis 105.

²⁵ C-208/00, Überseering, ECLI:EU:C:2002:632, præmis 9.

²⁶ C-210/06, Cartesio, ECLI:EU:C:2008:723, præmis 113.

i strid med EU-retten²⁷. Medlemsstaterne kan hindre eller sanktionere svig i overensstemmelse med EU-retten. Den omstændighed, at et selskabs vedtægtsmæssige eller faktiske hovedsæde stiftes i en anden medlemsstat med det formål at benytte en mere fordelagtig lovgivning, udgør imidlertid ikke i sig selv misbrug²⁸.

Kommissionen har for nylig foreslået en ramme, der gør det let for virksomhederne at operere i det indre marked, herunder når de vokser og foretager omstruktureringer på tværs af grænserne for at tilpasse sig ændrede markedsvilkår²⁹. Initiativet omfatter fælles EU-procedurer for grænseoverskridende omdannelser og spaltninger, og det ajourfører de gældende regler om grænseoverskridende fusioner. I forslaget fastsættes en række stærke garantier for at beskytte arbejdstagernes, aktionærernes og kreditorernes legitime rettigheder og interesser og for at forhindre, at brugen af disse procedurer skaber kunstige arrangementer, som navnlig har til formål at opnå uberettigede skattefordele, i overensstemmelse med retspraksis.

Et EU-selskab, der ønsker at levere tjenesteydelser på midlertidigt grundlag i stedet for at etablere sig i en anden medlemsstat, kan indrette den nødvendige infrastruktur i værtsmedlemsstaten³⁰. Medlemsstaterne ikke kan betinge levering af tjenesteydelser på deres område af, at samtlige betingelser for etablering er opfyldt, idet den frie udveksling af tjenesteydelser herved ville blive virkningsløs³¹. Dette gælder f.eks. for erhvervsmæssige kvalifikationer³², sociale ydelser til arbejdstagerne³³, driftstilladelser³⁴, omfattende anmeldelsespligt for tjenesteydere³⁵ eller omfattende forpligtelser vedrørende oversættelse af dokumentation³⁶.

Desuden er investorer, der producerer varer, ligeledes beskyttet, da varer, som er lovligt markedsført i én medlemsstat, i princippet kan omsættes frit i det indre marked som følge af fri bevægelighed for varer³⁷. En række EU-regler har harmoniseret relevante områder og fastlagt ordninger, der sikrer, at princippet om gensidig anerkendelse mellem medlemsstaterne med henblik på fri bevægelighed for varer kan anvendes i praksis³⁸.

²⁷ C-106/16, Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, præmis 65.

²⁸ C-106/16, Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, præmis 62.

²⁹ Jf. Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv (EU) 2017/1132 for så vidt angår grænseoverskridende omdannelser, fusioner og spaltninger: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=COM%3A2018%3A241%3AFIN>

³⁰ C-55/94, Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411, præmis 27.

³¹ C-76/90, Säger, ECLI:EU:C:1991:331, præmis 13.

³² C-342/14, X-Steuerberatungsgesellschaft, ECLI:EU:C:2015:827, og C-76/90, Säger, ECLI:EU:C:1991:331, præmis 21.

³³ C-272/94, Guiot, ECLI:EU:C:1996:147, præmis 14 og 15.

³⁴ C-496/01, Kommissionen mod Frankrig, ECLI:EU:C:2004:137, præmis 65.

³⁵ C-577/10, Kommissionen mod Belgien ("Limosa"), ECLI:EU:C:2012:814, præmis 47, og C-490/04, Kommissionen mod Tyskland, ECLI:EU:C:2007:430, præmis 89.

³⁶ C-490/04, Kommissionen mod Tyskland, ECLI:EU:C:2007:430, præmis 68 og 69.

³⁷ Artikel 28 og 29 i TEUF.

³⁸ Jf. især Kommissionens meddelelse "Varepakken: Styrkelse af tilliden i det indre marked" af 19. december

I forbindelse med grænseoverskridende investeringer kan investorer ligeledes ansætte personale i værtsmedlemsstaten³⁹. EU-arbejdstagere har ligeledes ret til frit at bevæge sig (artikel 45 i TEUF). For tjenesteydere, der midlertidigt udbyder deres tjenester i en anden medlemsstat, kan værtsmedlemsstaten ikke gøre flytningen af personale, herunder arbejdstagere fra tredjelande, betinget af uberettigede eller uforholdsmæssige restriktioner, f.eks. en forpligtelse til at indhente en arbejdstilladelse⁴⁰. Med henblik på at forene fri bevægelighed i det indre marked og beskyttelse af arbejdstagerne finder værtslandets arbejdsret anvendelse på udstationerede arbejdstagere på de områder, der er opført i direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere⁴¹.

EU-lovgivningen om det indre marked omfatter ligeledes skatteregler, som er af afgørende betydning for investorer. Moms, punktafgifter og energibeskatning er f.eks. reguleret af EU-direktiver. Selv om direkte beskatning på EU-rettens nuværende udviklingstrin henhører under medlemsstaternes kompetence, skal de dog udøve denne kompetence i overensstemmelse med EU-retten, herunder de grundlæggende frihedsrettigheder⁴². Der er desuden ligeledes fastsat visse grænser for denne nationale kompetence i afledt EU-ret. For at sikre afgiftsneutralitet er overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, f.eks. fritaget for kildeskat i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet⁴³. Medlemsstaterne kan således ikke ensidigt indføre begrænsninger og underlægge retten til fritagelse for kildeskat i henhold til nævnte direktivs artikel 5, stk. 1, forskellige betingelser⁴⁴.

2017 (COM/2017/787 final).

³⁹ C-201/15, AGET Iraklis, ECLI:EU:C:2016:972, præmis 52.

⁴⁰ C-113/89, Rush Portuguesa, ECLI:EU:C:1990:142, præmis 12.

⁴¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (EFT L 18 af 21.1.1997, s. 1). Jf. ligeledes Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/67/EU af 15. maj 2014 om håndhævelse af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser og om ændring af forordning (EU) nr. 1024/2012 om administrativt samarbejde via informationssystemet for det indre marked ("IMI-forordningen") (EUT L 159 af 28.5.2014, s. 11).

⁴² C-319/02, Manninen, ECLI:EU:C:2004:484, præmis 19.

⁴³ Artikel 5 i Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (EUT L 345 af 29.12.2011, s. 8) som ændret.

⁴⁴ Forenede sager C-504/16 og C-613/16, Deister Holding, ECLI:EU:C:2017:1009, præmis 51-52.

Eksempel 2 – Pensionsfonde, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, har ret til samme skattemæssige behandling som indenlandske pensionsfonde

C-493/09 – Kommissionen mod Portugal

Efter portugisisk ret var udbytte modtaget af portugisiske pensionsfonde fritaget for skat, hvis aktierne havde været i hænde i mindst et år. En kildeskat (i princippet 20 %) blev derimod pålagt udbytte udloddet til pensionsfonde etableret i andre medlemsstater af indkomst erhvervet på portugisisk område. Domstolen bekræftede, at den portugisiske lovgivning var i strid med kapitalens frie bevægelighed som forankret i traktaten. Den fastslog, at Portugal havde undladt at begrunde forskelsbehandlingen af udbytte udloddet til pensionsfonde, der var etableret i andre medlemsstater. Det forhold, at ikkehjemmehørende pensionsfonde under ingen omstændigheder kan opnå den fritagelse, som meddeles pensionsfonde, der har hjemsted i Portugal, var heller ikke forholdsmæssigt med hensyn til de af Portugal påberåbte vanskeligheder i forbindelse med indsamling af information og inddrivelse af skattegæld.

iii) Udtræden af markedet

Investorenes rettigheder i henhold til EU-retten omfatter friheden til at fastlægge arten og omfanget af den økonomiske aktivitet. Derfor har Domstolen også anerkendt de erhvervsdrivendes ret til at bestemme størrelsen af deres investering og friheden til senere at indskrænke omfanget af deres aktivitet eller i givet fald opgive aktiviteten⁴⁵. Denne frihed kan kun indskrænkes i behørigt begrundede tilfælde og på en forholdsmæssig måde.

III. EU-retten beskytter investorer mod uberettigede restriktioner

Restriktioner på investeringer kan antage mange former. De omfatter:

- et forbud mod at erhverve kapitalandele i et selskab i en anden medlemsstat⁴⁶
- et forbud mod salg af aktier i gas- og eldistributionssystemet til private investorer (dvs. privatiseringsforbud)
- et forbud mod pensionskassers investeringer af mere end 5 % af deres aktiver i udlandet⁴⁷
- regler om obligatorisk henlæggelse af værdipapirer udstedt eller betalbare i udlandet i

⁴⁵ C-201/15, AGET Iraklis, ECLI:EU:C:2016:972, præmis 53.

⁴⁶ C-148/91, Veronica, ECLI:EU:C:1993:45, præmis 8 ff.

⁴⁷ C-271/09, Kommissionen mod Polen, ECLI:EU:C:2011:855, præmis 51 (begrænsninger på pensionsfonde).

depot i en godkendt bank eller en udenlandsk bank valgt af en godkendt bank⁴⁸

- særlige rettigheder, som medlemsstaterne har i visse virksomheder efter deres privatisering ("gyldne aktier")⁴⁹
- ordninger med forudgående godkendelse af investeringer i fast ejendom (f.eks. i landbrugsjord)⁵⁰.

Når offentlige myndigheder begrænser EU-investorenes rettigheder, skal de imidlertid overholde de begrænsninger, som er fastsat i EU-retten.

1. Forskelsbehandling og nationale restriktioner for investorernes rettigheder er i princippet forbudt

I henhold til traktaten er forskelsbehandling på grund af nationalitet samt andre former for forskelsbehandling i princippet forbudt og kun lovlig under særlige omstændigheder. Dette forbud omfatter indirekte forskelsbehandling og omfatter dermed foranstaltninger, der anvender kriterier, som tilsyneladende er neutrale, men i praksis fører til samme resultat som forskelsbehandling⁵¹.

EU-lovgiveren har forbudt enhver form for forskelsbehandling på grund af nationalitet af direkte eller indirekte karakter på visse områder, der er harmoniseret i vidt omfang eller delvist, f.eks. i tjenesteydelsesdirektivet eller i direktiverne i telekommunikationssektoren⁵².

Foruden forskelsbehandling fastslås det ligeledes i traktaten, at en restriktion også er enhver foranstaltning, der finder anvendelse uden forskel⁵³, som forbyder eller kan få en til at afholde sig fra eller gøre det mindre attraktivt at udøve en af de grundlæggende frihedsrettigheder, selv indirekte og potentielt.

En sådan restriktion er forbudt, medmindre den er behørigt begrundet og i overensstemmelse med de generelle principper i EU-retten og de grundlæggende rettigheder⁵⁴, selv om den er af ringe rækkevidde eller af mindre

⁴⁸ C-157/85, Brugnoli, ECLI:EU:C:1986:258, præmis 21.

⁴⁹ Disse foranstaltninger blev iværksat på baggrund af meddelelsen fra Kommissionen om visse juridiske aspekter ved EU-interne investeringer af 19. juli 1997:

[http://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y0719\(03\)&from=en](http://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y0719(03)&from=en).

⁵⁰ Jf. Kommissionens fortolkningsmeddelelse om erhvervelse af landbrugsjord og EU-retten:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/ALL/?uri=OJ:C:2017:350:TOC>

⁵¹ C-83/14, CHEZ Bulgaria, ECLI:EU:C:2015:480, præmis 94. Forskelsbehandling forudsætter ikke, at det kun er indenlandske statsborgere, som begunstiges, eller at det kun er udlændinge, som stilles ringere (C-388/01, Kommissionen mod Italien, ECLI:EU:C:2003:30, præmis 14).

⁵² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7. marts 2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) (EFT L 108 af 24.4.2002, s. 21) som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25. november 2009 (EUT L 337 af 18.12.2009, s. 37), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT L 108 af 24.4.2002, s. 33) som ændret ved direktiv 2009/140/EF, og Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16. september 2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT L 249 af 17.9.2002, s. 21).

⁵³ Dvs. gælder for både statsborgere og udlændinge.

⁵⁴ C-492/14, Essent Belgium, ECLI:EU:C:2016:732, præmis 96-97.

betydning⁵⁵, og også hvis den indføres af investorens hjemland⁵⁶. Dette forbud vedrører navnlig nationale love, andre generelt gældende foranstaltninger og individuelle administrative afgørelser.

Eksempel 3 – En anmeldelsespligt for investorer kan også udgøre en ulovlig restriktion

C-577/10 – Kommissionen mod Belgien ("Limosa")

I henhold til belgisk ret skal tjenesteydere fra udlandet tilstille de kompetente nationale myndigheder en forhåndserklæring med detaljerede oplysninger om udøvelsen af deres virksomhed i Belgien. Kommissionen anfægtede denne lovgivning, for så vidt angår dens anvendelse på selvstændige tjenesteydere.

Domstolen fastslog, at søgsmålet var velbegrundet. Den fastslog først, at den omhandlede foranstaltning udgjorde en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser. Domstolen anerkendte, at beskyttelsen af arbejdstagere, som Belgien havde påberåbt sig, udgør et alment hensyn. Domstolen fastslog imidlertid, at Belgien ikke havde angivet en tilstrækkeligt overbevisende begrundelse for, hvorfor det er nødvendigt at meddele disse meget detaljerede oplysninger for at nå de mål begrundet i almene hensyn, som det har påberåbt sig, og hvorfor forpligtelsen til forudgående at meddele sådanne oplysninger ikke overskrider grænserne for, hvad der er nødvendigt med henblik på at nå disse mål, hvilket Belgien burde have gjort. Domstolen erindrede i denne forbindelse, at formodning om udenlandske erhvervsdrivendes misbrug ikke kan anvendes som begrundelse i henhold til traktaten.

2. Nationale restriktioner skal begrundes

Markedsfriheder og grundlæggende rettigheder ikke er absolutte rettigheder, og offentlige myndigheder skal veje dem op mod andre mål for den offentlige politik.

a) Visse restriktioner kan aldrig begrundes

Visse typer af restriktioner er i sig selv i strid med traktaten, f.eks. krav om gensidighed over for andre medlemsstater⁵⁷ eller en formodning om svig i forbindelse med udlændinge⁵⁸.

Dertil kommer, at en række alvorlige former for restriktioner er blevet fuldstændig forbudt af EU-lovgiveren (f.eks. må der ikke stilles krav om et hovedforretningssted i henhold til den

⁵⁵ C-315/13, De Clercq, ECLI:EU:C:2014:2408, præmis 61.

⁵⁶ C-384/93, Alpine Investment, ECLI:EU:C:1995:126, præmis 29-31.

⁵⁷ C-5/94, Hedley Lomas, ECLI:EU:C:1996:205, præmis 19-20, og C-266/03, Kommissionen mod Luxembourg, ECLI:EU:C:2005:341, præmis 35.

⁵⁸ C-577/10, Kommissionen mod Belgien ("Limosa"), ECLI:EU:C:2012:814, præmis 53, og C-106/16, Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, præmis 63.

såkaldte "sorte liste" i tjenesteydelsesdirektivets artikel 14)⁵⁹.

På områder, der ikke er fuldt ud harmoniserede, begrænser EU-regler EU-myndighedernes og de nationale myndigheders skønsbeføjelser, f.eks. ved at fastsætte kriterier for tilsynsmæssig vurdering af kvalificerede andele i finansielle institutioner⁶⁰.

b) Visse restriktioner kan være begrundet i legitime nationale mål

EU-retten gør det muligt at begrænse grundlæggende frihedsrettigheder, så længe disse er begrundet i mål, der udtrykkeligt er nævnt i traktaten. I henhold til traktatens artikel 52 kan etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser begrænses, hvis det er begrundet i den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed.

Restriktioner, der ikke diskriminerer på grundlag af nationalitet, kan også være begrundet i tvingende almene hensyn som anerkendt i Domstolens retspraksis. Disse omfatter:

- miljøbeskyttelse⁶¹
- sammenhæng i beskatningsordningen⁶²
- bekæmpelse af skatteunddragelse⁶³
- opretholdelse af befolkningen i landdistrikterne og bekæmpelse af overdreven spekulation i jord⁶⁴
- fysisk planlægning (f.eks. begrænsninger i oprettelsen af sekundærboliger)⁶⁵
- forbrugerbeskyttelse⁶⁶
- beskyttelse af arbejdstagere⁶⁷
- beskyttelse af kreditorer og mindretalsaktionærer⁶⁸.

Listen over tvingende almene hensyn er blevet udvidet, da de stadigt skiftende interesser i vores samfund er blevet anerkendt i Domstolens retspraksis. Nationale foranstaltninger, der begrænser de grundlæggende frihedsrettigheder begrundet i administrative eller rent

⁵⁹ C-593/13, Rina Services, ECLI:EU:C:2015:399, og C-179/14, Kommissionen mod Ungarn, ECLI:EU:C:2016:108, præmis 47.

⁶⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU af 26. juni 2013 om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber, om ændring af direktiv 2002/87/EF og om ophævelse af direktiv 2006/48/EF og 2006/49/EF (CRD IV) (EUT L 176 af 27.6.2013, s. 338), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/65/EU af 15. maj 2014 om markeder for finansielle instrumenter og om ændring af direktiv 2002/92/EF og direktiv 2011/61/EU (EUT L 173 af 12.6.2014, s. 349) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25. november 2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II) (EUT L 335 af 17.12.2009, s. 1).

⁶¹ C-400/08, Kommissionen mod Spanien ("indkøbscentre i Catalonien"), ECLI:EU:C:2011:172, præmis 74. Jf. desuden artikel 3, stk. 3, i TEU og artikel 11 og 191 i TEUF.

⁶² C-204/90, Bachmann, ECLI:EU:C:1992:35, præmis 28.

⁶³ C-72/09, Etablissements Rimbaud, ECLI:EU:C:2010:645, præmis 33 ff.

⁶⁴ C-370/05, Festersen, ECLI:EU:C:2007:59, præmis 27.

⁶⁵ C-213/04, Ewald Burtscher mod Josef Stauderer, ECLI:EU:C:2005:731, præmis 46.

⁶⁶ C-342/14, X-Steuerberatungsgesellschaft, ECLI:EU:C:2015:827, præmis 53.

⁶⁷ C-341/05, Laval, ECLI:EU:C:2007:809, præmis 103.

⁶⁸ C-106/16, Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, præmis 53.

økonomiske hensyn, er imidlertid ikke tilladt i henhold til EU-retten⁶⁹. Desuden skal de legitime offentlige interesser, der er anerkendt i traktaten og retspraksis, fortolkes strengt⁷⁰.

3. Alle restriktioner skal være i overensstemmelse med de generelle principper i EU-retten (proportionalitet, retssikkerhed og den berettigede forventning)

Enhver national foranstaltning, der er vedtaget af en medlemsstat inden for rammerne af EU-retten og påvirker EU-investorenes rettigheder, skal være i overensstemmelse med de gældende generelle EU-retlige principper, som kan være nærmere specificeret i EU-lovgivningen⁷¹.

For det første skal nationale restriktioner være forholdsmæssige, dvs. at de restriktive bestemmelser er egnede til at nå det ønskede mål, herunder det forhold, at de skal tjene legitime offentlige mål på en sammenhængende og systematisk måde⁷². De bør ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet af almen interesse⁷³. En restriktiv foranstaltning er ikke forholdsmæssig, hvis der findes en alternativ foranstaltning, der kan sikre de offentlige interesser på en måde, der er mindre indgribende i den frie bevægelighed⁷⁴.

I praksis spiller proportionalitetsprincippet en central rolle. Domstolen foretager en tilbundsgående undersøgelse af forholdsmæssigheden af nationale foranstaltninger, der begrænser de grundlæggende frihedsrettigheder. Ved vurderingen af forholdsmæssigheden bør alle de faktiske og retlige omstændigheder i sagen tages i betragtning. Det påhviler de nationale myndigheder at påvise, at deres lovgivning er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. I denne henseende skal de årsager, som medlemsstaten kan påberåbe sig som begrundelse, ledsages af hensigtsmæssig dokumentation eller en analyse af det hensigtsmæssige og forholdsmæssige ved den restriktive foranstaltning⁷⁵.

Eksempel 4 – Indirekte ekspropriation som en uforholdsmæssig restriktion af frie kapitalbevægelser

Forenede sager C-52/16 og C-113/16 – SEGRO og Horváth

Et ungarsk selskab (ejet af fysiske personer med bopæl i Tyskland) og en østrigsk statsborger havde

⁶⁹ C-367/98, Kommissionen mod Portugal, ECLI:EU:C:2002:326, præmis 52, og C-174/04, Kommissionen mod Italien, ECLI:EU:C:2005:350, præmis 37.

⁷⁰ Jf. bl.a. forenede sager [C-52/16](#) og C-113/16, SEGRO og Horváth, ECLI:EU:C:2018:157, præmis 96.

⁷¹ Jf. C-17/03, VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, præmis 57 ff. Jf. ligeledes C-195/12, Industrie du bois, ECLI:EU:C:2013:598.

⁷² C-243/01, Gambelli, ECLI:EU:C:2003:597, præmis 67, og C-169/07, Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis.

⁷³ Forenede sager [C-52/16](#) og C-113/16, SEGRO og Horváth, ECLI:EU:C:2018:157, præmis 76.

⁷⁴ C-452/01, Ospelt, ECLI:EU:C:2003:493, præmis 41.

⁷⁵ C-333/14, Scotch Whisky, ECLI:EU:C:2015:845, præmis 53, og forenede sager C-52/16 og C-113/16, SEGRO og Horváth, ECLI:EU:C:2018:157, præmis 85.

før den 30. april 2014 erhvervet brugsrettigheder over landbrugsarealer i Ungarn, som blev indskrevet i ejendomsregistret. Som følge af ændringer af den relevante ungarske lov i 2013 bortfaldt alle brugsrettigheder over landbrugsarealer, medmindre det kunne påvises, at rettighederne var stiftet til fordel for medlemmer af samme familie. De pågældende EU-udlændinges rettigheder blev derfor slettet i ejendomsregistret.

Domstolen fastslog, at ovennævnte lovændringer fra 2013 var en restriktion af frie kapitalbevægelser, da de fratog sagsøgerne muligheden for at bruge de goder, som de havde investeret kapital i, og at de var diskriminerende, da ændringerne rent faktisk var rettet mod udlændinge. Foranstaltningerne var ikke egnede til at nå legitime mål for den offentlige politik (f.eks. opretholdelse af et levedygtigt landbrugserhverv), gik ud over, hvad der var nødvendigt, og kunne have været erstattet af mindre restriktive foranstaltninger.

For det andet er retssikkerhed et grundlæggende princip i EU-retten, som også er relevant for investorerne. I henhold til dette princip skal EU-regler eller nationale regler være klare, præcise og forudsigelige i deres retsvirkninger, især når de kan have bebyrdende virkninger for privatpersoner og virksomheder⁷⁶. Dette krav gælder navnlig, når reglerne har bebyrdende virkninger for privatpersoner og virksomheder⁷⁷, eller når reglerne kan have virkninger af økonomisk art for de berørte personer⁷⁸. Når offentlige myndigheder handler inden for EU-rettens anvendelsesområde, skal de imidlertid udøve deres skøn på grundlag af objektive, ikkediskriminerende, tilstrækkeligt præcise og klare på forhånd kendte kriterier⁷⁹.

Desuden omfatter retssikkerheden også beskyttelse af den berettigede forventning⁸⁰. EU-investorer kan imidlertid kun under særlige omstændigheder gøre indsigelse mod en ændring af de eksisterende bestemmelser eller vedtagelse af nye bestemmelser, der falder ind under EU-rettens anvendelsesområde, begrundet i beskyttelsen af deres berettigede forventninger.

For at kunne påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning skal de erhvervsdrivende handle i god tro⁸¹ og på en forudseende og påpasselig måde⁸². Hvis investorerne vidste eller med rimelighed burde have vidst, at kilden til deres påstand, de regler, som de havde baseret deres påstand på, adfærden hos den offentlige myndighed, der gennemførte disse regler, eller den

⁷⁶ C-318/10, SIAT, ECLI:EU:C:2012:415, præmis 58.

⁷⁷ C-17/03, VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, præmis 80, C-347/06, ASM Brescia, ECLI:EU:C:2008:416, præmis 69, og C-362/12, Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation, ECLI:EU:C:2013:834, præmis 44.

⁷⁸ C-17/01, Sudholz, ECLI:EU:C:2004:242, præmis 34.

⁷⁹ C-169/07, Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141, præmis 64, C-54/99, Association Église de Scientologie de Paris, ECLI:EU:C:2000:124, præmis 22, og C-483/99, Kommissionen mod Frankrig ("Elf Aquitaine"), ECLI:EU:C:2002:327, præmis 50.

⁸⁰ C-17/03, VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, præmis 73-74.

⁸¹ C-316/88, Krücken, ECLI:EU:C:1988:201, præmis 23-24, og C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, ECLI:EU:C:1990:320, præmis 14.

⁸² C-310/04, Spanien mod Rådet, ECLI:EU:C:2006:521, præmis 81.

procedure, som denne offentlige myndighed fulgte, var i strid med EU-retten, kan de således ikke påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning⁸³.

De erhvervsdrivende ikke kan forvente, at en bestående retlig ordning altid vil blive opretholdt⁸⁴. Hvis EU eller medlemsstaterne træffer en ny foranstaltning på en måde, som har negativ indvirkning på investorernes interesser, skal de derimod i givet fald tilpasse de nye regler under hensyntagen til de berørte investorers særlige situation, medmindre tvingende hensyn til almenvellet forhindrer dem i at foretage sådanne tilpasninger⁸⁵.

Eksempel 5 – Beskyttelse af den berettigede forventning

Sag C-201/08 – Plantanol GmbH & Co

I henhold til tysk ret var en bestemt type biobrændstof omfattet af en afgiftslettelse indtil udgangen af 2009. Afgiftslettelsesordningen blev ophævet den 18. december 2006 med virkning fra den 1. januar 2007, dvs. to fulde år før dens udløbsdato.

Domstolen mindede om indholdet af principperne om retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning. Den understregede også, at forudseende og påpasselige investorer, når de kan påregne gennemførelsen af en foranstaltning, der kan påvirke deres interesser, imidlertid ikke kan påberåbe sig et sådant princip, når foranstaltningen gennemføres. Domstolen konkluderede, at dette er en faktisk bedømmelse, som den nationale ret skal foretage, men den bekræftede, at retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning som udgangspunkt ikke er til hinder for, at en medlemsstat ophæver en afgiftslettelsesordning før udløbsdatoen.

I princippet bør EU-investorer kun lejlighedsvis være nødsaget til at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, fordi de normalt kan påberåbe sig anvendelsen af de grundlæggende frihedsrettigheder, der er forankret i traktaten (herunder proportionalitet og ikkeforskelsbehandling), og afledt EU-ret. EU-reglerne har retsvirkninger fra tidspunktet for deres ikrafttræden⁸⁶. De gælder også umiddelbart og er bindende for en ny medlemsstat fra tiltrædelsesdatoen, således at de finder anvendelse på de fremtidige virkninger af forhold, der er opstået før denne nye medlemsstats tiltrædelse af EU⁸⁷.

⁸³ C-24/95, Land Rheinland-Pfalz mod Alcan Deutschland, ECLI:EU:1997:163, præmis 25 og 49, og C-169/95, Spanien mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1997:10, præmis 51.

⁸⁴ C-17/03, VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, præmis 81, og C-201/08, Plantanol, ECLI:EU:C:2009:539, præmis 53.

⁸⁵ C-17/03, VEMW, ECLI:EU:C:2005:362, præmis 81, og C-201/08, Plantanol, ECLI:EU:C:2009:539, præmis 49.

⁸⁶ Forenede sager C-10/97 – C-22/97, IN.CO.GE.'90, ECLI:EU:C:1998:498, præmis 23.

⁸⁷ C-122/96, Saldanha, ECLI:EU:C:1997:458, præmis 14.

4. Alle nationale restriktioner skal være i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder

Grænseoverskridende investorer kan også inden for EU-retten anvendelsesområde påberåbe sig grundlæggende rettigheder såsom friheden til at oprette og drive virksomhed, ejendomsretten og retten til en effektiv retsbeskyttelse, når de handler inden for rammerne af EU-retten⁸⁸. Hvis en medlemsstat (herunder den nationale lovgiver) træffer en foranstaltning, der bryder med en af de grundlæggende frihedsrettigheder, der er sikret ved EU-retten, er denne foranstaltning omfattet af anvendelsesområdet for EU-retten. Beskyttelsen i henhold til EU-retten, herunder de grundlæggende rettigheder, der er forankret i chartret, finder således fuld anvendelse⁸⁹.

Friheden til at oprette og drive egen virksomhed kan påberåbes over for alvorlige begrænsninger af investorens aftalefrihed⁹⁰. Ejendomsretten (dvs. retten til at besidde lovligt erhvervet ejendom, at anvende den, at træffe dispositioner hermed) er af afgørende betydning for enhver investeringsbeskyttelsesordning. I henhold til EU-retten omfatter den grundlæggende ejendomsret "ejendom" i bredeste forstand⁹¹ og dækker ligeledes retten til uforstyrret nydelse af sin ejendom. Det indebærer umiddelbart en ret til erstatning for berøvelse af ejendom af hensyn til almenvellet⁹². Den beskyttelse, der ydes på dette grundlag, er særlig vigtig i tilfælde af ekspropriation eller tilsvarende foranstaltninger.

Disse rettigheder er ikke ubetingede rettigheder, og udøvelsen heraf kan være underlagt restriktioner, hvis disse restriktioner er begrundet i almene hensyn, der er anerkendt i EU-retten, og er forholdsmæssige. Betydningen af formålene med de restriktive foranstaltninger kan begrunde negative konsekvenser, endog væsentlige, for visse erhvervsdrivende. Restriktionerne kan imidlertid ikke i lyset af det tilsigtede formål udgøre et uforholdsmæssigt og urimeligt indgreb, som berører disse rettigheders egentlige indhold⁹³.

5. Investorer kan påberåbe sig EU's konkurrenceregler over for nationale foranstaltninger

Ufordrejet konkurrence og lige konkurrencevilkår mellem virksomheder skal sikres i EU's

⁸⁸ Artikel 16, 17 og 47 i chartret. I det omfang chartret indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, har de i henhold til chartrets artikel 52, stk. 3, samme betydning og omfang som i konventionen. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse.

⁸⁹ C-685/15, *Online Games Handels*, ECLI:EU:C:2017:452, præmis 56.

⁹⁰ C-426/11, *Alemo-Herron m.fl.*, ECLI:EU:C:2013:521, præmis 35.

⁹¹ Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har gentagne gange fastslået, at ejendomsretslignende rettigheder er omfattet af artikel 1 i protokol nr. 1 til den europæiske menneskerettighedskonvention, idet begrebet "besiddelse" er et selvstændigt begreb, der ikke er begrænset til ejerskab af fysiske varer. Derfor kan visse andre rettigheder og interesser, der udgør aktiver, også opfattes som "ejendomsrettigheder" og dermed som "besiddelser" med henblik på denne bestemmelse (jf. f.eks. *Handyside mod Det Forenede Kongerige*, dom af 7. december 1976. *James mod Det Forenede Kongerige*, dom af 21. februar 1986 vedrørende fremleje, *Witteck mod Tyskland*, dom af 12. december 2002 vedrørende en overdragelig brugsret over et jordstykke, og *Bruncrona mod Finland*, dom af 16. februar 2005 vedrørende fremleje).

⁹² *Forenede sager C-78/16 og C-79/16, Pesce m.fl.*, ECLI:EU:C:2016:428, præmis 86.

⁹³ C-44/79, *Hauer*, ECLI:EU:C:1979:290, præmis 15 ff. C-5/88, *Wachauf*, ECLI:EU:C:1989:321, præmis 18.

indre marked. Derfor er det ikke tilladt medlemsstaterne at tildele statsstøtte, medmindre den er forenelig med det indre marked⁹⁴. Desuden må medlemsstaterne ikke foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler, vedtagelser eller samordnet praksis, der er i strid med artikel 101 eller 102 i TEUF, eller forstærke deres virkninger, eller fratage deres egne retsfor skrifter deres statslige karakter ved at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende⁹⁵. Artikel 102 og artikel 106, stk. 1, i TEUF er ligeledes overtrådt, når en foranstaltning, der kan tilregnes en medlemsstat, og især en foranstaltning, hvorved en medlemsstat tildeler særlige eller eksklusive rettigheder som omhandlet i artikel 106, stk. 1, i TEUF skaber risiko for misbrug af en dominerende stilling⁹⁶.

IV. Håndhævelse af investorernes rettigheder i henhold til EU-retten

I international investeringsret (f.eks. bilaterale investeringsaftaler) er der primært fokus på at kompensere investorer efter overtrædelsen har fundet sted, hvorimod EU-retten sikrer beskyttelsen af grænseoverskridende investorer i EU på flere forskellige måder og på forskellige niveauer. Grænseoverskridende investorer er beskyttet i EU gennem en række mekanismer til forebyggelse eller løsning af krænkelser af deres rettigheder begået af lovgiveren, forvaltningen eller domstolene. Den retslige håndhævelse af rettigheder, der følger af EU-retten, er en af flere mulige løsninger. Hvis håndhævelse via retssystemet anses for at være det mest hensigtsmæssige redskab, eller når andre muligheder er udtømte, har den enkelte adgang til et komplet system af retsmidler i henhold til EU-retten.

1. Mekanismer til forebyggelse af overtrædelser og udenretslige løsninger

Forudgående kontrol af nationale foranstaltninger, som kan påvirke den enkeltes rettigheder i henhold til EU-retten

Forebyggelse af krænkelser af den enkeltes rettigheder i henhold til EU-retten er af særlig betydning for investorer, som har et særligt behov for at planlægge og gennemføre deres økonomiske beslutninger i et forudsigeligt og stabilt lovgivningsmiljø.

Med henblik på at sikre lige konkurrencevilkår for virksomheder i det indre marked er der i artikel 108 i TEUF fastsat en ordning med forudgående anmeldelse, som tager sigte på at give Europa-Kommissionen mulighed for at sikre foreneligheden af statsstøtteforanstaltninger (herunder national lovgivning) med det indre marked før deres ikrafttræden.

For så vidt angår EU-bestemmelserne om fri bevægelighed, har lovgiver pålagt

⁹⁴ Jf. især artikel 107-109 i TEUF.

⁹⁵ C-198/01, CIF, ECLI:EU:C:2003:430, præmis 46.

⁹⁶ C-49/07, MOTOE, ECLI:EU:C:2008:376, præmis 50, C-553/12 P, Kommissionen mod Grækenland ("DEI"), præmis 41-43.

medlemsstaterne at meddele visse foranstaltninger af lovgivningsmæssig eller administrativ karakter før deres vedtagelse og forelægge dem for Europa-Kommissionen og i givet fald de øvrige medlemsstater til kontrol. I nogle tilfælde har Kommissionen kun beføjelse til at rette en henstilling til den pågældende medlemsstat⁹⁷, og i andre tilfælde har lovgiveren givet Kommissionen beføjelse til at vedtage afgørelser i henhold til artikel 288 i TEUF, som er bindende for den pågældende medlemsstat⁹⁸. Kommissionens beslutningsbeføjelser er adskilt fra Domstolens kompetence til at træffe afgørelse vedrørende overtrædelser begået af medlemsstaterne⁹⁹. I tjenesteydelsesdirektivet¹⁰⁰ tillægges Kommissionen f.eks. beslutningsbeføjelse med hensyn til berettigelsen og forholdsmæssigheden af nye nationale barrierer, der er identificeret af EU's lovgiver som særligt skadelige for virkeliggørelsen af et indre marked for visse tjenesteydelser. For at gøre meddelelsesproceduren virkningsfuld i praksis har Kommissionen for nylig foreslået et "meddelelsesdirektiv"¹⁰¹.

Eksempel 6 – Foranstaltning vedrørende overførsel af visse flyvninger fra Linate lufthavn til Malpensa lufthavn

Sag C-361/98 – Italien mod Kommissionen ("Malpensa")

Formålet med forordning nr. 2408/92 er at gennemføre princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i luftfartssektoren. Italien vedtog i henholdsvis juli 1996 og oktober 1997 to dekreter, hvorved al lufttrafik skulle overføres fra Linate lufthavn i nærheden af Milanos bymidte til andre mere fjerntliggende lufthavne, med forbehold af en undtagelse, som i praksis kun omfattede forbindelsen Milano-Rom.

Efter klager fra internationale luftfartsselskaber vedtog Kommissionen den 16. september 1998 en

⁹⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (EUT L 241 af 17.9.2015, s. 1). Medlemsstaterne skal meddele Kommissionen visse tekniske forskrifter inden deres vedtagelse med henblik på gennem præventiv kontrol at beskytte den fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, som er en af hjørnestenene i Unionen, og for at sikre, at denne kontrol er virkningsfuld, skal alle udkast til tekniske forskrifter, som er omfattet af direktivet, meddeles, og undtagen i ekstraordinære tilfælde begrundet i uopsættelighed skal deres vedtagelse eller ikrafttræden suspenderes i de perioder, der er fastsat i direktivet (jf. vedrørende frie varebevægelser C-443/98, Unilever, ECLI:EU:C:2000:496, præmis. 40 ff.). Jf. ligeledes f.eks. Europa-Parlamentets og Rådets forordning om foranstaltninger til opretholdelse af naturgasforsyningssikkerheden og ophævelse af Rådets direktiv 2004/67/EF.

⁹⁸ Jf. f.eks. artikel 9 i Rådets Direktiv 96/67/EF af 15. oktober 1996 om adgang til ground handling-markedet i Fællesskabets lufthavne (EFT L 272 af 25.10.1996, s. 36). På grundlag af den pågældende forordning har Kommissionen truffet afgørelse i mindst 10 konkrete sager og har lejlighedsvis truffet en negativ afgørelse om den foreslåede restriktive foranstaltning. Jf. ligeledes artikel 3, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU af 10. marts 2010 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester) (EUT L 95 af 15.4.2010, s. 1).

⁹⁹ Forenede sager C-15/76 og C-16/76, Frankrig mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1979:29, præmis 26-28, og C-325/94, P An Taisce, ECLI:EU:C:1996:293, præmis 25.

¹⁰⁰ Jf. artikel 15, stk. 7, i tjenesteydelsesdirektivet.

¹⁰¹ Forslag til direktiv om håndhævelse af direktiv 2006/123/EF om tjenesteydelser i det indre marked, om en meddelelsesprocedure for tilladelsesordninger og krav vedrørende tjenesteydelser (COM(2016) 821 final).

afgørelse, hvorefter den omtvistede italienske foranstaltning blev forbudt. Denne afgørelse blev vedtaget i henhold til artikel 8 i forordning nr. 2408/92, som giver Kommissionen beføjelse til at træffe afgørelse om nationale foranstaltninger vedrørende fordeling af trafik, der er til skade for tjenesteydere i luftfartssektoren. Kommissionen anførte i sin afgørelse, at den italienske foranstaltning var indirekte forskelsbehandling, og at den var uforholdsmæssig. Italien indbragte denne foranstaltning for Domstolen under påberåbelse af en række anbringender vedrørende Kommissionen beføjelser og den udførte vurdering.

I sin dom forkastede Domstolen Italiens anbringender. Domstolen fastslog, at Kommissionen med rette har undersøgt dels, om der ved de nationale foranstaltninger, der er fastsat i de omtvistede dekreter, er indført restriktioner, der tilsyneladende finder anvendelse uden forskel, dels om de pågældende restriktioner er egnede til at sikre opnåelsen af det mål, de tilsigter, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål. Den undersøgte den vurdering af begrundelsen og proportionaliteten, som Kommissionen havde foretaget i sin afgørelse, og konstaterede, at ingen af de mange anbringender, som Italien havde påberåbt sig, var velbegrundede.

Forvaltningens anvendelse af regler i overensstemmelse med EU-retten

Nationale forvaltninger er sædvanligvis investorers første og mest almindelige samtalepartnere i en medlemsstat i investerings- og driftsfasen. Nationale administrative myndigheder skal anvende EU-retten korrekt, fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten, tilsidesætte nationale regler, der er i strid med EU-retten, og afbøde følgerne af overtrædelser af EU-retten (f.eks. refusion af uretmæssigt opkrævede afgifter). Disse principper, som følger af medlemsstaternes pligt til loyalt samarbejde i henhold til artikel 4, stk. 3, i TEU og princippet om EU-rettens forrang¹⁰², sikrer en korrekt og effektiv anvendelse af de rettigheder, der følger af EU-retten, uden at det er nødvendigt at gå rettens vej. Disse principper skal følges, selv om nationale procedureregler ikke foreskriver dem udtrykkeligt¹⁰³.

Eksempel 7 – Nationale organers undladelse af at anvende nationale regler

Sag C476/10 – Pepic

To statsborgere i Liechtenstein blev nægtet en tilladelse, der kræves i henhold til østrigsk ret i forbindelse med udenlandske statsborgeres erhvervelse af sekundære boliger.

Domstolen fortolkede sagen i henhold til bestemmelserne om frie kapitalbevægelser i artikel 40 i EØS-aftalen, som efter Domstolens vurdering havde samme retlige indhold som artikel 63 i TEUF.

¹⁰² Jf. bl.a. C-103/88, Costanzo, ECLI:EU:C:1989:256, præmis 32, C-224/97, Ciola, ECLI:EU:C:1999:212, præmis 30, og C-341/08, Petersen, ECLI:EU:C:2010:4, præmis 80.

¹⁰³ Jf. C-349/07, Sopropé, ECLI:EU:C:2008:746, præmis 38.

Domstolen fastslog for det første, at kravet om tilladelse udgør forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Domstolen fastslog dernæst, at alle nationale forvaltningsorganer skal respektere EU-rettens forrang og derfor skal se bort fra denne diskriminerende nationale lovgivning.

Enhver har ret til at blive hørt, når medlemsstaternes myndigheder træffer individuelle foranstaltninger, som henhører under EU-rettens anvendelsesområde, og som kan være bebyrdende for vedkommende¹⁰⁴. Forvaltningen skal anvende reglerne upartisk under hensyntagen til alle relevante oplysninger og uden forskelsbehandling¹⁰⁵ og skal give en behørig begrundelse for sine afgørelser¹⁰⁶. Når en medlemsstat har opkrævet afgifter i strid med EU-rettens bestemmelser, er den i princippet forpligtet til at tilbagebetale de pågældende beløb med renter¹⁰⁷.

I erkendelse af behovet for hurtige udenretlige løsninger på grænseoverskridende problemer med anvendelsen af EU-retten oprettede Kommissionen og medlemsstaterne Solvit i 2002. Solvit har til formål at levere pragmatiske løsninger til borgere og virksomheder i EU og EØS, der har svært ved at få deres EU-rettigheder anerkendt hos de offentlige myndigheder. I sin meddelelse om handlingsplanen for at styrke Solvit: give borgerne og virksomhederne adgang til det indre markeds fordele¹⁰⁸ anfører Kommissionen, at den er fast besluttet på, sammen med medlemsstaterne, at træffe yderligere foranstaltninger for at styrke Solvits strategiske rolle, så det indre marked kan fungere bedre i praksis for borgere og virksomheder.

2. Effektiv retsbeskyttelse af investorernes rettigheder i henhold til EU-retten

Et komplet system af retsmidler på EU-plan og i medlemsstaterne

I henhold til artikel 19, stk. 1, i TEU påhviler det medlemsstaterne at tilvejebringe den nødvendige adgang til domstolsprøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten¹⁰⁹. I medfør af chartrets artikel 47, som finder direkte anvendelse, har enhver adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol¹¹⁰. De nationale retssystemer i EU er underlagt standarder for uafhængighed, kvalitet og effektivitet, der er klart præciseret i Domstolens og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (ECHR) omfattende retspraksis¹¹¹.

¹⁰⁴ C-349/07, Sopropé, ECLI:EU:C:2008:746, præmis 36.

¹⁰⁵ C-55/94, Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411, præmis 37, C-269/90, Technische Universität München, EU:C:1991:438, præmis 14.

¹⁰⁶ C-19/92, Dieter Kraus, ECLI:EU:C:1993:125, præmis 40, og C-34/17, Donnellan, ECLI:EU:C:2018:282, præmis 55.

¹⁰⁷ Forenede sager C-10/97 til C-22/97, IN.CO.GE.'90, ECLI:EU:C:1998:498, præmis 24, C-591/10, Littlewoods Retail m.fl., ECLI:EU:C:2012:478, præmis 25-26, og C-69/14, Dragoş, ECLI:EU:C:2015:662, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis.

¹⁰⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0255&from=DA>

¹⁰⁹ C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, ECLI:EU:C:2018:117, præmis 29.

¹¹⁰ C-414/16, Vera Egenberger, ECLI:EU:C:2018:257, præmis 78.

¹¹¹ Jf. artikel 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis er relevant for fortolkningen af de

Borgerne har adgang til en række forskellige retsmidler ved de nationale domstole

Borgerne har adgang til en række retsmidler ved de nationale domstole, herunder navnlig:

- midlertidige foranstaltninger (foreløbige forholdsregler)¹¹²
- forpligtelsen til at fortolke national ret på en måde, der er i overensstemmelse med EU-retten¹¹³
- rettens forpligtelse til af egen drift at ophæve enhver retsakt (endog af forfatningsmæssig karakter), som er i strid med EU-retten¹¹⁴
- afbødning af følgerne af en overtrædelse af EU-retten¹¹⁵
- tilkendelse af erstatning for overtrædelser af EU-retten (herunder for retslig forseelse)¹¹⁶.

Disse retsmidler har et direkte retsgrundlag i EU-retten. Når betingelserne herfor er opfyldt, skal de nationale domstole derfor stille disse retsmidler til rådighed, uanset om de er fastsat i national ret eller ej. Nationale retsafgørelser kan desuden håndhæves ved brug af alle de instrumenter, der er fastsat i national ret.

Eksempel 8 – Retsmidler baseret på EU-retten på trods af national forfatningsret

Sag C-213/89 – Factortame og forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur og Factortame

En række selskaber, ejere eller operatører af fiskerfartøjer var blevet berøvet deres fiskerimuligheder som følge af de britiske myndigheders vedtagelse af nye og diskriminerende regler. Virksomhederne fremsatte begæring om domstolsprøvelse og om foreløbige forholdsregler. House of Lords anerkendte, at appellerterne ville lide uoprettelig skade, hvis de begærede foreløbige forholdsregler ikke blev truffet, og de fik medhold i hovedsagen. Efter national ret havde de engelske domstole imidlertid ikke kompetence til at træffe foreløbige forholdsregler i den foreliggende sag. Det var udelukket at træffe sådanne forholdsregler på grund af den gamle regel i common law om, at der ikke kan træffes foreløbige forholdsregler over for Kronen, det vil sige over for regeringen, sammenholdt med formodningen om, at en lov vedtaget af Parlamentet er i overensstemmelse med EU-retten, så længe der ikke er truffet afgørelse om dens forenelighed med denne. House of Lords forelagde spørgsmålet for Domstolen. Domstolen svarede, at en national retsinstans, som i en sag vedrørende EU-retten finder, at det eneste, der er til hinder for, at den træffer foreløbige forholdsregler, er en national retsregel, skal

grundlæggende rettigheder, da rettigheder i medfør af chartret svarende til dem, der er sikret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, i henhold til chartrets artikel 52, stk. 3, har samme betydning og omfang, medmindre EU-retten yder en højere beskyttelse.

¹¹² C-213/89, Factortame, ECLI:EU:C:1990:257, og forenede sager C-143/88 og C-92/89, Zuckerfabrik, ECLI:EU:C:1991:65.

¹¹³ C-106/89, Marleasing, ECLI:EU:C:1990:395, og C-91/92, Faccini Dori, ECLI:EU:C:1994:292.

¹¹⁴ Forenede sager C-188/10 og C-189/10, Melki og Abdeli, ECLI:EU:C:2010:363, præmis 43-44. Denne forpligtelse udstrækker sig til at se bort fra modstridende retspraksis, jf. C-689/13, Puligenica, ECLI:EU:C:2016:199, præmis 38.

¹¹⁵ C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, ECLI:EU:C:2007:432, præmis 33 ff., og C-276/07, Delay, ECLI:EU:C:2008:282, præmis 23. Jf. ligeledes nedenfor vedrørende tilbagebetaling af ulovligt opkrævede afgifter.

¹¹⁶ Jf. bl.a. forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich, ECLI:EU:C:1991:428, og C-224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513.

tilsidesætte denne regel.

I forbindelse med en anden forelæggelse fra en anden britisk domstol vedrørende samme investorer fastslog Domstolen, at princippet om, at en medlemsstat skal erstatte skader, der er forvoldt borgerne som følge af overtrædelser af EU-retten, som må tilregnes staten, finder anvendelse, når den nationale lovgiver var ansvarlig for den pågældende overtrædelse. Erstatningen af tabet kan desuden ikke gøres betinget af, at der hos det statslige organ, overtrædelsen må tilregnes, foreligger culpa (forsæt eller uagtsomhed), som går videre end den tilstrækkelig kvalificerede overtrædelse af EU-retten.

Medlemsstaterne har en forpligtelse i henhold til EU-retten til at indføre effektive procedurer, der gør det muligt for borgere og virksomheder, herunder investorer, at kræve erstatning for medlemsstaternes krænkelse af deres rettigheder i henhold til EU-retten. Kommissionen erkender, at det kan være vanskeligt for grænseoverskridende investorer at påberåbe sig statens ansvar på grund af de forskellige nationale procedureregler. Domstolen har dog i sin retspraksis ikke blot fastlagt princippet om dette ansvar, men også fastsat en række minimumskrav for statens ansvar uden for kontraktforhold for overtrædelse af EU-retten¹¹⁷.

EU-krav og støtte til fremme af nationale domstoles uafhængighed, kvalitet og effektivitet

De nationale domstoles uafhængighed er et fælles princip i medlemsstaternes forfatningstraditioner og i EU-retten¹¹⁸, og det anerkendes som afgørende for at sikre en effektiv retsbeskyttelse¹¹⁹. Garantier for uafhængighed og upartiskhed forudsætter, at der findes regler om bl.a. retsorganets sammensætning, udnævnelse, funktionsperiode, tilfælde, hvor organets medlemmer ikke må deltage i behandlingen af en sag, tilfælde, hvor de har pligt til at vige deres sæde, samt tilfælde, hvor de kan afsættes. Formålet er at fjerne enhver rimelig tvivl om, at organet er uimodtageligt for påvirkninger udefra og neutralt i forhold til de interesser, som står over for hinanden¹²⁰.

Som bebudet i meddelelsen om EU-retten: Bedre resultater gennem bedre anvendelse¹²¹ opfordrer og hjælper Kommissionen medlemsstaterne til at forbedre deres evne til at håndhæve EU-retten og sørge for klageadgang, således at dem, der i sidste ende er EU-rettens subjekter – hvad enten det er privatpersoner eller virksomheder – kan udøve deres fulde

¹¹⁷ I princippet afviger de betingelser for medlemsstaternes ansvar for skader, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af EU-retten, ikke fra de betingelser for EU's og EU-institutionernes ansvar for sådanne skader i overensstemmelse med artikel 340, stk. 2, i TEUF, jf. forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur og Factortame, ECLI:EU:C:1996:79, præmis 40-42.

¹¹⁸ Chartrets artikel 47, stk. 2, og artikel 19 i traktaten om Den Europæiske Union.

¹¹⁹ C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, ECLI:EU:C:2018:117, præmis 41.

¹²⁰ C-506/04, Wilson, ECLI:EU:C:2006:587, præmis 50-53.

¹²¹ Meddelelsen "EU-retten: Bedre resultater gennem bedre anvendelse" (2017/C18/02) findes på: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.018.01.0010.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2017%3A018%3ATO C

rettigheder.

Kommissionen tilskynder fortsat til, at håndhævelsesmyndighederne moderniseres via det europæiske semester og om nødvendigt specifik lovgivning. Kommissionen har samarbejdet med medlemsstaterne om at forbedre de nationale retssystemers effektivitet, herunder retsvæsenets uafhængighed, kvalitet og effektivitet. Det er en prioritet i forbindelse med det europæiske semester at forbedre retssystemernes effektivitet, og Rådet vedtager jævnligt landespecifikke henstillinger vedrørende forbedring af de nationale retssystemer på grundlag af forslag fra Kommissionen.

EU yder finansiel støtte til visse retsreformer gennem EU's struktur- og investeringsfonde. I perioden 2007-2023 vil 16 medlemsstater bruge mere end 900 mio. EUR til forbedring af deres retssystemers kvalitet og effektivitet¹²². EU-midler har f.eks. fremmet indførelsen af nye sagsstyringssystemer og brugervenlige e-tjenester i retten.

Nationale procedurer skal sikre en effektiv håndhævelse af den enkeltes rettigheder i henhold til EU-retten

Bortset fra forordning nr. 1215/2012¹²³, som har til formål at lette adgangen til domstolene, især ved at fastsætte regler om EU-retsinstansernes kompetencer i grænseoverskridende sager og om hurtig og enkel anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område¹²⁴, fastlægges procedureregler almindeligvis i national ret i henhold til EU-retten¹²⁵. Der er dog undtagelser, f.eks. klagedirektiverne, der harmoniserer processuelle aspekter vedrørende håndhævelse og retsmidler i forbindelse med offentlige indkøb¹²⁶.

Selv om EU-retten ikke harmoniserer procedurer, fastsættes der under alle omstændigheder minimumskrav hertil. Procedurene for tvangsfuldbyrdelse af EU-rettigheder må f.eks. ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende situationer, der er underlagt national ret (*ækvivalensprincippet*), og de må ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve disse rettigheder (*effektivitetsprincippet*)¹²⁷.

¹²² EU's resultattavle for retsområdet 2018: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf, figur 2 og 3.

¹²³ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EUT L 351 af 20.12.2012, s. 1).

¹²⁴ Forordning nr. 1215/2012 finder kun anvendelse i tvister på det "civil- og handelsretlige område". Den finder derfor ikke anvendelse i tvister, hvori en part (f.eks. statslig myndighed) udøver offentligretlige beføjelser. På det civil- og handelsretlige område findes der også flere forordninger om specifikke europæiske procedurer, der kan anvendes af investorer, såsom forordningen om det europæiske betalingspåkrav (nr. 1896/2006) eller forordningen om den europæiske kontosikringskendelse (nr. 655/2014).

¹²⁵ C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, ECLI:EU:C:2013:834, præmis 31.

¹²⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EUT L 335 af 20.12.2007, s. 31).

¹²⁷ C-169/14, *Sánchez Morcillo*, ECLI:EU:C:2014:2099, præmis 31.

Omkostningerne til prøvelse ikke må være uoverkommelig høje, og der ydes retshjælp til dem, der ikke har tilstrækkelige midler, hvis en sådan hjælp er nødvendig for at sikre effektiv adgang til domstolsprøvelse, herunder, hvis det er berettiget, til juridiske personer¹²⁸. Fysiske personer har endvidere ret til at få deres sag afgjort og håndhævet inden for en rimelig frist¹²⁹.

Eksempel 9 – Undladelse af at anvende nationale præklusionsregler på grund af nationale myndigheders vildledende adfærd

Sag C-327/00 – Santex

En italiensk virksomhed blev forhindret i at deltage i en udbudsprocedure på grund af manglende overholdelse af en af budsbestemmelserne i udbudsbekendtgørelsen. Efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen havde den ordregivende myndighed oplyst virksomheden om, at myndigheden i lyset af argumenterne imod foreneligheden af denne bestemmelse med EU-retten, ville fortolke den således, at virksomheden kunne deltage. Myndigheden skiftede efterfølgende mening og besluttede at udelukke virksomheden fra udbudsproceduren. De nationale tidsfrister for at anfægte udbudsbekendtgørelser var udløbet, da sagen blev indgivet til retten.

Domstolen konstaterede, at den fastsatte frist i national ret generelt var rimelig og således i princippet sikrede deltagere i udbudsprocedurens retssikkerhed. Domstolen fandt imidlertid, at omstændighederne i hver enkelt sag skulle tages i betragtning for at fastslå, om EU-bestemmelsernes effektivitet var blevet bragt i fare. I denne sag fandt Domstolen, at den ordregivende myndighed ved sin adfærd havde skabt en tilstand af uvished, og at denne uvished først blev fjernet, da beslutningen om udelukkelse blev truffet. Myndigheden har således gjort det uforholdsmæssigt vanskeligt for den berørte bydende at udøve de rettigheder, EU-retten tillægger ham. Derfor konkluderede Domstolen, at den nationale ret under de særlige omstændigheder i den foreliggende sag og for at gøre det muligt for sagsøgeren at påberåbe sig, at budsbestemmelsen er uforenelig med gældende EU-ret, bør fortolke de nationale præklusionsregler i overensstemmelse med EU's effektivitetsprincip eller, såfremt en sådan fortolkning ikke er mulig, undlade at anvende disse regler.

Indbringelse af sager for Den Europæiske Unions Domstol

Nationale retter fungerer som "EU-retter" og skal af egen drift undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med direkte anvendelige EU-bestemmelser. Når håndhævelsen af EU-rettigheder afhænger af fortolkningen af EU-retten ved en national ret, kan denne ret anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse. Såfremt et sådant spørgsmål rejses ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig

¹²⁸ C-279/09, DEB, ECLI:EU:C:2010:811, præmis 59.

¹²⁹ C-612/15, Kolev, ECLI:EU:C:2018:392, præmis 70-72.

at indbringe sagen for Domstolen¹³⁰. Præjudicielle spørgsmål kan også vedrøre gyldigheden af EU-regler, og i så fald skal den nationale ret indbringe sagen for Domstolen, som har enekompetence til at prøve gyldigheden af EU-retsakter¹³¹. For at kunne betegnes som en "ret i en af medlemsstaterne" som omhandlet i artikel 267 i TEUF og dermed være i stand til at indgive en anmodning til Domstolen skal et organ opfylde en række kriterier¹³². Private voldgiftsmænd og de voldgiftsretter, der er nedsat i unionsinterne BIT'er, opfylder ikke disse kriterier og kan derfor ikke anses for at være "retter" i henhold til artikel 267 i TEUF¹³³.

Fortolkningen i Domstolens præjudicielle afgørelse er bindende for den nationale ret med henblik på afgørelsen af hovedsagen¹³⁴. Alle nationale myndigheder er forpligtet til at træffe almindelige eller særlige foranstaltninger for at efterleve en præjudiciel afgørelse så hurtigt som muligt¹³⁵. Den nationale ret behøver ikke anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af bestemmelser, der er i strid med EU-retten, ad lovgivningsvejen eller ved ethvert andet forfatningsmæssigt middel¹³⁶.

I henhold til artikel 19 i TEU har Domstolen beføjelse til at sikre overholdelsen af EU-retten og spiller således en central rolle med hensyn til at sikre, at de EU-regler, hvorved grænseoverskridende investorer tildeles rettigheder, er effektive og ensartede.

3. Kommissionens rolle som traktatens vogter

Artikel 17, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Union pålægger Kommissionen ansvaret for en effektiv anvendelse, gennemførelse og håndhævelse af EU-retten. Kommissionen kan i denne rolle gennemgå nationale foranstaltninger og træffe foranstaltninger for at sikre, at EU's garantier til beskyttelse af investorer overholdes. Det primære formål med traktatbrudsproceduren er at sikre, at medlemsstaternes handlinger og undladelser bringes i overensstemmelse med EU-retten (f.eks. ved at ændre national lovgivning) som en almenyttig målsætning. Sager indledt af individuelle investorer med påstand om annullation af nationale foranstaltninger eller om økonomisk kompensation for skader som følge af sådanne foranstaltninger henhører under de nationale domstoles kompetence.

Medlemsstaterne er forpligtet til at træffe alle de nødvendige foranstaltninger til at overholde Domstolens dom om en overtrædelse. I modsat fald har Kommissionen beføjelse til at anmode Domstolen om at pålægge den overtrædende medlemsstat en tvangsbøde¹³⁷.

¹³⁰ Artikel 267 i TEUF.

¹³¹ C-314/85, Foto-Frost, ECLI:EU:C:1987:452.

¹³² Med henblik herpå tager Domstolen en hel række forhold i betragtning, nemlig om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, samt om det er uafhængigt (C-54/96, Dorsch Consult, ECLI:EU:C:1997:413, præmis 23).

¹³³ Jf. henholdsvis C-102/81, Nordsee, ECLI:EU:C:1982:107, præmis 10-13, og C-284/16, C-284/16, Achmea, ECLI:EU:C:2018:158, præmis 43 ff.

¹³⁴ C-689/13, Puligienica, ECLI:EU:C:2016:199, præmis 38.

¹³⁵ Forenede sager C-231/06 til C-233/06, Jonkman, ECLI:EU:C:2007:373, præmis 38.

¹³⁶ C-689/13, Puligienica, ECLI:EU:C:2016:199, præmis 40.

¹³⁷ Artikel 260, stk. 2, i TEUF.

Kommissionen er fast besluttet på at handle resolut ved overtrædelser, som hindrer gennemførelsen af vigtige politiske mål for EU, eller som risikerer at undergrave de fire grundlæggende frihedsrettigheder¹³⁸, der er afgørende for investorerne. Kommissionen giver høj prioritet til de overtrædelser, der afdækker systemiske svagheder, især overtrædelser, som påvirker de nationale retssystemers kapacitet til at bidrage til en effektiv håndhævelse af EU-retten. Det bør bemærkes, at en række traktatbrudssager løses inden indbringelse af sagen for Domstolen, da den pågældende medlemsstat ændrer eller ophæver den pågældende lovgivning eller træffer positive foranstaltninger til at afhjælpe overtrædelserne.

V. Konklusion

Muliggørelse, fremme og beskyttelse af investeringer er en af de vigtigste EU-prioriteter i det indre marked. EU-retten som fortolket af Domstolen skaber balance mellem investeringsbeskyttelse og andre legitime formål af almen interesse, der øger borgernes velfærd. Denne afvejning af forskellige offentlige interesser bør ligeledes foretages, når medlemsstaterne handler på nationalt plan inden for EU-rettens anvendelsesområde.

EU-retten løser ikke alle de problemer, som investorer kan blive konfronteret med i forbindelse med deres aktiviteter. I det indre marked er EU-investorernes rettigheder imidlertid beskyttet af EU-retten, og økonomiske aktiviteter kan således udøves og udvikles i alle medlemsstater. Investorer kan håndhæve deres rettigheder ved de nationale forvaltninger og domstole i henhold til de nationale procedureregler, som skal sikre, at disse rettigheder beskyttes effektivt.

EU-investorer kan ikke påberåbe sig unionsinterne BIT'er, der er uforenelige med EU-retten og ikke længere er nødvendige i det indre marked. De har ikke adgang til voldgiftsretter, der er nedsat ved disse unionsinterne BIT'er, eller for tvister inden for EU, til voldgiftsretter, der er nedsat i henhold til energichartertraktaten. EU-retssystemet beskytter imidlertid grænseoverskridende investorer i det indre marked tilstrækkeligt og effektivt og sikrer samtidig, at andre legitime interesser tages behørigt i betragtning. Når investorer udøver en af de grundlæggende frihedsrettigheder såsom etableringsfriheden eller de frie kapitalbevægelser, handler de inden for EU-rettens anvendelsesområde og er derfor beskyttet af denne lovgivning.

Medlemsstaterne har ansvaret for og beføjelser til at håndhæve EU-retten generelt, herunder

¹³⁸ Meddelelsen "EU-retten: Bedre resultater gennem bedre anvendelse" (2017/C18/02) findes på: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.018.01.0010.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2017%3A018%3ATOC

navnlig EU-investorerne rettigheder. Kommissionen bestræber sig på at gøre håndhævelsessystemet i EU mere effektivt, herunder gennem foranstaltninger til støtte for opbygningen af administrativ kapacitet eller styrkelse af retssystemer og til håndtering af nationale myndigheders overtrædelser af EU-retten.