



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MACIEJA SZPUNARA
od 1. srpnja 2021.¹

Predmet C-638/19 P

**Europska komisija
protiv
European Food SA,
Starmill SRL,
Multipack SRL,
Scandic Distilleries SA,
Ioana Micule,
Viorela Micule,
European Drinks SA,
Rieni Drinks SA,
Transilvania General Import-Export SRL,
West Leasing SRL, prije West Leasing International SRL**

„Žalba – Državna potpora – Arbitraža – Potpora koja proizlazi iz isplate naknade štete koju je arbitražni sud dodijelio određenim gospodarskim subjektima – Bilateralni ugovor o ulaganju – Primjena prava Unije”

I. Uvod

1. Zbog žestokog sukoba između prava Unije i arbitražnog prava o ulaganju postavljena su brojna pitanja koja se ne mogu riješiti samo na temelju presude Achmea². U ovom predmetu, koji je dobar primjer tog sukoba, Sud stoga ima izvrsnu priliku, podsjećajući na logiku na kojoj se temelji ta presuda, da dodatno pojašni načela kojima se uređuje pitanje usklađenosti s pravom Unije arbitražnih postupaka koji se temelje na bilateralnim ugovorima o ulaganju sklopljenim između dviju država članica, u posebnom kontekstu arbitražnog postupka pokrenutog na temelju bilateralnog ugovora o ulaganju sklopljenog između dviju država članica prije nego što država koja je stranka u arbitražnom postupku pristupi Europskoj uniji.

2. Ovaj je predmet, koji je na razmeđu arbitraže povodom ulaganja i prava o državnim potporama, prilika da se ispita pitanje opsega nadležnosti Europske komisije na temelju članaka 107. i 108. UFEU-a u takvom kontekstu.

¹ Izvorni jezik: francuski

² Presuda od 6. ožujka 2018. (C-284/16, u daljnjem tekstu: presuda Achmea, EU:C:2018:158)

3. Svojom žalbom Komisija zahtijeva ukidanje presude Općeg suda Europske unije od 18. lipnja 2019., European Food SA i dr./Komisija (T-624/15, T-694/15 i T-704/15, u daljnjem tekstu: pobijana presuda, EU:T:2019:423), kojom je potonji sud poništio Odluku Komisije (EU) 2015/1470 od 30. ožujka 2015. o državnoj potpori SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) koju je provela Rumunjska – Arbitražna odluka Micula protiv Rumunjske od 11. prosinca 2013. (SL 2015., L 232, str. 43., u daljnjem tekstu: sporna odluka).

II. Pravni okvir

A. Konvencija ICSID-a

4. Člankom 53. stavkom 1. Konvencije o rješavanju investicijskih sporova između država i državljana drugih država, sklopljene 18. ožujka 1965. (u daljnjem tekstu: Konvencija ICSID-a), koja je u pogledu Rumunjske stupila na snagu 12. listopada 1975., određuje se:

„Odluka je obvezna za stranke i ne podliježe žalbi ili nekom drugom pravnom lijeku, osim onih koje predviđa Konvencija. Svaka stranka dužna je poštovati i sprovoditi odredbe odluke [...]”.

5. Člankom 54. stavkom 1. Konvencije ICSID-a predviđa se:

„Svaka država ugovornica priznat će kao obaveznu odluku donesenu na osnovi ove Konvencije i provesti na svojem teritoriju novčane obveze određene tom odlukom kao da je to konačna presuda suda te države [...]”.

B. Sporazum iz 1995.

6. Člankom 64. stavcima 1. i 2. Europskog sporazuma o pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Rumunjske, s druge strane³ (u daljnjem tekstu: Sporazum iz 1995.), koji je stupio na snagu 1. veljače 1995., predviđa se:

„1. Sljedeće je nespojivo s ispravnim funkcioniranjem Sporazuma u mjeri u kojoj može utjecati na trgovinu između Zajednice i Rumunjske:

[...]

iii. svaka državna potpora koja narušava ili prijeti narušavanjem tržišnog natjecanja stavljanjem određenih poduzetnika ili proizvodnje određene robe u povoljniji položaj.

2. Svaka praksa protivna ovom članku ocjenjuje se na temelju kriterija koji proizlaze iz primjene pravila iz članaka [101., 102. i 107. UFEU-a].” [neslužbeni prijevod]

7. Člancima 69. i 71. Sporazuma iz 1995. Rumunjsku se obvezalo da svoje nacionalno zakonodavstvo uskladi s pravnom stečevinom.

³ SL 1994., L 357, str. 2.

C. BIT

8. Bilateralni ugovor o ulaganju koji su 29. svibnja 2002. sklopile vlada Kraljevine Švedske i vlada Rumunjske radi poticanja i uzajamne zaštite ulaganja (u daljnjem tekstu: BIT) stupio je na snagu 1. srpnja 2003. te se njegovim člankom 2. stavkom 3. određuje:

„Svaka ugovorna strana u svakom trenutku osigurava pošteno i pravedno postupanje u odnosu na ulaganja ulagača druge ugovorne strane te ne smije proizvoljnim i diskriminirajućim mjerama otežavati navedenim ulagačima vođenje, upravljanje, održavanje, korištenje, uživanje ili prodaju navedenih ulaganja”.

9. Člankom 7. BIT-a predviđa se da sporove između ulagača i država potpisnica rješava, među ostalim, arbitražni sud pod okriljem Konvencije ICSID-a.

D. Ugovor o pristupanju i Akt o pristupanju

10. Na temelju Ugovora o pristupanju Republike Bugarske i Rumunjske Europskoj uniji⁴, potpisanog 25. travnja 2005., Rumunjska je pristupila Uniji 1. siječnja 2007.

11. Člankom 2. Akta o uvjetima pristupanja Republike Bugarske i Rumunjske Europskoj uniji i prilagodbi Ugovora na kojima se temelji Europska unija⁵ (u daljnjem tekstu: Akt o pristupanju) propisuje se:

„Odredbe izvornih ugovora i akata koje su donijele institucije [...] obvezujuće su za [...] Rumunjsku od dana [njezina] pristupanja i primjenjuju se u [toj državi] pod uvjetima utvrđenima u tim ugovorima i u ovom Aktu”. [neslužbeni prijevod]

12. Poglavlje 2. Priloga V. Aktu o pristupanju, naslovljeno „Politika tržišnog natjecanja”, sadržava sljedeće odredbe:

„1. Sljedeći programi potpora i pojedinačne potpore koji su stupili na snagu u novoj državi članici prije dana pristupanja te se primjenjuju i nakon tog dana, od pristupanja se smatraju postojećim potporama u smislu članka [108.] stavka 1. [UFEU-a]:

(a) mjere potpore koje su stupile na snagu prije 10. prosinca 1994.;

(b) mjere potpore navedene u Dodatku ovom Prilogu;

(c) mjere potpore koje je prije dana pristupanja ocijenilo tijelo nove države članice nadležno za nadzor nad državnim potporama i za koje je utvrdilo da su usklađene s pravnom stečevinom te u vezi s kojima Komisija nije iznijela prigovor na temelju ozbiljne sumnje u spojivost mjere s [unutarnjim] tržištem, u skladu s postupkom utvrđenim u stavku 2.

⁴ Ugovor o pristupanju između Kraljevine Belgije, Češke Republike, Kraljevine Danske, Savezne Republike Njemačke, Republike Estonije, Irske, Helenske Republike, Kraljevine Španjolske, Francuske Republike, Talijanske Republike, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Velikog Vojvodstva Luksemburga, Republike Mađarske, Republike Malte, Kraljevine Nizozemske, Republike Austrije, Republike Poljske, Portugalske Republike, Slovenije, Slovačke Republike, Republike Finske, Kraljevine Švedske, Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske (država članica Europske unije) i Republike Bugarske i Rumunjske o pristupanju Republike Bugarske i Rumunjske Europskoj uniji (SL 2005., L 157, str. 11.)

⁵ SL 2005., L 157, str. 203.

Sve mjere koje se primjenjuju i nakon dana pristupanja, a predstavljaju državnu potporu te ne ispunjavaju gore navedene uvjete, od pristupanja se smatraju novim potporama za potrebe primjene članka [108.] stavka 3. [UFEU-a].

[...]

5. U odnosu na Rumunjsku, stavak 1. točka (c) primjenjuje se samo na mjere potpore koje je rumunjsko tijelo nadležno za nadzor nad državnim potporama ocijenilo nakon datuma za koji je Komisija, na temelju stalnog praćenja obveza koje je Rumunjska preuzela u kontekstu pregovora o pristupanju, utvrdila da su provedbeni rezultati u području državnih potpora u Rumunjskoj u razdoblju prije pristupanja dostigli zadovoljavajuću razinu. Smatra se da je takva zadovoljavajuća razina postignuta tek nakon što Rumunjska dokaže dosljednu primjenu potpune i pravilne kontrole državnih potpora u odnosu na sve mjere potpore dodijeljene u Rumunjskoj, uključujući donošenje i provedbu cjelovitih i pravilno obrazloženih odluka od strane rumunjskog tijela nadležnog za nadzor nad državnim potporama koje sadržavaju točnu ocjenu prirode državne potpore za svaku mjeru i pravilnu primjenu kriterija usklađenosti.

Komisija može na temelju ozbiljnih sumnji u spojivost s [unutarnjim] tržištem iznijeti prigovor na svaku mjeru potpore dodijeljenu u pretpristupnom razdoblju između 1. rujna 2004. i datuma određenog u gore navedenoj odluci Komisije kojom se utvrđuje da su provedbeni rezultati dostigli zadovoljavajuću razinu. Takva odluka Komisije o iznošenju prigovora na mjeru smatra se odlukom o pokretanju formalnog ispitnog postupka u smislu Uredbe (EZ) br. 659/1999⁶. Ako se takva odluka donese prije dana pristupanja, odluka stupa na snagu tek na dan pristupanja.

Ako Komisija donese negativnu odluku slijedom pokretanja formalnog ispitnog postupka, Komisija odlučuje da Rumunjska mora poduzeti sve potrebne mjere za stvarni povrat potpore od korisnika. Povrat potpore uključuje kamate po odgovarajućoj stopi koja je određena u skladu s Uredbom (EZ) br. 794/2004⁷ i koja teče od tog istog datuma.” [neslužbeni prijevod]

III. Okolnosti spora i sporna odluka

13. Okolnosti spora, koje su iznesene u točkama 1. do 42. pobijane presude, za potrebe ovog postupka mogu se sažeti na sljedeći način.

14. Rumunjske su vlasti 2. listopada 1998. donijele Hitnu vladinu uredbu br. 24/1998 (u daljnjem tekstu: Vladina uredba br. 24), kojom su određenim ulagačima u regijama u nepovoljnom položaju koji su dobili potvrdu o statusu trajnog ulagača dodijelile niz poticaja, i to, među ostalim, olakšice kao što su oslobođenje od carine i poreza na dodanu vrijednost za strojeve, povrat carine na sirovine te oslobođenje od poreza na dobit dok je god predmetno područje određeno kao regija u nepovoljnom položaju.

15. Odlukom od 25. ožujka 1999., koja se primjenjuje od 1. travnja 1999., rumunjska je vlada rudarsko područje Ștei-Nucet u okrugu Bihor proglasila regijom u nepovoljnom položaju na razdoblje od deset godina.

⁶ Uredba Vijeća od 22. ožujka 1999. o utvrđivanju detaljnih pravila za primjenu članka [108. UFEU-a] (SL 1999., L 83, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 16.)

⁷ Uredba Komisije od 21. travnja 2004. o provedbi Uredbe br. 659/1999 (SL 2004., L 140, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 2., str. 9.)

16. Kako bi ispunila obvezu usklađivanja predviđenu Sporazumom iz 1995., Rumunjska je 1999. donijela Zakon br. 143/1999 o državnim potporama, koji je stupio na snagu 1. siječnja 2000. U tom zakonu, u kojem se preuzima definicija državnih potpora iz članka 64. Sporazuma iz 1995. i današnjeg članka 107. UFEU-a, Consiliul Concurenței (Vijeće za tržišno natjecanje, Rumunjska) imenovan je kao nacionalno tijelo za nadzor državnih potpora, nadležno za ocjenjivanje spojivosti državnih potpora koje je Rumunjska dodijelila poduzetnicima.

17. Vijeće za tržišno natjecanje donijelo je 15. svibnja 2000. Odluku br. 244/2000, kojom je utvrdilo da nekoliko poticaja dodijeljenih na temelju Vladine uredbe br. 24 treba smatrati državnim potporama i ukinuti.

18. Hitna vladina uredba br. 75/2000 kojom je izmijenjena Vladina uredba br. 24 (u daljnjem tekstu zajedno nazvane: Vladina uredba), stupila je na snagu 1. srpnja 2000.

19. Vijeće za tržišno natjecanje osporavalo je u okviru svoje žalbe pred Curteom de Apel București (Žalbeni sud u Bukureštu, Rumunjska) to što, unatoč donošenju Hitne vladine uredbe br. 75/2000, njegova odluka br. 244/2000 nije bila provedena. Ta je žalba odbijena odlukom od 26. siječnja 2001. i tu je odluku 19. veljače 2002. potvrdila Înalta Curte de Casație și Justiție (Vrhovni kasacijski sud, Rumunjska).

20. Ioan i Viorel Micula, tužitelji u prvostupanjskom postupku, švedski su državljani s boravištem u Rumunjskoj i većinski dioničari društva European Food and Drinks Group, koja se bavi proizvodnjom hrane i pića u regiji Ștei-Nucet u okrugu Bihor (Rumunjska). Društva European Food SA, Starmill SRL, Multipack SRL, Scandic Distilleries SA, European Drinks SA, Rieni Drinks SA, Transilvania General Import-Export SRL i West Leasing SRL (prije West Leasing International SRL), također tužitelji u prvostupanjskom postupku, dio su društva European Food and Drinks Group.

21. Na temelju potvrda o statusu trajnog ulagača, koju je European Food dobio 1. lipnja 2000., a Starmill i Multipack 17. svibnja 2002., ta su društva poduzela ulaganja u rudarskom području Ștei-Nucet.

22. U veljači 2000. Rumunjska je započela pregovore o pristupanju Uniji. U kontekstu tih pregovora Unija je u Zajedničkom stajalištu od 21. studenoga 2001. utvrdila da Rumunjska ima „niz postojećih kao i novih nespojivih programa potpore koji nisu usklađeni sa stečevinom”, uključujući „olakšice dodijeljene na temelju [Vladine uredbe]”.

23. Rumunjska je 26. kolovoza 2004., uz pojašnjenje da, „[k]ako bi se ispunili kriteriji iz pravilâ Zajednice o državnim potporama te kako bi se završili pregovori u okviru poglavlja 6. (Politika tržišnog natjecanja), iz nacionalnog zakonodavstva treba ukloniti sve oblike državne potpore koji nisu u skladu s pravnom stečevinom u tom području”, ukinula sve poticaje dodijeljene na temelju Vladine uredbe osim olakšice za porez na dobit. To je ukidanje stupilo na snagu 22. veljače 2005.

24. Rumunjska je 1. siječnja 2007. pristupila Uniji.

25. Petero tužitelja u prvostupanjskom postupku, odnosno Ioan i Viorel Micula, European Food, Starmill i Multipack (u daljnjem tekstu: tužitelji u arbitraži), tražili su 28. srpnja 2005. da se osnuje arbitražni sud u skladu s člankom 7. BIT-a kako bi dobili naknadu štete koju su pretrpjeli zbog ukidanja poticaja predviđenih Vladinom uredbom.

26. Arbitražnom odlukom od 11. prosinca 2013. (u daljnjem tekstu: arbitražna odluka) arbitražni sud zaključio je da Rumunjska ukidanjem poticaja predviđenih Vladinom uredbom nije uspjela osigurati pošteno i pravedno postupanje u odnosu na ulaganja te je tužiteljima u arbitraži dodijelio naknadu štete na teret Rumunjske u iznosu od 791 882 452 rumunjska leua (RON) (oko 178 milijuna eura).

27. Komisijine službe obavijestile su 31. siječnja 2014. rumunjska tijela da bi svaka provedba ili izvršenje arbitražne odluke činilo novu potporu koju treba prijaviti Komisiji.

28. Rumunjska tijela obavijestila su 20. veljače 2014. Komisijine službe o isplati dijela naknade štete koju je arbitražni sud dodijelio tužiteljima u arbitraži prebijanjem poreza koji je rumunjskim tijelima dugovao European Food.

29. Komisija je 26. svibnja 2014. donijela Odluku C(2014) 3192, kojom je Rumunjskoj naložila da, na temelju članka 11. stavka 1. Uredbe br. 659/1999, smjesta suspendira sve mjere koje bi mogle dovesti do provedbe ili izvršenja arbitražne odluke jer bi takve mjere mogle činiti nezakonite državne potpore, sve dok Komisija ne donese konačnu odluku o spojivosti te mjere s unutarnjim tržištem.

30. Dopisom od 1. listopada 2014. Komisija je obavijestila Rumunjsku o svojoj odluci da pokrene formalni istražni postupak predviđen člankom 108. stavkom 2. UFEU-a u pogledu toga što je Rumunjska početkom 2014. djelomično izvršila arbitražnu odluku te u pogledu bilo kakve daljnje provedbe ili izvršenja te arbitražne odluke.

31. Prema tvrdnjama rumunjskih tijela arbitražna odluka u potpunosti je provedena.

32. Komisija je 30. ožujka 2015. donijela spornu odluku u kojoj je smatrala da plaćanje naknade štete koju je arbitražni sud dosudio jedinstvenoj gospodarskoj jedinici u čijem su sastavu Ioan i Viorel Micula, European Food, Starmill, Multipack, Scandic Distilleries, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export i West Leasing čini državnu potporu u smislu članka 107. stavka 1. UFEU-a i da je treba vratiti.

IV. Postupak pred Općim sudom i pobijana presuda

33. Tužbama podnesenim tajništvu Općeg suda 6., 30. i 28. studenoga 2015., European Food, Starmill, Multipack i Scandic Distilleries, u predmetu T-624/15, Ioan Micula, u predmetu T-694/15, i Viorel Micula te European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export i West Leasing, u predmetu T-704/15, pokrenuli su postupke za poništenje sporne odluke. Opći sud je odobrio Kraljevini Španjolskoj i Mađarskoj da interveniraju u potporu Komisijinu zahtjevu. U skladu s člankom 68. njegova Poslovnika, Opći sud spojio je ta tri predmeta u svrhu donošenja odluke kojom se završava postupak.

34. U prilog svakoj od tužbi u prvom stupnju tužitelji su istaknuli osam tužbenih razloga, od kojih su neki podijeljeni u nekoliko dijelova.

35. Opći sud je u pobijanoj presudi, s jedne strane, prihvatio prvi dio drugog tužbenog razloga istaknut u predmetima T-624/15 i T-694/15 i prvi dio prvog tužbenog razloga istaknut u predmetu T-704/15, koji se temelje na Komisijinoj nenadležnosti i neprimjenjivosti prava Unije na situaciju koja je prethodila pristupanju Rumunjske Uniji. U tom je pogledu Opći sud u

točkama 59. do 93. te presude odlučio da je Komisija donošenjem sporne odluke retroaktivno primijenila ovlasti koje ima na temelju članka 108. UFEU-a i Uredbe br. 659/1999 na činjenice koje su nastupile prije tog pristupanja i da Komisija stoga nije mogla kvalificirati predmetnu mjeru kao „državnu potporu” u smislu članka 107. stavka 1. UFEU-a.

36. Opći je sud, s druge strane, prihvatio drugi dio drugog tužbenog razloga istaknut u predmetima T-624/15 i T-694/15 i prvi dio drugog tužbenog razloga istaknut u predmetu T-704/15, koji se temelje na pogrešnoj kvalifikaciji „prednosti” i „potpore” u smislu članka 107. UFEU-a u arbitražnoj odluci. U tom je pogledu Opći sud u točkama 94. do 111. pobijane presude presudio da je sporna odluka nezakonita jer se njome to što je arbitražni sud dodijelio naknadu za štetu nastalu povlačenjem mjera poreznih poticaja, barem za razdoblje prije dana na koji se pravo Unije počelo primjenjivati u Rumunjskoj, kvalificira kao „prednost” i „potpora” u smislu te odredbe.

37. Stoga je Opći sud poništio spornu odluku u cijelosti a da pritom nije ispitao druge dijelove tih tužbenih razloga ni druge tužbene razloge.

V. Postupak pred Sudom i zahtjevi stranaka

38. Svojom žalbom Komisija, koju podupire Republika Poljska, zahtijeva od Suda da:

- ukine pobijanu presudu;
- odbije prvi dio prvog tužbenog razloga i prvi dio drugog tužbenog razloga koji su istaknuti u predmetu T-704/15 te prvi i drugi dio drugog tužbenog razloga koji su istaknuti u predmetima T-624/15 i T-694/15;
- vrati spojene predmete T-624/15, T-694/15 i T-704/15 Općem sudu na ponovno odlučivanje i
- naknadno odluči o troškovima.

39. Kraljevina Španjolska u svojem odgovoru na žalbu zahtijeva od Suda da:

- prihvati žalbu, ukine pobijanu presudu i odbaci tužbu u prvom stupnju kao nedopuštenu, i
- podredno, prihvati žalbu, ukine pobijanu presudu i odbije tužbu u prvom stupnju kao neosnovanu.

40. European Food, Starmill, Multipack i Scandic Distilleries, kao i Ioan Micula (u daljnjem tekstu: European Food i dr.) zahtijevaju od Suda da:

- odbije žalbu;
- podredno, poništi spornu odluku;
- još podrednije, vrati predmete Općem sudu na ponovno odlučivanje, i
- naloži Komisiji i intervenijentima snošenje vlastitih troškova te troškova European Fooda i dr. u prvostupanjskom postupku i žalbenom postupku.

41. Viorel Micula, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export i West Leasing (u daljnjem tekstu: Viorel Micula i dr.) zahtijevaju od Suda da:

- odbije žalbu;
- podredno, prihvati drugi tužbeni razlog istaknut u prvom stupnju u predmetu T-704/15 i stoga poništi spornu odluku;
- još podrednije, vrati predmete na ponovno odlučivanje Općem sudu;
- naloži Komisiji snošenje vlastitih troškova te troškova Viorela Micule i dr. u prvostupanjskom postupku i žalbenom postupku, i
- naloži Mađarskoj i Kraljevini Španjolskoj snošenje vlastitih troškova u prvostupanjskom postupku i žalbenom postupku.

42. Svojom protužalbom Kraljevina Španjolska, koju podupire Republika Poljska, zahtijeva od Suda da:

- ukine pobijanu presudu;
- odbaci tužbu u prvom stupnju kao nedopuštenu, i
- naloži European Foodu i dr. te Viorelu Miculi i dr. snošenje troškova.

43. Komisija zahtijeva da se protužalba prihvati.

44. European Food i dr. te Viorel Micula i dr. zahtijevaju da se protužalba odbije, da se Kraljevini Španjolskoj, Komisiji i intervenijentima naloži snošenje vlastitih troškova u postupku povodom protužalbe i da se Kraljevini Španjolskoj naloži snošenje troškova European Fooda i dr. te Viorela Micule i dr. nastalih u okviru protužalbe.

45. Komisija, Kraljevina Španjolska, Republika Poljska, European Food i dr. te Viorel Micula i dr. podnijeli su Sudu pisana očitovanja o žalbi i protužalbi.

46. Na raspravi održanoj 20. travnja 2021. iznesena su usmena očitovanja u ime Komisije, Savezne Republike Njemačke, Kraljevine Španjolske, Republike Latvije, Republike Poljske, European Fooda i dr. te Viorela Micule i dr.

VI. Analiza

47. Započet ću svoju analizu ispitivanjem protužalbe koja se odnosi na usklađenost s pravom Unije arbitražnih postupaka koji se temelje na BIT-u sklopljenom između država članica Unije, koja bi, ako je treba prihvatiti, dovela do nedopuštenosti tužbe u prvom stupnju. Budući da smatram da žalbene razloge istaknute u prilog protužalbi treba odbiti, nastavit ću tu analizu ispitivanjem žalbe koja se odnosi na pitanje Komisijine nadležnosti u pravu državnih potpora u kontekstu pristupanja neke države Uniji.

A. O protužalbi

48. Svojom protužalbom Kraljevina Španjolska, koju u tom pogledu podupiru Komisija i Republika Poljska u svojim pisanim očitovanjima, tvrdi da se predmetnim arbitražnim postupkom i posljedičnom arbitražnom odlukom povređuju načelo uzajamnog povjerenja i načelo autonomije prava Unije, u skladu s načelima koja je Sud utvrdio u presudi Achmea. Iz toga proizlazi da tužitelji u prvostupanjskom postupku nemaju nijedan legitimni interes za pokretanje postupka s obzirom na to da nastoje ishoditi poništenje sporne odluke kako bi se izvršila arbitražna odluka koja je protivna članku 19. UEU-a i člancima 267. i 344. UFEU-a.

1. Dopuštenost protužalbe

49. European Food i dr. te Viorel Micula i dr. tvrde da je protužalba koju je podnijela Kraljevina Španjolska nedopuštena.

50. Kao prvo, Kraljevina Španjolska nema pravo sudjelovati u postupku kao druga stranka u žalbenom postupku, u smislu članka 172. Poslovnika Suda, i stoga ne može u tom postupku sudjelovati kao protužalitelj u protužalbi.

51. U tom pogledu ističem da su European Food i dr. te Viorel Micula i dr. dopisima od 17. ožujka 2020. već zahtijevali od Suda da se Kraljevini Španjolsku isključi iz ovog postupka kao stranku jer ta država članica nema interes da se žalba prihvati ili odbije, u smislu članka 172. Poslovnika. Dopisom od 29. ožujka 2020. tajništvo Suda je, nakon odluke koju je donio predsjednik Suda, nakon što su sudac izvjestitelj i nezavisni odvjetnik saslušani, obavijestilo stranke da je njihov zahtjev odbijen jer je Kraljevina Španjolska, s obzirom na to da joj je kao državi članici odobreno intervenirati u prvostupanjski postupak, na temelju članka 40. Statuta Suda, u biti automatski imala interes da se žalba prihvati ili odbije.

52. Naime, s jedne strane, iz sudske prakse Suda proizlazi da je dovoljno da Opći sud odbije mišljenja koja su mu podnesena kako bi stranka o kojoj je riječ opravdala svoj interes da se žalba prihvati ili odbije⁸. Budući da Kraljevina Španjolska od Općeg suda zahtijeva da se odbije tužba tužiteljâ u prvostupanjskom postupku, ta država članica nužno ima interes da se žalba prihvati ili odbije, u smislu članka 172. Poslovnika.

53. S druge strane, u svakom slučaju, člankom 40. prvim stavkom i člankom 56. trećim stavkom Statuta Suda državama članicama dodjeljuje se status „privilegiranih tužitelja” koji ne moraju opravdati svoj interes kako bi podnijeli žalbu i stoga *a fortiori* protužalbu pred sudovima Unije⁹.

54. Kao drugo, u skladu s člankom 178. stavkom 3. Poslovnika, protužalba je nedopuštena jer, s jedne strane, u njoj su samo preuzeti isti argumenti kao oni koje je Kraljevina Španjolska navela u odgovoru na žalbu ili se samo upućuje na razmatranja koja su u njemu iznesena i, s druge strane, njome se istodobno nastoji proširiti predmet spora.

⁸ Vidjeti presudu od 14. lipnja 2018., Makhlouf/Vijeće (C-458/17 P, neobjavljena, EU:C:2018:441, t. 32.).

⁹ Presuda od 21. prosinca 2011., Francuska/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, t. 45.). Vidjeti i Wathélet, M., Wildemeersch, J., *Contentieux européen*, Larcier, 2014., str. 488.

55. Točno je da su argumenti koje je ta država članica istaknula u protužalbi i odgovoru na žalbu slični. Međutim, želim naglasiti da Kraljevina Španjolska protužalbom dovodi u pitanje dopuštenost tužbe podnesene Općem sudu. Doista, prema sudskoj praksi Suda, on je dužan po službenoj dužnosti odlučiti o tužbenim razlozima koji se odnose na nedopuštenost tužbe u prvom stupnju¹⁰.

56. Stoga, čak i pod pretpostavkom da se odgovor na žalbu Kraljevine Španjolske i protužalba preklapaju, Sud je dužan po službenoj dužnosti ispitati pitanje dopuštenosti s obzirom na to da se o njemu može raspravljati ako treba prihvatiti argumentaciju te države članice, koju u tom pogledu podupiru Komisija, Savezna Republika Njemačka, Republika Latvija i Republika Poljska.

57. U tim okolnostima smatram da u svim slučajevima treba analizirati različite argumente istaknute u okviru protužalbe kojima Kraljevina Španjolska nastoji dokazati nedopuštenost tužbe u prvom stupnju.

2. Meritum protužalbe

58. Kraljevina Španjolska ističe tri argumenta u prilog razlogu koji se odnosi na neusklađenost predmetnog arbitražnog postupka s pravom Unije, koja bi mogla dovesti do nedopuštenosti tužbe za poništenje podnesene Općem sudu.

59. Priznajem da imam nekoliko dvojbi u pogledu utjecaja neusklađenosti predmetnog arbitražnog postupka na pravni interes European Fooda i dr. te Viorela Micule i dr. te na dopuštenost tužbe pred Općim sudom¹¹. Međutim, kao što ću to dokazati, argument koji se temelji na neusklađenosti arbitražne odluke s pravom Unije treba odbiti tako da nije nužno ispitati pitanje njezina utjecaja na situaciju tužiteljâ.

60. Započet ću analizu protužalbe ispitivanjem prvih dvaju argumenata koje je istaknula Kraljevina Španjolska, koji u biti idu u prilog tomu da se u predmetnom arbitražnom postupku primijene načela koja je Sud utvrdio u presudi Achmea, što je postalo moguće pristupanjem Rumunjske Uniji.

61. Nastavit ću tu analizu ispitivanjem posljednjeg argumenta prvog protužalbenog razloga koji se temelji na problematici BIT-ova sklopljenih između država članica EU-a i odnosi na pitanje usklađenosti mehanizma za rješavanje sporova između država članica i trećih država s pravnim poretom Unije.

a) Doseg presude Achmea u pogledu arbitražnog postupka koji je pokrenut na temelju BIT-a sklopljenog između dviju država članica prije nego što je država koja je stranka u arbitražnom postupku pristupila Uniji i koji je bio u tijeku u trenutku tog pristupanja

62. Kraljevina Španjolska, Komisija, Savezna Republika Njemačka, Republika Latvija i Republika Poljska tvrde da, s obzirom na načela koja je Sud utvrdio u presudi Achmea, predmetni arbitražni postupak nije u skladu s pravom Unije.

¹⁰ Vidjeti presudu od 29. srpnja 2019., Bayerische Motoren Werke i Freistaat Sachsen/Komisija (C-654/17 P, EU:C:2019:634, t. 44.).

¹¹ Konkretno, iz sporne odluke i pobijane presude proizlazi da je arbitražna odluka izvršena i da je mjera iz sporne odluke isplaćena European Foodu i dr. te Viorelu Miculi i dr. Budući da mi se ne čini da neusklađenost već izvršene arbitražne odluke sama po sebi ima za učinak nalaganje tužiteljima obveze da vrate naknadu štete, poništenje sporne odluke nužno bi utjecalo na njihov položaj s obzirom na to da se tom odlukom određuje mogu li zadržati isplate koje je izvršila Rumunjska.

63. Kao prvo, te stranke tvrde da predmetni arbitražni postupak od dana pristupanja Rumunjske Uniji treba smatrati arbitražom „između država članica EU-a”.

64. Kao drugo, arbitražni sud osnovan na temelju BIT-a koji povezuje Kraljevinu Švedsku i Rumunjsku tumači ili primjenjuje pravo Unije, a osobito Sporazum iz 1995. Međutim, iz presude Achmea proizlazi da se pravu Unije protivi mehanizam za rješavanje sporova predviđen BIT-om sklopljenim između dviju država članica koji podrazumijeva da arbitražni sud, koji nije dio pravosudnog sustava Unije i ne podliježe nadzoru suda države članice, može tumačiti ili primjenjivati pravo Unije.

65. Stoga bi se predmetnim arbitražnim postupkom od dana pristupanja Rumunjske Uniji povrijedili članci 267. i 344. UFEU-a.

1) Primjenjivost ratione temporis sudske prakse iz presude Achmea

66. U postupnosti se slažem s Kraljevinom Španjolskom i Komisijom koje smatraju da se pravo Unije i, prema tome, sudska praksa proizašla iz presude Achmea primjenjuju u Rumunjskoj od trenutka njezina pristupanja¹².

i) Primjena prava Unije od trenutka pristupanja

67. Ta primjena prava Unije od trenutka pristupanja Rumunjske Uniji, prema mojem mišljenju, ima određene posljedice. Nijedan arbitražni postupak pokrenut na temelju BIT-a koji Rumunjsku povezuje s nekom drugom državom članicom *nakon* njezina pristupanja Uniji nije u skladu s pravom Unije. Iz načela nadređenosti prava Unije proizlazi da se od trenutka tog pristupanja nadležnost arbitražnog suda uspostavljenog na temelju BIT-a sklopljenog između Rumunjske i druge države članice ne može utvrditi i da se nijedan arbitražni postupak ne može pokrenuti na temelju BIT-a sklopljenog između država članica EU-a¹³.

68. Međutim, čini mi se da je takvo rješenje upitno kad je riječ o arbitražnim postupcima pokrenutim *prije* pristupanja Rumunjske Uniji i koji su još bili u tijeku u trenutku tog pristupanja, tako da treba analizirati u kojoj se mjeri načela iz presude Achmea primjenjuju na te situacije.

ii) Neposredna primjenjivost načela iz presude Achmea na buduće učinke situacije koja je nastala prije pristupanja Uniji

69. Kako bi opravdale primjenu sudske prakse proizašle iz presude Achmea na takve slučajeve, Kraljevina Španjolska i Komisija oslanjaju se na načelo neposredne primjenjivosti prava Unije na buduće učinke situacije koja je nastala prije pristupanja Uniji¹⁴.

¹² Članak 2. Akta o pristupanju. Vidjeti u tom pogledu i Malferrari, L., „Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités”, u Berramdane, A. i Trochu, M., *Union européenne et protection des investissements*, Bruylant, 2021., str. 63.

¹³ Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetu Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, t. 69.).

¹⁴ Vidjeti u tom pogledu Kaleda, S. L., *Przejęcie prawa wspólnotowego przez nowe państwo członkowskie. Zagadnienia przejściowe i międzyczasowe*, Varšava, 2003., str. 127. do 192.

70. Takvo načelo ne može se dovesti u pitanje¹⁵. Iz sudske prakse vrlo jasno proizlazi da se, „u skladu s općepriznatim načelom, zakoni o izmjenama zakonske odredbe primjenjuju, osim u slučaju odstupanja, na buduće učinke situacija koje su nastale tijekom razdoblja valjanosti prijašnjeg zakona”¹⁶, iz čega također proizlazi da pravo Unije „treba smatrati odredbom trenutčne primjene koja vezuje [...] državu članicu od dana njezina pristupanja, tako da se [ono] primjenjuje na buduće učinke situacija koje su nastale prije pristupanja te nove države članice”¹⁷.

71. Usto, točno je da Sud široko tumači izraz „budući učinci situacije koja je nastala tijekom razdoblja valjanosti prijašnjeg zakona”¹⁸. Nekoliko je puta uputio na „situacije koje su nastale prije stupanja na snagu nove uredbe, a nisu dovršene u njihovu razvoju”¹⁹ i time dokazao da je značenje izraza „budući učinci” neograničeno. Sud je uostalom jasno prihvatio neposrednu primjenjivost prava Unije na pitanje usklađenosti s pravom Unije naknade štete nastale prije pristupanja države članice Uniji, koja joj je kasnije isplaćena i čija je svrha popravljavanje posljedica štete koje će žrtva trpjeti do kraja života²⁰.

72. S obzirom na tu sudsku praksu i suprotno stajalištu koje zagovaraju European Food i dr. te Viorel Micula i dr., kako bi se utvrdilo postojanje budućih učinaka situacije koja je nastala prije pristupanja, dovoljno je, prema mojem mišljenju, da se nakon pristupanja nastavi predmetni arbitražni postupak koji je pokrenut na temelju spornog akta koji je Rumunjska donijela prije pristupanja²¹.

73. Stoga smatram da se pravo Unije i posljedično sudska praksa proizašla iz presude Achmea primjenjuju *ratione temporis* na predmetni arbitražni postupak koji je pokrenut na temelju BIT-a koji Rumunjsku povezuje s nekom drugom državom članicom prije pristupanja i koji je u trenutku pristupanja još bio u tijeku.

74. Međutim, smatram da se na temelju samog načela neposredne primjenjivosti prava Unije na buduće učinke situacije koja je nastala prije pristupanja ne može riješiti pitanje usklađenosti s pravom Unije arbitražnog postupka pokrenutog na temelju BIT-a sklopljenog između država članica EU-a prije pristupanja države koja je stranka u arbitražnom postupku Uniji.

75. Naime, ponekad nije sve kakvim se čini te se samo na temelju toga ne može zaključiti da se načela iz presude Achmea primjenjuju na takve situacije a da se prethodno ne analizira logika na kojoj se temelji rasuđivanje u toj presudi.

¹⁵ Vidjeti u pogledu relevantnosti načela neposredne primjenjivosti prava Unije, kako ga tumači Sud, Blatière, L., *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, CREAM, 2018., str. 152. do 167.

¹⁶ Presude od 15. veljače 1978., Bauche i Delquignies (96/77, EU:C:1978:26, t. 48.); od 7. veljače 2002., Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82, t. 20.). Vidjeti i presudu od 26. ožujka 2020., Hungeod i dr. (C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, t. 94.).

¹⁷ Presuda od 2. listopada 1997., Saldanha i MTS (C-122/96, EU:C:1997:458, t. 14.)

¹⁸ Vidjeti u pogledu detaljnog ispitivanja o tome kako Sud široko shvaća situacije koje su u tijeku Blatière, L., *op. cit.*, str. 148. do 152.

¹⁹ Presude od 17. srpnja 1997., Affish (C-183/95, EU:C:1997:373, t. 57.) i od 22. lipnja 2006., Belgija i Forum 187/Komisija (C-182/03 i C-217/03, EU:C:2006:416, t. 148.)

²⁰ Presuda od 3. rujna 2014., X (C-318/13, EU:C:2014:2133, t. 21. do 24.). Vidjeti u tom smislu i presudu od 14. lipnja 2007., Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348, t. 21.).

²¹ Vidjeti u tom pogledu Kaleda, S. L., str. 183.: „Odredbe [prava Unije] kojima se uređuju učinci određenih akata neposredno su primjenjive na postojeće učinke u trenutku njihova stupanja na snagu, odnosno primjenjuju se primjerice na povrede koje i dalje postoje na datum stupanja na snagu, iako su posljedica događaja iz prošlosti”. (Izvorna verzija na poljskom jeziku: „przepisy [prawa Unii] regulujące skutki pewnych czynności są natychmiast stosowane w stosunku do skutków trwających w momencie ich wejścia w życie - np. przechwytyują naruszenie nadal trwające w dniu wejścia w życie, chociaż wynikające ze zdarzeń dawnych”).

2) *Primjena ratione materiae sudske prakse proizašle iz presude Achmea*

76. Zbog primjene prava Unije od trenutka pristupanja na arbitražni postupak pokrenut na temelju BIT-a sklopljenog između država članica EU-a prije pristupanja države koja je stranka u arbitražnom postupku Uniji ne može nestati posebna priroda tog postupka koji je tad valjano pokrenut i koji se odnosi na spor koji je nastao prije pristupanja.

77. Međutim, čini mi se da te značajke imaju određeni utjecaj, ne u vremenskom, nego u materijalnom smislu, na mogućnost primjene sudske prakse proizašle iz presude Achmea na arbitražni postupak poput onog o kojem je riječ u ovom slučaju. Drugim riječima, iako je ta sudska praksa, kao i pravo Unije u cjelini, sa strogo vremenskog gledišta primjenjiva na predmetni arbitražni postupak, to s materijalnog stajališta ne vrijedi u različitim aspektima.

i) Nepostojanje povrede autonomije prava Unije

78. Ističem da se rješenje koje je Sud primijenio u presudi Achmea temelji na povredi autonomije prava Unije koju predstavlja pokretanje arbitražnog postupka na temelju BIT-a sklopljenog između država članica EU-a u okviru kojeg se pravo Unije može tumačiti ili primjenjivati.

– Načelo autonomije prava Unije

79. Sud je pojasnio da autonomiju prava Unije jamče institucije, a zajamčena je i Ugovorima te pravosudnim sustavom namijenjenim osiguranju usklađenosti i jedinstva u tumačenju prava Unije²². Zaglavni kamen tog pravosudnog sustava uspostavljen je prethodnim postupkom koji uspostavljanjem dijaloga između sudova, odnosno između Suda i sudova država članica, ima za cilj osigurati jedinstveno tumačenje prava Unije²³.

80. Međutim, provedbom arbitražnog postupka pokrenutog na temelju BIT-a sklopljenog između dviju država članica iz pravosudnog sustava može se isključiti rješavanje spora koje može podrazumijevati primjenu ili tumačenje prava Unije te se njome tako povređuje načelo autonomije prava Unije koje odražavaju članci 267. i 344. UFEU-a.

81. Drugim riječima, rješenje iz presude Achmea temelji se, među ostalim, na nemogućnosti da se na temelju načela autonomije prava Unije sudove država članica liši njihove nadležnosti za tumačenje i primjenu prava Unije, kao ni Sud njegove nadležnosti za davanje odgovora na prethodna pitanja koja su navedeni sudovi uputili u pogledu tumačenja ili primjene prava Unije²⁴.

82. Međutim, smatram da, kad je riječ o arbitražnom postupku pokrenutom na temelju BIT-a sklopljenog između dviju država članica *prije* nego što država koja je stranka u arbitražnom postupku pristupi Uniji, nijedan spor koji se može odnositi na tumačenje ili primjenu prava Unije nije isključen iz pravosudnog sustava Unije.

83. U tom pogledu moram pojasniti da u tom smislu nije važno sa sigurnošću utvrditi podrazumijeva li takav spor tumačenje ili primjenu prava Unije koje provodi arbitražni sud. Prema mojem mišljenju, sama činjenica da postoji opasnost da je to slučaj dovoljna je da se utvrdi povreda autonomije prava Unije, pod uvjetom da je spor u kojem postoji takva opasnost stvarno

²² Vidjeti presudu Achmea, t. 35. i navedenu sudsku praksu. Vidjeti i Malferrari, L., *op.cit.*, str. 48. i 50.

²³ Mišljenje 2/13, od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 176.)

²⁴ Mišljenje 1/09 od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123, t. 89.)

obuhvaćen pravosudnim sustavom Unije²⁵. Usto, ističem da mi se čini da ta opasnost postoji u svim BIT-ovima sklopljenim između država članica EU-a. Stoga mi se ne čini da je u ovom slučaju nužno provjeriti je li arbitražni sud stvarno tumačio ili primijenio pravo Unije ili je to mogao učiniti. Naime, shvaćam presudu Achmea na način da je Sud kao kriterij usklađenosti arbitražnog postupka koji se temelji na BIT-u sklopljenom između država članica EU-a s načelom autonomije prava Unije utvrdio pitanje ima li takav postupak za učinak da se nacionalne sudove liši njihove nadležnosti za tumačenje i primjenu prava Unije, kao i Sud njegove nadležnosti za davanje odgovora na njihova prethodna pitanja.

– *Nadležnost rumunjskih sudova za upućivanje prethodnih pitanja Sudu*

84. Spor nastao zbog navodne povrede odredbe BIT-a koju je država počinila prije pristupanja Uniji i čiji je postupak rješavanja pokrenut prije tog pristupanja nije nužno obuhvaćen pravosudnim sustavom Unije. Njegovo rješavanje pred arbitražnim sudom osnovanim na temelju BIT-a koji su dvije države članice sklopile prije nego što je država koja je stranka u arbitražnom postupku pristupila Uniji ne može sudove država članica lišiti njihove nadležnosti za tumačenje i primjenu prava Unije, kao ni Sud njegove nadležnosti za davanje odgovora na prethodna pitanja koja su navedeni sudovi uputili u pogledu tumačenja ili primjene prava Unije.

85. Pozivam Sud da predvidi situaciju u kojoj bi se pred rumunjskim, a ne arbitražnim sudom pokrenuo spor u pogledu navodne povrede odredbi BIT-a koju je počinila ta država. Prema mojem mišljenju, taj sud ne bi mogao uputiti Sudu zahtjev za prethodnu odluku ako bi u pitanju bilo tumačenje ili primjena prava Unije.

86. Naime, kao prvo, rumunjski sud pred kojim bi bio pokrenut spor u pogledu moguće povrede odredbi BIT-a koju je počinila ta država članica očito ne bi mogao, *prije* pristupanja Rumunjske Uniji, uputiti Sudu zahtjev za prethodnu odluku jer taj sud u tom trenutku ne bi bio sud države članice u smislu članka 267. UFEU-a. Usto, Sporazum iz 1995. ne predviđa mogućnost da rumunjski sudovi Sudu upućuju zahtjev za prethodnu odluku.

87. Kao drugo, isto se rješenje nalaže u pogledu mogućnosti da rumunjski sud, pred kojim je pokrenut spor prije pristupanja Rumunjske Unije, Sudu upućuje zahtjev za prethodnu odluku *nakon* tog pristupanja. Naime, iz sudske prakse Suda jasno proizlazi da on nije nadležan za odlučivanje o tumačenju prava Unije u okviru spora koji se odnosi na situaciju nastalu prije pristupanja²⁶.

88. Upravo je to bio slučaj sa sporom koji je doveo do predmetnog arbitražnog postupka. Navodna povreda BIT-a koju je počinila Rumunjska, a koja je predmet spora, nastala je prije pristupanja te države Uniji te je predmetni arbitražni postupak pokrenut prije pristupanja. Sve relevantne činjenice u tom pogledu stoga su nastale prije tog pristupanja te su proizvele sve svoje učinke. Rumunjski sud pred kojim je pokrenut takav spor ne može uputiti Sudu pitanje o tumačenju ili primjeni prava Unije u okviru tog spora.

²⁵ Vidjeti u tom smislu presudu Achmea, t. 39. i 56.

²⁶ Presude od 10. siječnja 2006., Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9, t. 36. i 37.); od 30. travnja 2020., EUROVIA (C-258/19, EU:C:2020:345, t. 42. i 43.) i rješenje od 1. listopada 2020., Slovenský plynárenský priemysel (C-113/20, neobjavljeno, EU:C:2020:772, t. 28. i 31.). Za kritičku studiju sudske prakse Suda koja se odnosi na njegovu nadležnost za davanje odgovora na prethodna pitanja u kontekstu pristupanja novih država članica Uniji, vidjeti Póltorak, N., „Ratione Temporis Application of the Preliminary Rulings Procedure”, *Common Market Law Review*, br. 45, 2008., str. 1357. do 1381.

89. Takvo rješenje nije dovedeno u pitanje ni načelom neposredne primjenjivosti prava Unije na buduće učinke situacije koja je nastala prije pristupanja ni sudskom praksom proizašlom iz presude Kremikovtzi²⁷, na koju se poziva Komisija i u kojoj se Sud smatrao nadležnim za tumačenje odredbi Europskog sporazuma o pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Bugarske, s druge strane²⁸, u okviru spora koji se odnosi na činjenice nastale prije pristupanja Bugarske Uniji.

90. Što se tiče načela neposredne primjenjivosti prava Unije na buduće učinke situacije koja je nastala prije pristupanja, valja utvrditi da se takvo načelo ne može primijeniti u pogledu spora koji se odnosi na navodnu povredu odredbi BIT-a koju je počinila Rumunjska. Kao što je to navedeno u točki 86. ovog mišljenja, činjenice iz kojih proizlazi spor koji je pokrenut pred rumunjskim sudom jesu ukidanje programa uspostavljenog Vladinom uredbom koje je provela Rumunjska, koje dovodi do njezine moguće povrede obveza koje proizlaze iz BIT-a. Situacija iz koje proizlazi spor stoga je nastala prije pristupanja te je očito smještena u prošlosti²⁹.

91. Što se tiče presude Kremikovtzi³⁰, ne čini mi se mogućim dovesti u pitanje utvrđenje nenadležnosti Suda, iz istih razloga. Naime, iako su činjenice u sporu o kojem je riječ u glavnom postupku iz te presude proizašle iz isplate potpora prije pristupanja, predmet spora ipak se odnosio na postupak povrata tih potpora i, među ostalim, pravnu osnovu na kojoj se treba temeljiti takav postupak, koja je pak nastala nakon pristupanja. Drugim riječima, predmet prethodnih pitanja itekako se odnosio na učinke potpore te se odrazio u donošenju akta i konkretnom događaju *nakon* pristupanja države članice, čime se opravdala nadležnost Suda za davanje odgovora na prethodna pitanja.

92. Suprotno tomu, spor koji se u ovom slučaju mogao pokrenuti pred rumunjskim sudom odnosi se na situaciju, odnosno navodnu povredu BIT-a koju je počinila Rumunjska, koja je sigurno nastala nakon pristupanja. Za razliku od predmeta Kremikovtzi, nijedna činjenica ili radnja koje su nastale nakon pristupanja stoga nisu predmet spora koji je pokrenut pred arbitražnim sudom³¹.

93. U tim okolnostima smatram da, s obzirom na to da Sud nije nadležan za davanje odgovora na prethodno pitanje koje bi rumunjski sud postavio da je pred njim pokrenut spor iz kojeg proizlazi arbitražni postupak, taj spor ne može biti obuhvaćen pravnim poretkom Unije, ni prije ni nakon pristupanja Rumunjske Uniji.

94. Iz toga proizlazi da arbitražni postupak, kao što je onaj o kojem je riječ u ovom slučaju, koji je pokrenut na temelju BIT-a sklopljenog između dviju država članica prije nego što je država koja je stranka u arbitražnom postupku pristupila Uniji, ne može, prema mojem mišljenju, utjecati na

²⁷ Presuda od 29. studenoga 2012. (C-262/11, EU:C:2012:760)

²⁸ Sporazum je u ime Zajednice sklopljen i odobren Odlukom Vijeća i Komisije 94/908/EZUČ, EZ, Euratom od 19. prosinca 1994. (SL 1994., L 358, str. 1.).

²⁹ Takva se situacija razlikuje od situacije povodom koje je donesena presuda od 3. rujna 2014., X (C-318/13, EU:C:2014:2133), u kojoj se Sud proglasio nadležnim na temelju načela neposredne primjenjivosti prava Unije na buduće učinke situacije nastale prije pristupanja. U predmetu X sud koji je uputio zahtjev je *nakon* pristupanja Finske Uniji odlučivao u sporu o iznosu naknade štete koja je isto tako dodijeljena *nakon* pristupanja povodom štete uzrokovane prije pristupanja. Predmet spora se, dakle, odnosio na činjenice koje su nastale nakon pristupanja, iako su one bile budući učinci situacije nastale prije pristupanja, a cilj mu je bio urediti buduće situacije. Kad je riječ o sporu koji je pokrenut pred arbitražnim sudom u ovom predmetu, on se nije odnosio na iznos dodijeljene naknade štete, nego na samo postojanje povrede BIT-a od strane Rumunjske te stoga na situaciju nastalu *prije* pristupanja.

³⁰ Presuda od 29. studenoga 2012. (C-262/11, EU:C:2012:760)

³¹ Radi iscrpnosti i znatiželje pravne teorije, pojašnjavam da rumunjski sud ne može postaviti Sudu pitanje o budućim učincima svoje odluke koja se odnosi na povredu BIT-a koju je počinila Rumunjska s obzirom na pravna pravila o državnim potporama. Takvo bi pitanje, s jedne strane, bilo posve hipotetsko jer u trenutku kad je postupak u tijeku nije moguće sa sigurnošću odrediti ishod spora. S druge strane, ono ne bi bilo isključivo predmet spora koji bi se pokrenuo pred nacionalnim sudom, koji se odnosi samo na pitanje je li Rumunjska povrijedila svoje obveze koje proizlaze iz BIT-a, tako da odgovor Suda ne bi bio nužan za rješavanje spora.

autonomiju prava Unije, čak ni nakon tog pristupanja, tako da se, za razliku od arbitražnog postupka o kojem je riječ u predmetu u kojem je donesena presuda Achmea, ne može zaključiti da su povrijeđeni članci 267. i 344. UFEU-a.

95. Dodatni elementi potvrđuju usklađenost predmetnog arbitražnog postupka s pravom Unije u pogledu pitanja povrede načela uzajamnog povjerenja, za koju smatram da ne postoji.

ii) Pitanje postojanja povrede načela uzajamnog povjerenja

96. Kraljevina Španjolska tvrdi da je arbitražni sud o kojem je riječ u ovom slučaju od trenutka pristupanja Rumunjske Uniji trebao ustupiti predmet rumunjskim sudovima, koji su otad mogli zajamčiti zaštitu prava ulagatelja.

97. Naime, rješenje koje je Sud utvrdio u presudi Achmea temelji se na povredi načela uzajamnog povjerenja koju može činiti primjena arbitražnog postupka koji je na temelju BIT-a sklopljenog između država članica EU-a pokrenut u okviru spora koji se može odnositi na tumačenje ili primjenu prava Unije.

98. Sud je u presudi Achmea³² podsjetio na to da pravo Unije počiva na temeljnoj pretpostavci prema kojoj svaka država članica dijeli sa svim drugim državama članicama i priznaje da i one s njom dijele niz zajedničkih vrijednosti na kojima se temelji Unija. Ta pretpostavka podrazumijeva i opravdava postojanje uzajamnog povjerenja među državama članicama u priznavanju tih vrijednosti i stoga u poštovanju prava Unije koje ih provodi³³.

99. Naime, kao što sam to naveo u svojem mišljenju u predmetu Komstroy³⁴, države članice dužne su smatrati, osim u iznimnim okolnostima, da sve ostale države članice poštuju pravo Unije, uključujući temeljna prava, među ostalim pravo na djelotvoran pravni lijek pred neovisnim sudom, koje je određeno člankom 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima. Posebna uloga institucija Unije, među kojima je prije svega Komisija, koje su zadužene za osiguranje poštovanja tih vrijednosti svjedoči o njihovoj važnosti³⁵.

100. Usto, upravo se činjenicom da se odnosi koje Unija uspostavlja s trećim državama ne temelje na uzajamnom povjerenju, koje postoji unutar Unije, opravdava odluka ugovornih strana međunarodnog sporazuma između države članice i treće države da se dogovore o neutralnom mehanizmu za rješavanje sporova s obzirom na to da svaka od ugovornih strana nema nužno potpuno povjerenje u pravosudni sustav druge strane za osiguravanje poštovanja pravila sadržanih u sporazumu³⁶.

³² Točka 34.

³³ Presuda Achmea, t. 34. Vidjeti i mišljenje 2/13 od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 168. i 173. i navedena sudska praksa).

³⁴ C-741/19, EU:C:2021:164, t. 64.

³⁵ Vidjeti moje mišljenje u predmetu Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, t. 65. i navedena sudska praksa).

³⁶ Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika Y. Bota u mišljenju 1/17 (Sporazum CETA EU-Kanada, EU:C:2019:72, t. 82.).

101. U tom smislu ističem da je Komisija poticala sklapanje BIT-ova između država članica i država srednje i istočne Europe kao nužnih sredstava za pripremanje njihova pristupanja Uniji³⁷. Uostalom, članak 74. Sporazuma iz 1995., naslovljen „Poticanje i zaštita ulaganja”, promiče sklapanje sporazuma o zaštiti i poticanju ulaganja između država članica i Rumunjske. Kraljevina Švedska i Rumunjska stoga su slijedile taj poticaj i sklopile predmetni BIT.

102. U tom konkretnom kontekstu odredbu o rješavanju sporova sadržanu u BIT-u treba shvatiti kao rješenje za nedostatak uzajamnog povjerenja između Kraljevine Švedske i Rumunjske. Stoga je bila riječ o osiguravanju zaštite ulagatelja iz država članica u Rumunjskoj i istodobnom jamčenju, među ostalim, zbog nedostatnog povjerenja u to da će ta država prije pristupanja poštovati pravo ulagatelja na djelotvoran pravni lijek, mogućnosti primjene sustava rješavanja sporova izvan pravosudnog sustava te države³⁸.

103. Čini mi se da je u tim okolnostima legitimno da se arbitri, pred kojima je valjano pokrenut postupak na temelju BIT-a čije je sklapanje između države članice i države koja je stranka u arbitražnom postupku prije njezina pristupanja poticala sama Unija, u trenutku pristupanja ne odriču svoje nadležnosti s obzirom na to da je arbitražni postupak prije pristupanja, na istoj osnovi kao načelo uzajamnog povjerenja nakon tog pristupanja, omogućivao osiguranje zaštite prava ulagatelja.

104. Stoga smatram da se, za razliku od situacije o kojoj je riječ u predmetu u kojem je donesena presuda Achmea, načelom uzajamnog povjerenja ne može opravdati prekid predmetnog arbitražnog postupka, koji je izvorno pružao rješenje za nedostatak povjerenja u to da će Rumunjska poštovati zahtjeve povezane s djelotvornom sudskom zaštitom prije pristupanja Uniji.

105. Usto, European Food i dr. te Viorel Micula i dr. na raspravi su tvrdili da pristupanje Rumunjske Uniji nije omogućilo stvaranje uzajamnog povjerenja između te države članice i drugih država članica jer je uvjet za njezino pristupanje bila uspostava mehanizma za suradnju i provjeru napretka te države članice u ispunjavanju određenih posebnih mjerila na području reforme pravosuđa i borbe protiv korupcije³⁹.

106. Takav argument nije uvjerljiv. Sama Odluka o CVM-u ne podrazumijeva neprimjenu načela uzajamnog povjerenja u odnosima između Rumunjske i drugih država članica. Općenito nepovjerenje prema državi članici samo na temelju uspostave mehanizma kao što je onaj iz Odluke o CVM-u u trenutku njezina pristupanja ne može postojati u pravnom poretku Unije. Ograničeno povjerenje u rumunjske sudove može se temeljiti samo na objektivnim, vjerodostojnim, preciznim i odgovarajuće aktualiziranim elementima o funkcioniranju pravosudnog sustava u državi članici⁴⁰.

³⁷ Mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Watheleta u predmetu Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699, t. 40.). Vidjeti i Kochenov, D., Lavranos, N., „Achmea Versus the Rule of Law: CJEU’s Dogmatic Dismissal of Investors’ Rights in Backsliding Member States of the European Union”, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021.

³⁸ Vidjeti u pogledu doprinosa koji su arbitražni sudovi u pravu o ulaganjima dali poštovanju vladavine prava Sadowski, W., „Protection of the Rule of Law in the European Union through investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?”, *Common Market Law Review*, 2018., br. 55, str. 1025. do 1060. i Kochenov, D., Lavranos, N., *op. cit.*

³⁹ Odluka Komisije 2006/928/EZ od 13. prosinca 2006. o uspostavi mehanizma za suradnju i provjeru napretka Rumunjske u ispunjavanju posebnih mjerila na području reforme pravosuđa i borbe protiv korupcije (SL 2006., L 354, str. 56.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 65., str. 53., u daljnjem tekstu: Odluka o CVM-u)

⁴⁰ Vidjeti u tom smislu presudu od 25. srpnja 2018., Minister for Justice and Equality (Nedostaci u pravosudnom sustavu) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, t. 61.).

3) Zaključak o primjeni sudske prakse iz presude Achmea

107. Iz svega prethodno navedenog proizlazi da se, prema mojem mišljenju, načela koja proizlaze iz presude Achmea ne mogu primijeniti na arbitražni postupak, kao što je onaj o kojem je riječ u ovom slučaju, koji je pokrenut na temelju BIT-a sklopljenog između dviju država članica prije nego što je država koja je stranka u arbitražnom postupku pristupila Uniji i koji je još bio u tijeku u trenutku tog pristupanja⁴¹.

108. Prema mojem mišljenju, ne može se zaključiti da postoji povreda načelâ autonomije prava Unije i uzajamnog povjerenja, kao ni povreda članaka 267. i 344. UFEU-a.

b) Usklađenost BIT-a s pravom Unije prilikom njegova sklapanja

109. Kraljevina Španjolska, koju u tom smislu podupire Komisija, tvrdi da je BIT od trenutka sklapanja protivan pravu Unije jer arbitražni sud koji je na temelju njega osnovan može ugroziti demokratski postupak odlučivanja u državama strankama s obzirom na to da rumunjskom zakonu oduzima željeni gospodarski učinak te narušiti djelotvornu primjenu zakonodavstva na državne potpore u Švedskoj i Rumunjskoj, i da BIT stoga utječe na funkcioniranje institucija Unije u skladu s njezinim ustavnim okvirom.

110. S jedne strane i općenito, dvojim u pogledu dokazne snage takvog argumenta s obzirom na kontekst sklapanja BIT-ova između država članica i Rumunjske jer je njihovo sklapanje poticala Unija Sporazumom iz 1995. Usto, takvim bi se rješenjem retroaktivno priznala neusklađenost BIT-a koji je država članica sklopila s trećom državom te bi se općenito, bez drugog načina ispitivanja i apstraktno, izrazila dvojba u usklađenost svih BIT-ova sklopljenih između države članice i treće države.

111. S druge strane, što se konkretnije tiče predmetnog arbitražnog postupka, smatram da se njime pravna pravila o državnim potporama ni u kojem slučaju ne lišavaju učinkovitosti ni da se stoga rumunjskom zakonu ne oduzima željeni gospodarski učinak jer smatram da se, iz razloga koje ću navesti u okviru ispitivanja žalbe, pravna pravila o državnim potporama primjenjuju u ovom slučaju.

112. U tim se okolnostima ne može smatrati da BIT od trenutka njegova sklapanja nije u skladu s pravom Unije.

3. Zaključak o protužalbi

113. Iz svega prethodno navedenog proizlazi da prvi protužalbeni razlog treba odbiti. Budući da drugi protužalbeni razlog ovisi o prihvaćanju prvog protužalbenog razloga, smatram da protužalbu treba odbiti u cijelosti.

⁴¹ Usto ističem da je prednost takvog rješenja određena usklađenost s praksom arbitražnih sudova u pogledu njihove nadležnosti *ratione temporis*. Vidjeti u tom pogledu Matringe, J. „La compétence ratione temporis et l'applicabilité du traité dans le temps”, u: Leben, C. (ur.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, L. G. D. J., 2010., str. 78. i 79.

B. O žalbi

114. Komisija, koju u tom smislu podupire Kraljevina Španjolska, poziva se na tri žalbena razloga u prilog svojoj žalbi. Tvrdi da je Opći sud počinio, kao prvo, pogrešku koja se tiče prava i pogrešnu pravnu kvalifikaciju činjenica time što je zaključio da Komisija nije nadležna za donošenje pobijane presude, kao drugo, pogrešku koja se tiče prava time što je presudio da se pravo Unije ne primjenjuje na odobrenu naknadu i, kao treće, pogrešku koja se tiče prava time što je zaključio da se pobijanom odlukom naknada koju je dodijelio arbitražni sud pogrešno kvalificirana kao prednost.

115. Započet ću svoju analizu ispitivanjem prvih dvaju žalbenih razloga, kojima se nastoji odrediti u kojem trenutku treba smatrati da je državnu potporu dodijelila država članica, kako bi se utvrdilo je li se tad primjenjivalo pravo državnih potpora i je li Komisija bila nadležna za donošenje spore odluke.

1. Prva dva žalbena razloga: određivanje trenutka dodjele potpore

116. Opći sud podsjetio je u točki 66. i sljedećim točkama pobijane presude da je pravo Unije postalo primjenjivo u Rumunjskoj tek od datuma njezina pristupanja Uniji i da iz toga proizlazi da je Komisija tek od tog datuma stekla nadležnost koja joj omogućuje provedbu nadzora nad djelovanjem Rumunjske na temelju članka 108. UFEU-a. Iz toga je pravilno zaključio da, kako bi se utvrdila nadležnost Komisije za donošenje sporne odluke, valja odrediti datum na koji je navodna potpora odobrena.

117. Opći sud smatra da je „pravo tužiteljâ [u prvostupanjskom postupku] na primanje predmetne naknade štete nastalo te je počelo stvarati učinke u trenutku u kojem je Rumunjska stavila izvan snage Vladinu uredbu br. 24, odnosno prije pristupanja Rumunjske Uniji i da je stoga trenutak u kojem je to pravo dodijeljeno tužiteljima [...] prethodio pristupanju”⁴².

118. Komisija tvrdi da su European Food i dr. te Viorel Micula i dr. stekli pravo na odobrenu naknadu tek kad je arbitražna odluka postala izvršiva na temelju nacionalnog prava, dok je prije toga pravo na primanje naknade bilo neizvjesno. Mjera kojom je navodna potpora dodijeljena stoga nije stavljanje izvan snage Vladine uredbe koje je provela Rumunjska, nego provedba arbitražne odluke koju je izvršila ta država članica. Budući da je ta mjera donesena nakon pristupanja Rumunjske Uniji, pravo Unije bilo je primjenjivo te je Komisija bila nadležna za njezino ispitivanje s obzirom na članke 107. i 108. UFEU-a, tako da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava time što je presudio da je mjera odobrena prije tog pristupanja i da Komisija nije nadležna.

119. U tom pogledu ukratko naglašavam da je, suprotno onomu što tvrde European Food i dr. te Viorel Micula i dr., pitanje trenutka u kojem je dodijeljena potpora itekako pravno pitanje protiv kojeg se može podnijeti žalba kad je riječ o utvrđivanju treba li smatrati da je naknada koja je arbitražnom odlukom odobrena zato što je država ukinula sustav poreznih poticaja odobrena u trenutku tog ukidanja, prije pristupanja, ili pak tijekom stvarne isplate naknade prilikom izvršenja odluke, nakon pristupanja.

⁴² Točka 78. pobijane presude

120. Usto, argumentacija European Fooda i dr. te Viorela Micule i dr., prema kojoj je Komisija htjela izmijeniti sporu odluku time što je tvrdila da predmetna potpora nije rezultat isplate naknade, nego donošenja arbitražne odluke, ne može se prihvatiti jer su žalbeni razlozi koje je Komisija istaknula u svojoj žalbi proizašli iz same pobijane presude te se njima osporava njezina osnovanost⁴³.

121. Kao što je na to podsjetio Opći sud, Sud je u presudi Magdeburger Mühlenwerke⁴⁴ utvrdio da su „potpore dodijeljene u trenutku u kojem je pravo primanja potpore dodijeljeno korisniku na temelju primjenjivih nacionalnih propisa”.

122. Čini se da takva formulacija upućuje na to da, kao što to tvrde European Food i dr. te Viorel Micula i dr., trenutak dodjele mjere potpore nije nužno trenutak njezine stvarne isplate.

123. Iako je to često slučaj, ipak se može smatrati, suprotno onomu što tvrdi Komisija, da je potpora dodijeljena čak i ako nije stvarno isplaćena⁴⁵. Isto je tako presuđeno, što se tiče potpore isplaćene na temelju programa potpora, da se može smatrati da je potpora dodijeljena tek kad je stvarno provedena, iako je prethodno postojao program potpora⁴⁶.

124. Drugim riječima, stvarna isplata potpore, prema mojem mišljenju, nije kriterij na temelju kojeg se može odrediti trenutak u kojem treba smatrati da je mjera odobrena. Sama činjenica da se isplata predmetne naknade izvršila nakon pristupanja stoga ne može biti dovoljna za utvrđivanje da je ta naknada u tom trenutku stvarno odobrena, na način da bi pravo Unije bilo primjenjivo i da bi Komisija bila nadležna.

125. Čini mi se da iz načela utvrđenog u presudi Magdeburger Mühlenwerke⁴⁷ jasno proizlazi da su odlučujući elementi za utvrđivanje trenutka u kojem je dodijeljena navodna potpora trenutak u kojem je korisnik predmetne mjere stekao izvjesno pravo na primanje te potpore i povezana obveza države da odobri mjeru. Takav je kriterij očito logičan s obzirom na cilj prava državnih potpora, kojim se nastoje obuhvatiti državne mjere, s obzirom na to da već sama obveza države da djeluje u korist poduzetnika korisnika potpore može dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja, čak i prije nego što se potpora stvarno provede.

126. Prema mišljenju Općeg suda, pravo European Fooda i dr. te Viorela Micule i dr. da prime navodnu mjeru potpore koju čini naknada odobrena arbitražnom odlukom nastalo je u trenutku kad je Rumunjska povrijedila odredbe BIT-a. Ne slažem se s tom analizom.

127. Jasno je da naknada koju je odobrio arbitražni sud, odnosno navodna potpora, proizlazi iz te povrede. K tomu, točno je, kao što je to Opći sud to istaknuo u točki 78. pobijane presude, da, prema logici prava o odgovornosti, arbitražna odluka i isplate koje je Rumunjska izvršila za European Food i dr. te Viorela Miculu i dr. predstavljaju priznavanje prava na naknadu štete pretrpljene zbog radnji Rumunjske i izvršenje tog prava. U tom se smislu arbitražnom odlukom i njezinim izvršenjem samo retroaktivno utvrđuje postojanje prava koje je već prethodno postojalo⁴⁸.

⁴³ Presuda od 29. studenoga 2007., Stadtwerke Schwäbisch Hall i dr./Komisija (C-176/06 P, neobjavljena, EU:C:2007:730, t. 17.)

⁴⁴ Presuda od 21. ožujka 2013. (C-129/12, EU:C:2013:200, t. 40.)

⁴⁵ Presuda od 19. prosinca 2019., Arriva Italia i dr. (C-385/18, EU:C:2019:1121, t. 37. i 41.)

⁴⁶ Presuda od 27. lipnja 2017., Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, t. 88.) i rješenje od 7. prosinca 2017., Irska/Komisija (C-369/16 P, neobjavljeno, EU:C:2017:955, t. 29.)

⁴⁷ Presuda od 21. ožujka 2013. (C-129/12, EU:C:2013:200)

⁴⁸ Točka 84. pobijane presude

128. Međutim, iako je u pravu o odgovornosti pravo na naknadu štete nastalo u trenutku kad je šteta pretrpljena, to tumačenje ne može značiti da u pravu državnih potpora u tom trenutku nastaje i pravo na primanje potpore. Naime, budući da se arbitražnom odlukom *retroaktivno* utvrđuje postojanje prava na naknadu štete, razlog tomu je taj što prije te odluke takvo pravo na naknadu štete nije bilo izvjesno.

129. Tijekom arbitražnog postupka raspravljalo se o postojanju povrede odredbi BIT-a koju je počinila Rumunjska i, prema tome, o šteti koju su pretrpjeli European Food i dr. te Viorel Micula i dr., pri čemu je Rumunjska osporavala samu činjenicu da mora isplatiti naknadu. Rumunjska je tek nakon što je spor bio riješen bila dužna odobriti predmetnu naknadu te je European Foodu i dr. te Viorelu Miculi i dr. dodijeljeno pravo na njezino primanje u okviru prava državnih potpora i u smislu prethodno navedene sudske prakse. U tom pogledu nije važno što se u pravu o odgovornosti arbitražnom odlukom utvrđuje je li u prošlosti postojalo pravo na primanje naknade štete.

130. Budući da se pravo državnih potpora odnosi na postupanje država članica i njihovu obvezu u pogledu odobravanja određenih mjera, ne može se smatrati da je Rumunjska bila dužna European Foodu i dr. te Viorelu Miculi i dr. nadoknaditi štetu u samom trenutku kad je osporavala postojanje takve obveze.

131. Takvo je tumačenje u određenoj mjeri u skladu sa sudskom praksom koja se odnosi na dodjelu potpore odlukom nacionalnog suda, za koju mi se čini da se može usporediti s okolnostima u ovom slučaju. Stoga je presuđeno da potpora proizlazi iz odluke nacionalnog suda jer se tom odlukom priznaje pravo korisnika na primanje potpore i određuje njezin konačan iznos⁴⁹. Usto, Sud je smatrao da u pogledu odluke suca privremene pravne zaštite kojom se ponovno utvrđuje mjera potpore, nakon što je utvrđeno da je ona ukinuta protivno ugovoru, treba smatrati da se upravo njome dodjeljuje nova potpora⁵⁰.

132. U tim okolnostima smatram da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava i pogrešnu pravnu kvalifikaciju činjenica time što je presudio da je predmetna potpora dodijeljena u trenutku kad je Rumunjska povrijedila BIT.

133. To vrijedi tim više jer u ovom slučaju šteta koju su pretrpjeli European Food i dr. te Viorel Micula i dr. proizlazi iz toga što je Rumunjska stavila izvan snage Vladinu uredbu kako bi poštovala pravna pravila o državnim potporama. Drugim riječima, prema mišljenju Općeg suda, ukidanje mjere potpore u smislu Sporazuma iz 1995., u kojem se upućuje na članak 107. UFEU-a, čije je postojanje utvrdilo rumunjsko Vijeće za tržišno natjecanje, samo po sebi čini mjeru potpore. Rumunjsko Vijeće za tržišno natjecanje, koje je bilo nadležno u trenutku ukidanja, stoga je u skladu s tom logikom, istodobno kad je od Rumunjske tražilo da stavi izvan snage Vladinu uredbu, trebalo smatrati da takvo stavljanje izvan snage također čini državnu potporu i ponovno ispitati tu mjeru s obzirom na pravila iz Sporazuma iz 1995. koja se odnose na državne potpore.

134. Općenitije, kao što to ističe Komisija, rješenjem Općeg suda priznaje se da se državna potpora može automatski dodijeliti stavljanjem izvan snage državne potpore. Čini mi se da se na temelju te okolnosti ističe da rješenje koje je doneseno u pobijanoj presudi nije dosljedno.

⁴⁹ Presuda od 29. studenoga 2018., ARFEA/Komisija (T-720/16, neobjavljena, EU:T:2018:853, t. 185.)

⁵⁰ Presuda od 26. listopada 2016., DEI i Komisija/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797, t. 59.)

135. Stoga smatram da navodna mjera potpore nije bila dodijeljena u trenutku povrede BIT-a, nego u trenutku kad je European Foodu i dr. te Viorelu Miculi i dr. priznato pravo na primanje naknade i kad je, povezano s time, Rumunjska postala dužna isplatiti tu naknadu, odnosno nakon donošenja arbitražne odluke, kad ju je Rumunjska provela. Međutim, taj se trenutak dogodio nakon pristupanja Rumunjske Uniji. Iz toga proizlazi da je pravo Unije bilo itekako primjenjivo na tu mjeru i da je Komisija bila nadležna na temelju članka 108. UFEU-a za ispitivanje predmetne naknade s obzirom na pravo državnih potpora.

136. U tom pogledu radi dosljednosti valja pojasniti da se pitanje nadležnosti Komisije za ispitivanje mjere koja proizlazi iz naknade odobrene odlukom koju je arbitražni sud donio s obzirom na pravo državnih potpora razlikuje od pitanja nadležnosti rumunjskih sudova za upućivanje zahtjeva za prethodnu odluku Sudu u okviru spora koji je doveo do dodjele naknade. Nenadležnost potonjih sudova na temelju toga stoga ni u kojem pogledu ne dovodi u pitanje nadležnost Komisije za ocjenjivanje, s obzirom na pravo državnih potpora, naknade odobrene nakon pristupanja. Kao što to pravilno ističe Komisija, ta se nadležnost određuje samo na temelju događaja koji je doveo do potpore, koji nastaje u trenutku kad je pravo na primanje naknade priznato sa sigurnošću.

137. Stoga, prema mojem mišljenju, treba prihvatiti prva dva žalbena razloga⁵¹.

138. Budući da se na temelju te analize može utvrditi nadležnost Komisije za ispitivanje predmetne naknade na temelju članka 108. UFEU-a, stoga valja odbiti prvi dio prvog tužbenog razloga istaknutog u prvostupanjskom postupku u okviru tužbe za poništenje u predmetu T-704/15 i prvi dio drugog tužbenog razloga istaknutog u predmetima T-624/15 i T-694/15.

2. Treći žalbeni razlog: postojanje prednosti u smislu članka 107. UFEU-a

139. Komisija svojim trećim žalbenim razlogom tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava time što je pogrešno protumačio pojam „prednost” i time što nije odgovorio na sve argumente iznesene u pobijanoj odluci radi utvrđivanja postojanja takve prednosti.

140. Opći sud istaknuo je u točki 103. pobijane presude da se, u skladu sa sudskom praksom proizašlom iz presude Asteris i dr.,⁵² naknada štete ne može smatrati državnom potporom u smislu članka 107. UFEU-a, osim ako ne dovodi do toga da se nadoknađuje povlačenje nezakonite ili nespojive potpore⁵³. Prema mišljenju Općeg suda, to nije bio slučaj.

141. S jedne strane, Opći sud presudio je u točkama 104. i 105. pobijane presude da se, s obzirom na to da iz prvog tužbenog razloga za poništenje proizlazi da pravo Unije nije primjenjivo na predmetnu naknadu i da Komisija nije nadležna za njezino ispitivanje, tu naknadu ne može smatrati naknadom zbog povlačenja nezakonite ili nespojive potpore.

⁵¹ Argumentacija koju je Komisija razvila u drugom žalbenom razlogu u biti se temelji na pretpostavci da je, iako treba smatrati da je mjera odobrena prije pristupanja, pravo Unije ipak primjenjivo u dijelu u kojem isplata naknade predstavlja budući učinak prethodno nastale situacije. Smatram da je Opći sud pogrešno odredio da se trenutak dodjele potpore dogodio prije pristupanja jer se zapravo dogodio kad je donesena arbitražna odluka i kad ju je Rumunjska provela. Nije potrebno odrediti je li Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava time što je presudio da isplata naknade štete ne predstavlja budući učinak prethodne situacije i da pravo Unije stoga nije primjenjivo.

⁵² Presuda od 27. rujna 1988. (106/87 do 120/87, EU:C:1988:457)

⁵³ Presuda od 27. rujna 1988., Asteris i dr. (106/87 do 120/87, EU:C:1988:457, t. 23. i 24.). Vidjeti i mišljenje nezavisnog odvjetnika D. Ruiz-Jarabo Colomera u spojenim predmetima Atzeni i dr. (C-346/03 i C-529/03, EU:C:2005:256, t. 198.).

142. S druge strane, Opći sud pojasnio je u točkama 106. do 108. pobijane presude da se predmetna naknada odnosi na razdoblje prije pristupanja, tijekom kojeg se pravo Unije nije primjenjivalo, tako da se u pogledu tog razdoblja tužitelji mogu pozivati na sudsku praksu proizašlu iz presude *Asteris i dr.*⁵⁴. Međutim, Komisija u spornoj odluci nije razlikovala razdoblje prije pristupanja i razdoblje nakon pristupanja. Iz toga proizlazi da je sporna odluka nezakonita jer je u njoj dodjela naknade štete kvalificirana kao „prednost”, barem što se tiče razdoblja prije pristupanja.

143. U tom pogledu ističem da postoji određeno proturječje u obrazloženju pobijane presude što se tiče pitanja je li Komisija pravilno utvrdila postojanje prednosti u smislu članka 107. UFEU-a u pogledu *European Fooda i dr. te Viorela Micule i dr. Naime*, Opći sud istaknuo je, s jedne strane, da prednost ne postoji jer pravo Unije nije primjenjivo na predmetnu naknadu, pri čemu je priznao, s druge strane, da je zapravo primjenjivo jer se naknada odnosi na povlačenje Vladine uredbe u razdoblju nakon pristupanja. Stoga mi nije jasno na čemu se temelji rasuđivanje Općeg suda zbog kojeg je prihvatio taj žalbeni razlog.

144. Usto, čini mi se da su ta oba obrazloženja zahvaćena pogreškom koja se tiče prava.

145. Kao prvo, u dijelu u kojem je presudio da Komisija ne može valjano zaključiti da postoji prednost u smislu članka 107. UFEU-a jer nije nadležna za ispitivanje naknade s obzirom na pravo državnih potpora, valja utvrditi da se to rasuđivanje temelji isključivo na pogrešnoj pretpostavci. Kao što sam to dokazao u okviru ispitivanja prvih dvaju žalbenih razloga, pravo Unije bilo je primjenjivo te je Komisija bila nadležna što se tiče predmetne naknade jer je potonja naknada odobrena nakon pristupanja Rumunjske Uniji.

146. Opći sud stoga nije mogao, a da pritom ne počini pogrešku koja se tiče prava, presuditi samo na temelju toga da se predmetnu naknadu ne može smatrati naknadom zbog povlačenja nezakonite ili nespojive potpore.

147. Kao drugo, što se tiče argumenta da dio naknade koji odgovara razdoblju prije pristupanja proizlazi iz sudske prakse proizašle iz presude *Asteris i dr.*⁵⁵, čini mi se, naime, da je takav element relevantan u analizi postojanja prednosti. Rasuđivanje Općeg suda shvaćam na način da se predmetnu naknadu ne može smatrati ponovnom uspostavom nezakonite potpore jer se prije pristupanja nije moglo utvrditi postojanje državne potpore u smislu članka 107. UFEU-a s obzirom na to da se pravo Unije još nije primjenjivalo.

148. Iako je jasno da je, kako bi se odredio trenutak u kojem je mjera odobrena, važan samo trenutak u kojem je odobreno pravo na primanje naknade, u fazi kvalifikacije mjere kao državne potpore u smislu članka 107. UFEU-a, posebna priroda te mjere, odnosno naknade koju je Rumunjska isplatila nakon arbitražne odluke, može imati utjecaj osobito što se tiče primjene sudske prakse proizašle iz presude *Asteris i dr.*⁵⁶.

149. Međutim, kao što to tvrdi Komisija, primjena te sudske prakse u okolnostima ovog predmeta ne ovisi samo o pitanju dovodi li naknada do ponovne uspostave mjere koju se može kvalificirati kao državnu potporu u smislu članka 107. UFEU-a prije pristupanja. Naime, Komisija je u spornoj odluci isključila da se ta sudska praksa može primijeniti na arbitražni postupak izvan

⁵⁴ Presuda od 27. rujna 1988. (106/87 do 120/87, EU:C:1988:457)

⁵⁵ Presuda od 27. rujna 1988. (106/87 do 120/87, EU:C:1988:457)

⁵⁶ Presuda od 27. rujna 1988. (106/87 do 120/87, EU:C:1988:457)

općih nacionalnih pravila o građanskoj odgovornosti država članica⁵⁷ te se također pozvala na činjenicu da je rumunjsko Vijeće za tržišno natjecanje poticaje odobrene na temelju Vladine uredbe kvalificiralo kao „potpore” na temelju Sporazuma iz 1995.⁵⁸

150. Međutim, neovisno o pitanju jesu li ta dva elementa osnovana, ističem da je Opći sud ocijenio zakonitost samo jednog od razloga iz kojih je Komisija odstupila od sudske prakse proizašle iz presude Asteris i dr.⁵⁹ kako bi zaključila da je potonja sudska praksa zapravo primjenjiva.

151. Na temelju navedenog smatram da Opći sud nije mogao, a da pritom ne počini pogrešku koja se tiče prava, zaključiti da je Komisijina odluka nezakonita što se tiče kvalifikacije „prednosti” a da pritom nije provjerio da je Komisija pogrešno isključila primjenu sudske prakse proizašle iz presude Asteris i dr.⁶⁰ zbog, s jedne strane, osnove na kojoj je odobrena naknada i, s druge strane, činjenice da je rumunjsko Vijeće za tržišno natjecanje Vladinu uredbu kvalificiralo kao „državne potpore” na temelju Sporazuma iz 1995.

152. Iz svega prethodno navedenog proizlazi da treći žalbeni razlog, prema mojem mišljenju, treba prihvatiti.

153. S obzirom na sva ta razmatranja, smatram da valja ukinuti pobijanu presudu, odbiti prvi dio prvog tužbenog razloga u predmetu T-704/15 i prvi dio drugog tužbenog razloga u predmetima T-624/15 i T-694/15 te vratiti spojene predmete T-624/15, T-694/15 i T-704/15 Općem sudu na odlučivanje o preostalim tužbenim razlozima.

VII. Zaključak

154. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da:

- odbije protužalbu,
- ukine presudu Općeg suda Europske unije od 18. lipnja 2019., European Food SA i dr./Komisija (T-624/15, T-694/15 i T-704/15, EU:T:2019:423),
- odbije prvi dio drugog tužbenog razloga u predmetima T-624/15 i T-694/15 te prvi dio prvog tužbenog razloga u predmetu T-704/15,
- vrati spojene predmete T-624/15, T-694/15 i T-704/15 Općem sudu na odlučivanje o preostalim tužbenim razlozima.

⁵⁷ Uvodne izjave 101. i 102. sporne odluke

⁵⁸ Uvodne izjave 105. do 107. sporne odluke

⁵⁹ Presuda od 27. rujna 1988. (106/87 do 120/87, EU:C:1988:457)

⁶⁰ Presuda od 27. rujna 1988. (106/87 do 120/87, EU:C:1988:457)