



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. SZPUNAR

van 1 juli 2021¹

Zaak C-638/19 P

**Europese Commissie
tegen**

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

West Leasing SRL, voorheen West Leasing International SRL

„Hogere voorziening – Staatssteun – Arbitrage – Steun die voortvloeit uit de betaling van door een scheidsgericht aan bepaalde marktdeelnemers toegekende schadevergoeding – Bilateraal investeringsverdrag – Toepassing van het Unierecht”

I. Inleiding

1. De tumultueuze samenloop van het Unierecht en het recht op investeringsarbitrage heeft veel vragen doen rijzen, waarop het arrest Achmea² geen afdoende antwoord kan geven. De onderhavige zaak, die kenmerkend is voor deze gespannen verhouding, biedt het Hof dus een uitstekende gelegenheid om – indachtig de aan dat arrest ten grondslag liggende logica – nadere invulling te geven aan de beginselen inzake de verenigbaarheid met het Unierecht van arbitrageprocedures die zijn gebaseerd op bilaterale investeringsverdragen tussen twee lidstaten, in het bijzonder arbitrageprocedures die zijn ingeleid op grond van een bilateraal investeringsverdrag tussen twee lidstaten dat is gesloten voordat de staat die partij is bij de arbitrage is toegetreten tot de Europese Unie.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² Arrest van 6 maart 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158; hierna: „arrest Achmea”).

2. Deze zaak, die zich afspeelt in het spanningsveld tussen investeringsarbitrage en staatssteunrecht, biedt tevens een kans om de omvang van de bevoegdheid van de Europese Commissie op grond van de artikelen 107 en 108 VWEU in een dergelijke context te onderzoeken.

3. Met haar hogere voorziening vordert de Commissie vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 18 juni 2019, *European Food SA e.a./Commissie* (T-624/15, T-694/15 en T-704/15, EU:T:2019:423; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht besluit (EU) 2015/1470 van de Commissie van 30 maart 2015 betreffende steunmaatregel SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ten uitvoer gelegd door Roemenië – Scheidsrechterlijke uitspraak *Micula/Roemenië* van 11 december 2013 (PB 2015, L 232, blz. 43, hierna: „litigieus besluit”) nietig heeft verklaard.

II. Toepasselijke bepalingen

A. ICSID-Verdrag

4. Het op 18 maart 1965 gesloten Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten (hierna: „ICSID-Verdrag”), dat voor Roemenië op 12 oktober 1975 in werking is getreden, bepaalt in artikel 53, lid 1:

„De uitspraak is bindend voor partijen en niet onderworpen aan beroep of enig ander rechtsmiddel met uitzondering van die voorzien in dit Verdrag. Iedere partij dient zich overeenkomstig de bepalingen van de uitspraak te gedragen en deze na te komen [...].”

5. Artikel 54, lid 1, van het ICSID-Verdrag luidt als volgt:

„Iedere verdragsluitende staat erkent een ingevolge dit verdrag gewezen uitspraak als bindend en draagt zorg voor de tenuitvoerlegging op zijn grondgebied van de financiële verplichtingen die deze uitspraak oplegt als ware zij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van een gerecht van die staat. [...].”

B. Overeenkomst van 1995

6. De Europa-Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten, enerzijds, en Roemenië, anderzijds³ (hierna: „overeenkomst van 1995”), die op 1 februari 1995 in werking is getreden, bepaalde in artikel 64, leden 1 en 2:

„1. Onverenigbaar met de goede werking van deze overeenkomst voor zover zij de handel tussen de Gemeenschap en Roemenië nadelig kunnen beïnvloeden zijn:

[...]

iii) alle openbare steunmaatregelen die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen.

³ PB 1994, L 357, blz. 2.

2. Alle handelwijzen welke met dit artikel in strijd zijn, worden beoordeeld op grond van de criteria welke voortvloeien uit de toepassing van de artikelen [101, 102 en 107 VWEU].”

7. De artikelen 69 en 71 van de overeenkomst van 1995 verplichtten Roemenië om zijn nationale wetgeving met het acquis communautaire te harmoniseren.

C. BIT

8. Het op 29 mei 2002 tussen de regering van het Koninkrijk Zweden en de regering van Roemenië gesloten bilaterale investeringsverdrag voor de bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen (hierna: „BIT”) is op 1 juli 2003 in werking getreden en bepaalt in artikel 2, lid 3:

„Elke verdragsluitende partij waarborgt te allen tijde een eerlijke en billijke behandeling van de investeringen van investeerders van de andere verdragsluitende partij en belemmert niet, door willekeurige of discriminatoire maatregelen, het bestuur, het beheer, de instandhouding, het gebruik en het genot daarvan of de beschikking daarover door deze investeerders.”

9. Artikel 7 van het BIT bepaalt dat geschillen tussen de investeerders en de verdragsluitende landen met name worden beslecht door een onder auspiciën van het ICSID-Verdrag ingesteld scheidsgerecht.

D. Toetredingsverdrag en Toetredingsakte

10. Krachtens het op 25 april 2005 ondertekende Verdrag betreffende de toetreding van de Republiek Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie⁴ is Roemenië op 1 januari 2007 toegetreden tot de Unie.

11. Artikel 2 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Bulgarije en Roemenië en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond⁵ (hierna: „Toetredingsakte”) luidt als volgt:

„Onmiddellijk na de toetreding zijn de oorspronkelijke Verdragen en de door de instellingen [...] vóór de toetreding genomen besluiten verbindend voor [...] Roemenië en in deze [staat] toepasselijk onder de voorwaarden waarin door die Verdragen en deze akte wordt voorzien.”

⁴ Verdrag tussen het Koninkrijk België, de Tsjechische Republiek, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Estland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Polen, de Portugese Republiek, de Republiek Slovenië, de Slowaakse Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (lidstaten van de Europese Unie), en de Republiek Bulgarije en Roemenië betreffende de toetreding van de Republiek Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie (PB 2005, L 157, blz. 11).

⁵ PB 2005, L 157, blz. 203.

12. Hoofdstuk 2 van bijlage V bij de Toetredingsakte, met als opschrift „Mededingingsbeleid”, bevat de volgende bepalingen:

- „1. Bij de toetreding worden de volgende steunregelingen en individuele steunmaatregelen die in een nieuwe lidstaat vóór de toetredingsdatum ten uitvoer zijn gebracht en na die datum nog steeds van toepassing zijn, als bestaande steun in de zin van artikel [108], lid 1, [VWEU] aangemerkt:
- a) vóór 10 december 1994 ten uitvoer gebrachte steunmaatregelen;
 - b) in het aanhangsel bij deze bijlage opgenomen steunmaatregelen;
 - c) steunmaatregelen die vóór de toetredingsdatum zijn beoordeeld door de toezichthoudende autoriteit inzake overheidssteun van de nieuwe lidstaat en verenigbaar met het acquis zijn bevonden, waartegen de Commissie geen bezwaar heeft aangetekend vanwege ernstige twijfel aan de verenigbaarheid van de maatregel met de [interne] markt overeenkomstig de procedure van punt 2.

Alle na de datum van toetreding nog toepasselijke maatregelen die overheidssteun vormen en niet aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoen, worden voor de toepassing van artikel [108], lid 3, [VWEU] bij de toetreding als nieuwe steun aangemerkt.

[...]

5. Met betrekking tot Roemenië geldt onderdeel c) van punt 1 alleen voor steunmaatregelen die door de Roemeense toezichthoudende autoriteit inzake overheidssteun zijn beoordeeld na de datum waarop, krachtens een besluit van de Commissie op basis van het permanente toezicht op de door Roemenië in het kader van de toetredingsonderhandelingen aangevane toezeggingen, de handavingsprestaties van Roemenië op het gebied van overheidssteun in de pretoetredingsperiode een toereikend niveau hebben bereikt. Een dergelijk toereikend niveau wordt pas geacht te zijn bereikt zodra Roemenië heeft aangetoond dat het op consistente wijze een volledige en passende controle op overheidssteun uitvoert met betrekking tot alle in Roemenië ingevoerde steunmaatregelen, met inbegrip van de aanneming en uitvoering van volledige en met redenen omklede besluiten die door de Roemeense toezichthoudende autoriteit inzake overheidssteun zijn genomen, en waarin de aard van de overheidssteun van elke maatregel nauwkeurig is beoordeeld en de verenigbaarheidscriteria correct zijn toegepast.

De Commissie kan vanwege ernstige twijfel aan de verenigbaarheid met de [interne] markt bezwaar aantekenen tegen elke steunmaatregel die in de pretoetredingsperiode is genomen tussen 1 september 2004 en de datum die is vastgesteld in het bovengenoemde Commissiebesluit waarin wordt geconstateerd dat de handavingsprestaties een toereikend niveau hebben bereikt. Een dergelijk Commissiebesluit om bezwaar aan te tekenen tegen een maatregel, wordt aangemerkt als een besluit tot het inleiden van de formele onderzoeksprocedure in de zin van verordening (EG) nr. 659/1999^[6]. Indien zulk een besluit vóór de toetredingsdatum wordt genomen, wordt het pas op de datum van toetreding van kracht.

⁶ Verordening van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [108 VWEU] (PB 1999, L 83, blz. 1).

Als de Commissie na het inleiden van de formele onderzoeksprocedure een negatief besluit neemt, dan beslist zij dat Roemenië alle maatregelen neemt die nodig zijn om de steun daadwerkelijk terug te vorderen bij de begunstigde. De terug te vorderen steun omvat rente tegen een passend rentepercentage dat wordt vastgesteld overeenkomstig verordening (EG) nr. 794/2004⁷, en is vanaf dezelfde datum verschuldigd.”

III. Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit

13. De voorgeschiedenis van het geding is uiteengezet in de punten 1 tot en met 42 van het bestreden arrest en kan ten behoeve van de onderhavige procedure worden samengevat als volgt.

14. Op 2 oktober 1998 hebben de Roemeense autoriteiten Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 24/1998 (hierna: „OGU 24”) aangenomen. Met deze noodverordening is aan bepaalde investeerders in achtergestelde regio’s die een certificaat van permanente investeerder hadden verkregen, een reeks stimulansen toegekend, waaronder met name faciliteiten zoals een vrijstelling van douanerechten en belasting over de toegevoegde waarde voor machines, de restitutie van de douanerechten voor grondstoffen alsmede een vrijstelling van vennootschapsbelasting, zolang de betrokken regio als achtergestelde regio werd aangemerkt.

15. Bij besluit van 25 maart 1999 heeft de Roemeense regering de mijnstreek van Ștei-Nucet in het district Bihor voor een periode van tien jaar met ingang van 1 april 1999 tot achtergestelde regio uitgeroepen.

16. Om aan zijn harmonisatieverplichting krachtens de overeenkomst van 1995 te voldoen, heeft Roemenië in 1999 wet nr. 143/1999 inzake staatssteun aangenomen. Deze wet is op 1 januari 2000 in werking getreden en bevatte dezelfde definitie van staatssteun als artikel 64 van de overeenkomst van 1995 en het huidige artikel 107 VWEU. Bij deze wet is de Consiliul Concurenței (mededingingsraad, Roemenië) aangewezen als de nationale toezichhoudende autoriteit inzake staatssteun. Deze instantie is bevoegd om de verenigbaarheid van door Roemenië aan ondernemingen toegekende staatssteun te toetsen.

17. Op 15 mei 2000 heeft de mededingingsraad besluit nr. 244/2000 aangenomen, waarbij werd vastgesteld dat meerdere van de bij OGU 24 toegekende stimulansen dienden te worden aangemerkt als staatssteun en dienden te worden ingetrokken.

18. Op 1 juli 2000 is OGU 24 bij Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 75/2000 gewijzigd (hierna tezamen: „OGU-regeling”).

19. De mededingingsraad is bij de Curte de Apel București (rechter in tweede aanleg Boekarest, Roemenië) opgekomen tegen het feit dat zijn besluit nr. 244/2000 ondanks de vaststelling van Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 75/2000 niet ten uitvoer is gelegd. Dit beroep is op 26 januari 2001 verworpen en deze uitspraak is op 19 februari 2002 bevestigd door de Înalta Curte de Casație și Justiție (hoogste rechterlijke instantie, Roemenië).

20. Ioan en Viorel Micula, verzoekers in eerste aanleg, zijn Zweedse staatsburgers die in Roemenië wonen, en meerderheidsaandeelhouders van de vennootschap European Food and Drinks Group, die actief is in de productie van voedsel en drank in de regio Ștei-Nucet, gelegen in het district Bihor (Roemenië). De vennootschappen European Food SA, Starmill SRL,

⁷ Verordening van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van verordening nr. 659/1999 (PB 2004, L 140, blz. 1).

Multipack SRL, Scandic Distilleries SA, European Drinks SA, Rieni Drinks SA, Transilvania General Import-Export SRL en West Leasing SRL (voorheen West Leasing International SRL), zelf verzoeksters in eerste aanleg, behoren tot deze groep.

21. Op basis van de op 1 juni 2000 door European Food en op 17 mei 2002 door Starmill en Multipack verkregen certificaten van permanente investeerders hebben deze vennootschappen bepaalde investeringen in de mijnstreek van Ştei-Nucet gedaan.

22. In februari 2000 heeft Roemenië een aanvang gemaakt met de onderhandelingen over de toetreding tot de Unie. In het kader van die onderhandelingen werd in het gemeenschappelijk standpunt van 21 november 2001 van de Unie opgemerkt dat „in Roemenië [...] sprake [was] van zowel bestaande als nieuwe onverenigbare steunregelingen die niet in overeenstemming [waren] gebracht met het acquis”, waaronder „faciliteiten krachtens [de OGU-regeling]”.

23. Op 26 augustus 2004 heeft Roemenië alle stimulansen waarin de OGU-regeling voorzag, met uitzondering van de vrijstelling van de vennootschapsbelasting, afgeschaft met ingang van 22 februari 2005, met de toelichting dat het „[o]m aan de criteria in de communautaire staatssteunregels te voldoen, en ook om de onderhandelingen in het kader van Hoofdstuk nr. 6 – Mededingingsbeleid te voltooien, [...] noodzakelijk [was] alle met het acquis communautaire onverenigbare vormen van staatssteun in de nationale wetgeving te schrappen”.

24. Op 1 januari 2007 is Roemenië tot de Unie toegetreden.

25. Op 28 juli 2005 hebben vijf verzoekers in eerste aanleg, te weten I. en V. Micula, European Food, Starmill en Multipack (hierna: „verzoekers in arbitrage”), overeenkomstig artikel 7 BIT verzocht om oprichting van een scheidsgerecht teneinde vergoeding te verkrijgen van de schade die door de afschaffing van deze stimulansen was veroorzaakt.

26. Bij scheidsrechterlijke uitspraak van 11 december 2013 (hierna: „scheidsrechterlijke uitspraak”) heeft het scheidsgerecht vastgesteld dat Roemenië, door de stimulansen van de OGU-regeling af te schaffen, niet heeft gezorgd voor een eerlijke en billijke behandeling van de investeringen, en heeft het verzoekers in arbitrage een door Roemenië te betalen schadevergoeding van 791 882 452 Roemeense leu (RON) (ongeveer 178 miljoen EUR) toegekend.

27. Op 31 januari 2014 hebben de diensten van de Commissie de Roemeense autoriteiten laten weten dat elke uitvoering of executie van de scheidsrechterlijke uitspraak zou neerkomen op nieuwe steun en bij de Commissie moest worden aangemeld.

28. Op 20 februari 2014 hebben de Roemeense autoriteiten de diensten van de Commissie gemeld dat een deel van de door het scheidsgerecht aan verzoekers in arbitrage toegekende schadevergoeding was betaald door verrekening met heffingen en belastingen die European Food de Roemeense autoriteiten verschuldigd was.

29. Op 26 mei 2014 heeft de Commissie besluit C(2014) 3192 vastgesteld, waarbij Roemenië op grond van artikel 11, lid 1, van verordening nr. 659/1999 is gelast, elke maatregel die zou kunnen leiden tot de uitvoering of executie van de scheidsrechterlijke uitspraak onmiddellijk op te schorten, aangezien een dergelijke maatregel op onrechtmatige staatssteun zou neerkomen, totdat de Commissie een definitief besluit nam over de verenigbaarheid van deze maatregel met de interne markt.

30. Bij brief van 1 oktober 2014 heeft de Commissie Roemenië op de hoogte gebracht van haar besluit om de in artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde formele onderzoeksprocedure in te leiden met betrekking tot zowel de gedeeltelijke tenuitvoerlegging door Roemenië van de scheidsrechterlijke uitspraak begin 2014 als de eventuele verdere uitvoering of executie daarvan.

31. Volgens de Roemeense autoriteiten is de scheidsrechterlijke uitspraak volledig ten uitvoer gelegd.

32. Op 30 maart 2015 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld, waarin zij heeft geoordeeld dat de betaling van de schadevergoeding die is toegekend door het scheidsgerecht aan de enkele economische eenheid bestaande uit I. en V. Micula, European Food, Starmill, Multipack, Scandic Distilleries, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export en West Leasing, staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormde en moest worden teruggevorderd.

IV. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

33. Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op respectievelijk 6, 30 en 28 november 2015, hebben European Food, Starmill, Multipack en Scandic Distilleries in zaak T-624/15, I. Micula in zaak T-694/15, en V. Micula, alsook European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export en West Leasing in zaak T-704/15, elk een beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld. Het Koninkrijk Spanje en Hongarije zijn door het Gerecht toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie. Overeenkomstig artikel 68 van het Reglement voor de procesvoering heeft het Gerecht deze drie zaken gevoegd voor de eindbeslissing.

34. Ter onderbouwing van elk van de beroepen in eerste aanleg hebben verzoekers acht middelen aangevoerd, waarvan sommige bestonden uit meerdere onderdelen.

35. In het bestreden arrest heeft het Gerecht om te beginnen het eerste onderdeel van het tweede middel in de zaken T-624/15 en T-694/15 en het eerste onderdeel van het eerste middel in zaak T-704/15, inzake de onbevoegdheid van de Commissie en de niet-toepasselijkheid van het Unierecht op een situatie die dateert van vóór de toetreding van Roemenië tot de Unie, aanvaard. In dit verband heeft het Gerecht in de punten 59 tot en met 93 van dat arrest geoordeeld dat de Commissie, door het litigieuze besluit vast te stellen, de bevoegdheden waarover zij krachtens artikel 108 VWEU en verordening nr. 659/1999 beschikt, met terugwerkende kracht had toegepast op feiten die dateren van vóór die toetreding, en dat de Commissie de betrokken maatregel derhalve niet kon kwalificeren als „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

36. Voorts heeft het Gerecht het tweede onderdeel van het tweede middel in de zaken T-624/15 en T-694/15 en het eerste onderdeel van het tweede middel in zaak T-704/15, inzake de onjuiste kwalificatie van de scheidsrechterlijke uitspraak als „voordeel” en „steun” in de zin van artikel 107 VWEU, aanvaard. In dit verband heeft het Gerecht in de punten 94 tot en met 111 van het bestreden arrest geoordeeld dat het litigieuze besluit onrechtmatig was voor zover het de toekenning door het scheidsgerecht van schadevergoeding als vergoeding voor de schade die voortvloeide uit de intrekking van de fiscale stimuleringsmaatregelen, als „voordeel” en „steun” in de zin van die bepaling kwalificeerde, althans voor de periode voorafgaand aan de datum van inwerkingtreding van het Unierecht in Roemenië.

37. Bijgevolg heeft het Gerecht het litigieuze besluit in zijn geheel nietig verklaard, zonder de overige onderdelen van deze middelen of de overige middelen te onderzoeken.

V. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

38. Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie, die wordt ondersteund door de Republiek Polen, het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- het eerste onderdeel van het eerste middel en het eerste onderdeel van het tweede middel in zaak T-704/15 en het eerste en tweede onderdeel van het tweede middel in de zaken T-624/15 en T-694/15 af te wijzen;
- de gevoegde zaken T-624/15, T-694/15 en T-704/15 terug te verwijzen naar het Gerecht, en
- de beslissing omtrent de kosten aan te houden.

39. In zijn memorie van antwoord verzoekt het Koninkrijk Spanje het Hof:

- de hogere voorziening toe te wijzen, het bestreden arrest te vernietigen en het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk te verklaren, en
- subsidiair, de hogere voorziening toe te wijzen, het bestreden arrest te vernietigen en het beroep in eerste aanleg ongegrond te verklaren.

40. European Food, Starmill, Multipack, Scandic Distilleries en I. Micula (hierna: „European Food e.a.”) verzoeken het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen;
- subsidiair, het litigieuze besluit nietig te verklaren;
- meer subsidiair, de zaken terug te verwijzen naar het Gerecht, en
- de Commissie en de interveniërende partijen te verwijzen in hun eigen kosten en in die van European Food e.a. in verband met het geding in eerste aanleg en de hogere voorziening.

41. V. Micula, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export en West Leasing (hierna: „V. Micula e.a.”) verzoeken het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen;
- subsidiair, het in eerste aanleg in zaak T-704/15 opgeworpen tweede middel te aanvaarden en bijgevolg het litigieuze besluit nietig te verklaren;
- meer subsidiair, de zaken terug te verwijzen naar het Gerecht;

- de Commissie te verwijzen in haar eigen kosten en in die van V. Micula e.a. in verband met het geding in eerste aanleg en de hogere voorziening, en
- Hongarije en het Koninkrijk Spanje te verwijzen in hun eigen kosten in verband met het geding in eerste aanleg en de hogere voorziening.

42. Met zijn incidentele hogere voorziening verzoekt het Koninkrijk Spanje, dat wordt ondersteund door de Republiek Polen, het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk te verklaren, en
- European Food e.a. en V. Micula e.a. te verwijzen in de kosten.

43. De Commissie concludeert tot toewijzing van de incidentele hogere voorziening.

44. European Food e.a. en V. Micula e.a. concluderen tot afwijzing van de incidentele hogere voorziening en tot verwijzing van het Koninkrijk Spanje, de Commissie en de interveniërende partijen in hun eigen kosten in verband met de incidentele hogere voorziening en tot verwijzing van het Koninkrijk Spanje in de kosten van European Food e.a. en V. Micula e.a. in verband met de incidentele hogere voorziening.

45. De Commissie, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Polen, European Food e.a. en V. Micula e.a. hebben bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend over de hogere voorziening en de incidentele hogere voorziening.

46. Ter terechtzitting van 20 april 2021 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt namens de Commissie, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Letland, de Republiek Polen, European Food e.a. en V. Micula e.a.

VI. Analyse

47. Ik begin mijn analyse met een onderzoek van de incidentele hogere voorziening betreffende de verenigbaarheid met het Unierecht van arbitrageprocedures die gebaseerd zijn op een bilateraal investeringsverdrag dat tussen twee lidstaten van de Europese Unie is gesloten (hierna: „intra-EU-BIT”) Indien deze hogere voorziening zou worden toegewezen, zou zij tot de niet-ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg leiden. Aangezien ik van mening ben dat de middelen van de incidentele hogere voorziening moeten worden afgewezen, zal ik deze analyse voortzetten met een onderzoek van de principale hogere voorziening, die de vraag aan de orde stelt in hoeverre de Commissie bevoegd is op het gebied van staatssteunrecht in de context van de toetreding van een staat tot de Unie.

A. Incidentele hogere voorziening

48. In zijn incidentele hogere voorziening betoogt het Koninkrijk Spanje, daarin ondersteund door de Commissie en de Republiek Polen in hun schriftelijke opmerkingen, dat de betrokken arbitrageprocedure en de daaropvolgende scheidsrechterlijke uitspraak in strijd zijn met het beginsel van wederzijds vertrouwen en met de autonomie van het Unierecht, gelet op de

beginselen die het Hof in het arrest Achmea heeft geformuleerd. Hieruit volgt zijns inziens dat verzoekers in eerste aanleg geen rechtmatig procesbelang hadden, aangezien zij verzochten het litigieuze besluit nietig te verklaren met het oog op de tenuitvoerlegging van een met artikel 19 VEU en de artikelen 267 en 344 VWEU strijdige scheidsrechterlijke uitspraak.

1. Ontvankelijkheid van de incidentele hogere voorziening

49. European Food e.a. en V. Micula e.a. stellen dat de incidentele hogere voorziening van het Koninkrijk Spanje niet-ontvankelijk is.

50. In de eerste plaats is het Koninkrijk Spanje volgens hen niet bevoegd om als verweerder in hogere voorziening aan de procedure deel te nemen in de zin van artikel 172 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, en kon het dus niet deelnemen aan de procedure in de hoedanigheid van rekwirant in incidentele hogere voorziening.

51. In dit verband merk ik op dat European Food e.a. en V. Micula e.a. het Hof reeds bij brieven van 17 maart 2020 hebben verzocht om het Koninkrijk Spanje uit te sluiten als partij bij de onderhavige procedure, op grond dat deze lidstaat geen belang zou hebben bij de toewijzing of de afwijzing van de hogere voorziening in de zin van artikel 172 van het Reglement voor de procesvoering. Bij brief van 29 maart 2020 heeft de griffie van het Hof naar aanleiding van de beslissing van de president van het Hof, nadat de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal waren gehoord, partijen meegedeeld dat hun verzoek was afgewezen. Deze afwijzing berustte in wezen op de overweging dat het Koninkrijk Spanje als lidstaat krachtens artikel 40 van het Statuut van het Hof in eerste aanleg kon interveniëren en dus automatisch belang had bij de toewijzing of de afwijzing van de hogere voorziening.

52. Ten eerste blijkt namelijk uit de rechtspraak van het Hof dat een afwijzing door het Gerecht van de ingediende vorderingen voldoende is voor de betrokken partij om aannemelijk te maken dat zij belang heeft bij de toewijzing of de afwijzing van de hogere voorziening.⁸ Daar het Koninkrijk Spanje heeft verzocht om verwerping van de beroepen die verzoekers in eerste aanleg voor het Gerecht hebben ingesteld, heeft deze lidstaat noodzakelijkerwijs belang bij de toewijzing of de afwijzing van de hogere voorziening in de zin van artikel 172 van het Reglement voor de procesvoering.

53. Ten tweede verlenen artikel 40, eerste alinea, en artikel 56, derde alinea, van het Statuut van het Hof de lidstaten sowieso de status van „bevoorrechte verzoekers”, zodat zij geen belang hoeven aan te tonen om een hogere voorziening te kunnen instellen bij de rechterlijke instanties van de Unie, laat staan dat zij dat voor een incidentele hogere voorziening zouden hoeven te doen.⁹

54. In de tweede plaats achten European Food e.a. en V. Micula e.a. de incidentele hogere voorziening niet-ontvankelijk op grond van artikel 178, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering, omdat zij uitsluitend de argumenten herhaalt die het Koninkrijk Spanje in zijn memorie van antwoord op de principale hogere voorziening heeft aangevoerd of verwijst naar in het kader van die voorziening geformuleerde overwegingen, en tegelijkertijd tot doel heeft het voorwerp van het geding te verruimen.

⁸ Zie arrest van 14 juni 2018, Makhlouf/Raad (C-458/17 P, niet gepubliceerd, EU:C:2018:441, punt 32).

⁹ Arrest van 21 december 2011, Frankrijk/People’s Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, punt 45). Zie ook Wathélet, M., Wildemeersch, J., *Contentieux européen*, Larcier, 2014, blz. 488.

55. Deze lidstaat heeft weliswaar in de incidentele hogere voorziening en in de memorie van antwoord op de hogere voorziening vergelijkbare argumenten aangevoerd, maar ik wil erop wijzen dat hij in de incidentele hogere voorziening de ontvankelijkheid van het bij het Gerecht ingestelde beroep ter discussie stelt. Volgens de rechtspraak van het Hof is het Hof gehouden om, desnoods ambtshalve, te oordelen over de middelen inzake de niet-ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg.¹⁰

56. Zelfs in de veronderstelling dat de memorie van antwoord van het Koninkrijk Spanje en de incidentele hogere voorziening elkaar overlappen, zou het Hof dus verplicht zijn ambtshalve de ontvankelijkheidsvraag te onderzoeken, aangezien die aan de orde zou zijn indien het betoog van deze lidstaat, die daarin wordt ondersteund door de Commissie, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Letland en de Republiek Polen, zou worden aanvaard.

57. In die omstandigheden ben ik van mening dat de verschillende in de incidentele hogere voorziening aangevoerde argumenten waarmee het Koninkrijk Spanje tracht aan te tonen dat het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk is, in ieder geval moeten worden onderzocht.

2. Gegrondheid van de incidentele hogere voorziening

58. Het Koninkrijk Spanje voert drie argumenten aan om het middel inzake de onverenigbaarheid van de betrokken arbitrageprocedure met het Unierecht – waardoor het beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht niet-ontvankelijk zou zijn – te onderbouwen.

59. Ik moet toegeven dat ik enige twijfels heb over de gevolgen van de onverenigbaarheid van de betrokken arbitrageprocedure met het Unierecht voor het procesbelang van European Food e.a. en V. Micula e.a. en voor de ontvankelijkheid van het voor het Gerecht ingestelde beroep.¹¹ Zoals ik verder zal aantonen, moet het argument dat de scheidsrechterlijke uitspraak onverenigbaar is met het Unierecht echter worden afgewezen, zodat de gevolgen daarvan voor de situatie van verzoekers niet hoeven te worden onderzocht.

60. In mijn analyse van de incidentele hogere voorziening richt ik mij om te beginnen op de eerste twee argumenten van het Koninkrijk Spanje, die er in wezen voor pleiten de door het Hof in het arrest Achmea geformuleerde beginselen toe te passen op de betrokken arbitrageprocedure, hetgeen mogelijk zou zijn door de toetreding van Roemenië tot de Unie.

61. Vervolgens zal ik ingaan op het laatste argument van het eerste middel van de incidentele hogere voorziening, dat afwijkt van de problematiek van intra-EU-BIT's en betrekking heeft op de vraag of een mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen lidstaten en derde staten verenigbaar is met de rechtsorde van de Unie.

¹⁰ Zie arrest van 29 juli 2019, Bayerische Motoren Werke AG en Freistaat Sachsen/Commissie (C-654/17 P, EU:C:2019:634, punt 44).

¹¹ Uit het litigieuze besluit en het bestreden arrest blijkt in het bijzonder dat de scheidsrechterlijke uitspraak ten uitvoer is gelegd en dat de in het litigieuze besluit bedoelde steun is uitgekeerd aan European Food e.a. en V. Micula e.a. Aangezien de onverenigbaarheid van de reeds ten uitvoer gelegde scheidsrechterlijke uitspraak mijns inziens als zodanig niet tot gevolg heeft dat verzoekers de schadevergoeding moeten terugbetalen, zou de nietigverklaring van het litigieuze besluit noodzakelijkerwijs gevolgen hebben voor hun situatie, omdat dat besluit bepaalt of verzoekers de door Roemenië verrichte betalingen mogen behouden.

a) Draagwijdte van het arrest Achmea in het kader van een arbitrageprocedure die is ingeleid op grond van een BIT tussen twee lidstaten dat is gesloten voordat de staat die partij is bij de arbitrage tot de Unie is toegetreden, en die ten tijde van deze toetreding aanhangig was

62. Het Koninkrijk Spanje, de Commissie, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Letland en de Republiek Polen betogen dat, gelet op de beginselen die het Hof in het arrest Achmea heeft geformuleerd, de betrokken arbitrageprocedure onverenigbaar is met het Unierecht.

63. In de eerste plaats stellen deze deelnemers aan de procedure dat de betrokken arbitrageprocedure vanaf de datum van toetreding van Roemenië tot de Unie moet worden aangemerkt als „intra-EU”-arbitrage.

64. In de tweede plaats is het scheidsgerecht, dat is samengesteld op basis van het BIT tussen het Koninkrijk Zweden en Roemenië, volgens hen gehouden om het Unierecht – en meer in het bijzonder de overeenkomst van 1995 – uit te leggen of toe te passen. Uit het arrest Achmea blijkt dat het Unierecht zich verzet tegen een in een BIT tussen twee lidstaten vastgelegd geschillenbeslechtsmechanisme waarbij een scheidsgerecht buiten het rechterlijk systeem van de Unie om en zonder onderworpen te zijn aan het toezicht van een rechterlijke instantie van een lidstaat, het Unierecht kan uitleggen of toepassen.

65. De betrokken arbitrageprocedure zou dus vanaf de datum van toetreding van Roemenië tot de Unie in strijd zijn met de artikelen 267 en 344 VWEU.

1) Toepasselijkheid ratione temporis van het arrest Achmea

66. Ik sluit me volledig aan bij het standpunt van het Koninkrijk Spanje en de Commissie dat het Unierecht – en dus ook de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest Achmea – in Roemenië toepasselijk is vanaf zijn toetreding.¹²

i) Toepassing van het Unierecht vanaf de toetreding

67. Het feit dat het Unierecht vanaf de toetreding van Roemenië tot de Unie van toepassing is, heeft mijns inziens een bepaalde consequentie. Arbitrageprocedures die *na* de toetreding van Roemenië tot de Unie zijn ingeleid op grond van een BIT tussen Roemenië en een andere lidstaat, zijn onverenigbaar met het Unierecht. Uit het beginsel van voorrang van het Unierecht volgt dat, vanaf het moment van die toetreding, een scheidsgerecht dat is ingesteld op grond van een BIT tussen Roemenië en een andere lidstaat niet meer bevoegd is en dat er geen arbitrageprocedures meer kunnen worden ingeleid op grond van een intra-EU-BIT.¹³

68. Een dergelijke oplossing lijkt mij echter problematisch in het geval van arbitrageprocedures die *vóór* de toetreding van Roemenië tot de Unie werden ingeleid en ten tijde van die toetreding nog aanhangig waren. Daarom moet worden onderzocht in hoeverre de uit het arrest Achmea voortvloeiende beginselen op die situaties van toepassing zijn.

¹² Artikel 2 van de Toetredingsakte. Zie in dit verband ook Malferrari, L., „Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités”, in Berramdane, A., en Trochu, M., *Union européenne et protection des investissements*, Bruylant, 2021, blz. 63.

¹³ Zie op dit punt mijn conclusie in de zaak Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, punt 69).

ii) Onmiddellijke toepasselijkheid van de beginselen van het arrest Achmea op de toekomstige gevolgen van een situatie die vóór de toetreding tot de Unie is ontstaan

69. Teneinde de toepassing van de uit het arrest Achmea voortvloeiende rechtspraak op dergelijke gevallen te rechtvaardigen, beroepen het Koninkrijk Spanje en de Commissie zich op het beginsel dat het Unierecht onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een situatie die vóór de toetreding tot de Unie is ontstaan.¹⁴

70. Aan dit beginsel kan niet worden getornd.¹⁵ Uit de rechtspraak blijkt zeer duidelijk dat „volgens een algemeen erkend beginsel de wet waarbij een wettelijke bepaling wordt gewijzigd, van toepassing is, tenzij het tegendeel is bepaald, op de toekomstige gevolgen van feitelijke situaties welke onder vigeur van de oude wet zijn ontstaan”¹⁶, waaruit tevens volgt dat het Unierecht „moet [...] worden geacht onmiddellijk toepasselijk te zijn en de [lidstaat] te verbinden vanaf de datum van [zijn] toetreding, zodat [het] van toepassing is op de toekomstige gevolgen van vóór de toetreding van die nieuwe lidstaat [...] ontstane situaties”¹⁷.

71. Voorts geeft het Hof een ruime uitlegging aan „toekomstige gevolgen van feitelijke situaties welke onder vigeur van de oude wet zijn ontstaan”.¹⁸ Het heeft herhaaldelijk verwezen naar „situaties die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regeling zijn ontstaan, doch die in hun ontwikkeling nog niet zijn voltooid”¹⁹, waaruit blijkt dat het de term „toekomstige gevolgen” niet restrictief opvat. Het Hof heeft ook duidelijk erkend dat het Unierecht onmiddellijk toepasselijk is op de vraag of de vergoeding van vóór de toetreding van de lidstaat tot de Unie veroorzaakte schade die na de toetreding van de lidstaat tot de Unie is betaald en compensatie beoogt te bieden voor de gevolgen die de schade gedurende de rest van het leven van het slachtoffer zal hebben, verenigbaar is met het Unierecht.²⁰

72. In het licht van deze rechtspraak ben ik, anders dan European Food e.a. en V. Micula e.a., van mening dat het volstaat dat de betrokken arbitrageprocedure – die is ingeleid naar aanleiding van een litigieuze handeling die Roemenië vóór de toetreding heeft vastgesteld – na de toetreding wordt voortgezet om vast te stellen dat er sprake is van toekomstige gevolgen van een situatie die vóór de toetreding is ontstaan.²¹

¹⁴ Zie in dit verband Kaleda, S.L., *Przejęcie prawa wspólnotowego przez nowe państwo członkowskie. Zagadnienia przejściowe i międzyczasowe*, Warschau, 2003, blz. 127-192.

¹⁵ Zie over de relevantie van het beginsel van onmiddellijke toepasselijkheid van het Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof, Blatière, L., *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, CREAM, 2018, blz. 152-167.

¹⁶ Arresten van 15 februari 1978, *Bauche en Delquignies* (96/77, EU:C:1978:26, punt 48), en 7 februari 2002, *Kauer* (C-28/00, EU:C:2002:82, punt 20). Zie ook arrest van 26 maart 2020, *Hungeod e.a.* (C-496/18 en C-497/18), EU:C:2020:240, punt 94).

¹⁷ Arrest van 2 oktober 1997, *Saldanha en MTS* (C-122/96, EU:C:1997:458, punt 14).

¹⁸ Voor een uitvoerige bespreking van de ruime visie van het Hof op bestaande situaties, zie Blatière, L., op. cit., aangehaald in voetnoot 15, blz. 148-152.

¹⁹ Arresten van 17 juli 1997, *Affish* (C-183/95, EU:C:1997:373, punt 57), en 22 juni 2006, *België en Forum 187/Commissie* (C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416, punt 148).

²⁰ Arrest van 3 september 2014, *X* (C-318/13, EU:C:2014:2133, punten 21-24). Zie in dezelfde zin ook arrest van 14 juni 2007, *Telefónica O2 Czech Republic* (C-64/06, EU:C:2007:348, punt 21).

²¹ Zie in dit verband Kaleda, S.L., op. cit., aangehaald in voetnoot 14, blz. 183: „De [Unierechtelijke] bepalingen inzake de gevolgen van bepaalde handelingen zijn op het moment van hun inwerkingtreding onmiddellijk toepasselijk op gevolgen die nog voortduren, bijvoorbeeld op inbreuken die, hoewel zij voortvloeien uit gebeurtenissen in het verleden, op de datum van inwerkingtreding nog gaande zijn”. (Oorspronkelijke Poolse versie: „Przepisy [prawa Unii] regulujące skutki pewnych czynności są natychmiast stosowane w stosunku do skutków trwających w momencie ich wejścia w życie – np. przechwytyją naruszenie nadal trwające w dniu wejścia w życie, chociaż wynikające ze zdarzeń dawnych.”)

73. Ik ben derhalve van mening dat het Unierecht en bijgevolg de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest *Achmea razione temporis* van toepassing is op de betrokken arbitrageprocedure, die vóór de toetreding van Roemenië is ingeleid op grond van een BIT tussen dat land en een andere lidstaat en die ten tijde van de toetreding nog aanhangig was.

74. Ik ben echter van oordeel dat het beginsel dat het Unierecht onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een vóór de toetreding ontstane situatie op zich geen antwoord biedt op de vraag of een arbitrageprocedure die op grond van een intra-EU-BIT is ingeleid voordat de staat die partij is bij de arbitrage tot de Unie is toegetreden, verenigbaar is met het Unierecht.

75. Schijn bedriegt namelijk soms, en we kunnen we niet concluderen dat de beginselen die voortvloeien uit het arrest *Achmea* louter op die basis kunnen worden toegepast op dergelijke situaties, zonder eerst de logica te hebben onderzocht die aan de redenering in dat arrest ten grondslag ligt.

2) Toepassing razione materiae van de uit het arrest Achmea voortvloeiende rechtspraak

76. Het feit dat het Unierecht vanaf de toetreding van een staat die partij is bij een arbitrageovereenkomst van toepassing is op een arbitrageprocedure die op basis van een intra-EU-BIT is ingeleid vóór de toetreding van deze staat tot de Unie, doet niet af aan de bijzondere aard van deze destijds op geldige wijze ingeleide procedure betreffende een geschil dat dateert van vóór de toetreding.

77. Die bijzonder aard lijkt mij niet zozeer in temporeel als wel in materieel opzicht zeker van invloed op de mogelijkheid om de uit het arrest *Achmea* voortvloeiende rechtspraak toe te passen op een arbitrageprocedure als de onderhavige. Met andere woorden, deze rechtspraak is weliswaar – net als het Unierecht in zijn geheel – vanuit strikt temporeel oogpunt van toepassing op de betrokken arbitrageprocedure, maar vanuit materieel oogpunt is de situatie in verschillende opzichten anders.

i) Geen inbreuk op de autonomie van het Unierecht

78. Ik wijs erop dat de uitspraak van het Hof in het arrest *Achmea* berust op de overweging dat de toepassing van een op grond van een intra-EU-BIT ingeleide arbitrageprocedure, in het kader waarvan het Unierecht kan worden uitgelegd of toegepast, een inbreuk vormt op de autonomie van het Unierecht.

– Beginsel van autonomie van het Unierecht

79. Het Hof heeft gepreciseerd dat de autonomie van het Unierecht wordt gewaarborgd doordat de Verdragen een rechterlijk systeem hebben ingesteld dat de coherente en eenvormige uitlegging van het Unierecht dient te verzekeren.²² De prejudiciële procedure vormt de hoeksteen van dat systeem doordat zij tussen het Hof en de rechterlijke instanties van de lidstaten een dialoog van rechter tot rechter tot stand brengt die tot doel heeft de eenvormige uitlegging van het Unierecht te verzekeren.²³

²² Zie arrest *Achmea*, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook Malferrari, L., op. cit., aangehaald in voetnoot 12, blz. 48 en 50.

²³ Advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 176).

80. Een op grond van een BIT tussen twee lidstaten ingeleide arbitrageprocedure kan de beslechting van een geschil dat mogelijk betrekking heeft op de toepassing of uitlegging van het Unierecht, aan het rechterlijk systeem onttrekken, en doet dus afbreuk aan het in de artikelen 267 en 344 VWEU neergelegde beginsel van autonomie van het Unierecht.

81. Met andere woorden, de oplossing van het arrest Achmea is met name gebaseerd op het feit dat het krachtens het beginsel van autonomie van het Unierecht onmogelijk is om de rechterlijke instanties van de lidstaten hun bevoegdheid op het gebied van de uitlegging en de toepassing van het Unierecht te ontnemen en om het Hof zijn bevoegdheid te ontnemen om prejudiciële beslissingen te geven in antwoord op door die rechterlijke instanties gestelde vragen inzake de uitlegging of de toepassing van het Unierecht²⁴.

82. Het feit dat op grond van een BIT tussen twee lidstaten een arbitrageprocedure is ingeleid *voordat* de staat die partij is bij de arbitrage tot de Unie is toegetreden, betekent echter nog niet dat enig geschil dat betrekking kan hebben op de uitlegging of de toepassing van het Unierecht, aan het rechterlijk systeem van de Unie wordt onttrokken.

83. Ik wil preciseren dat het er in dit verband weinig toe doet of een dergelijk geschil er met zekerheid toe leidt dat het Unierecht door het scheidsgerecht wordt uitgelegd of toegepast. Mijns inziens volstaat het enkele feit dat dit risico bestaat om te kunnen spreken van een inbreuk op de autonomie van het Unierecht, mits het geschil waarbij dit risico zich voordoet daadwerkelijk onder het rechterlijk systeem van de Unie valt.²⁵ Voorts meen ik dat alle intra-EU-BIT's dit risico met zich meebrengen. Het lijkt mij in casu dan ook niet nodig om na te gaan of het scheidsgerecht het Unierecht daadwerkelijk heeft uitgelegd of toegepast, of dit had kunnen doen. Ik lees het arrest Achmea namelijk aldus dat het Hof de verenigbaarheid van een op een intra-EU-BIT gebaseerde arbitrageprocedure met het beginsel van autonomie van het Unierecht toetst aan de vraag of een dergelijke procedure tot gevolg heeft dat de nationale rechterlijke instanties hun bevoegdheid op het gebied van de uitlegging en de toepassing van het Unierecht wordt ontnomen en of het Hof zijn bevoegdheid wordt ontnomen om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op hun vragen.

– *Bevoegdheid van Roemeense rechterlijke instanties om het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing*

84. Wanneer een geschil voortvloeit uit een vermeende schending van een bepaling van een BIT door een staat vóór de toetreding van die staat tot de Unie en de procedure ter beslechting ervan vóór die toetreding is ingeleid, valt dit geschil niet noodzakelijkerwijs onder het rechterlijk systeem van de Unie. Het feit dat een dergelijk geschil wordt beslecht door een scheidsgerecht dat is ingesteld op grond van een BIT tussen twee lidstaten dat is gesloten voordat de staat die partij is bij de arbitrage tot de Unie is toegetreden, impliceert niet dat de rechterlijke instanties van de lidstaten hun bevoegdheid op het gebied van de uitlegging en de toepassing van het Unierecht wordt ontnomen, of dat het Hof zijn bevoegdheid wordt ontnomen om bij wijze van prejudiciële beslissing te antwoorden op vragen van die instanties inzake de uitlegging of de toepassing van het Unierecht.

²⁴ Advies 1/09 (Overeenkomst over de invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 89).

²⁵ Zie in die zin arrest Achmea, punten 39 en 56.

85. Ik geef het Hof in overweging te onderzoeken hoe de situatie zou zijn indien het geschil inzake een vermeende schending door Roemenië van bepalingen van het BIT aanhangig zou zijn gemaakt bij een Roemeense rechterlijke instantie en niet bij een scheidsgerecht. Die rechterlijke instantie had het Hof mijns inziens niet om een prejudiciële beslissing kunnen verzoeken indien zich een vraag over de uitlegging of de toepassing van het Unierecht had voorgedaan.

86. In de eerste plaats spreekt het voor zich dat een Roemeense rechterlijke instantie waarbij de mogelijke schending door Roemenië van bepalingen van het BIT aanhangig zou zijn gemaakt, het Hof *vóór* de toetreding van Roemenië tot de Unie niet om een prejudiciële beslissing had kunnen verzoeken, aangezien die instantie op dat moment geen rechterlijke instantie van een lidstaat in de zin van artikel 267 VWEU was. Bovendien voorzag de overeenkomst van 1995 niet in de mogelijkheid voor Roemeense rechters om het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

87. In de tweede plaats zou een Roemeense rechterlijke instantie die *vóór* de toetreding van Roemenië tot de Unie zou zijn aangezocht evenmin de mogelijkheid hebben gehad om het Hof *na* die toetreding om een prejudiciële beslissing te verzoeken. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt namelijk duidelijk dat het Hof niet bevoegd is om zich uit te spreken over de uitlegging van het Unierecht in het kader van een geding dat betrekking heeft op een situatie die zich *vóór* de toetreding heeft voorgedaan.²⁶

88. Dit is juist het geval voor het geding dat aanleiding heeft gegeven tot de onderhavige arbitrageprocedure. De vermeende schending van het BIT door Roemenië – het voorwerp van het geschil – dateert van *vóór* de toetreding van die staat tot de Unie, en de betrokken arbitrageprocedure is *vóór* de toetreding ingeleid. Alle in dit verband relevante feiten hebben dus *vóór* deze toetreding plaatsgevonden en hun volle uitwerking gehad. De Roemeense rechterlijke instantie waarbij een dergelijk geschil aanhangig zou zijn gemaakt, had het Hof in het kader daarvan geen vragen kunnen stellen over de uitlegging of de toepassing van het Unierecht.

89. Aan deze oplossing wordt niet afgedaan door het beginsel dat het Unierecht onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een situatie die *vóór* de toetreding is ontstaan, noch door de door de Commissie aangevoerde rechtspraak die voortvloeit uit het arrest Kremikovtzi²⁷, waarin het Hof zich bevoegd heeft verklaard om de bepalingen van de Europa-Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschappen en hun lidstaten, enerzijds, en de Republiek Bulgarije, anderzijds²⁸, uit te leggen in het kader van een geschil over feiten die zich *vóór* de toetreding van Bulgarije tot de Unie hebben voorgedaan.

90. Met betrekking tot het beginsel dat het Unierecht onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een situatie die *vóór* de toetreding is ontstaan, moet worden vastgesteld dat dit niet kan worden toegepast op het geschil over de vermeende schending van bepalingen van het BIT door Roemenië. Zoals in punt 86 van deze conclusie is uiteengezet, ligt het feit dat Roemenië de OGU-regeling heeft afgeschaft, en daardoor mogelijk de uit het

²⁶ Arresten van 10 januari 2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9, punten 36 en 37), en 30 april 2020, EUROVIA (C-258/19, EU:C:2020:345, punten 42 en 43), en beschikking van 1 oktober 2020, Slovenský plynárenský priemysel (C-113/20, niet gepubliceerd, EU:C:2020:772, punten 28 en 31). Voor een kritische studie van de rechtspraak van het Hof over zijn bevoegdheid om prejudiciële vragen te beantwoorden in de context van de toetreding van nieuwe lidstaten tot de Unie, zie Póltorak, N., „Ratione Temporis Application of the Preliminary Rulings Procedure”, *Common Market Law Review*, 2008, nr. 45, blz. 1357-1381.

²⁷ Arrest van 29 november 2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

²⁸ Deze overeenkomst is goedgekeurd bij besluit 94/908/EGKS, EG, Euratom van de Raad en de Commissie van 19 december 1994 vastgestelde en namens de Gemeenschap (PB 1994, L 358, blz. 1).

BIT voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden, aan de oorsprong van het geschil dat bij de Roemeense rechterlijke instantie aanhangig zou zijn gemaakt. Die situatie bestond dus vóór de toetreding en speelde zich duidelijk in het verleden af.²⁹

91. Het arrest Kremikovtzi³⁰ kan mijns inziens om dezelfde redenen evenmin afdoen aan de vaststelling dat het Hof onbevoegd is. De feiten van het hoofdgeding in dat arrest vonden immers weliswaar hun oorsprong in de betaling van steun vóór de toetreding, maar het voorwerp van het geding had betrekking op de procedure voor de terugvordering van die steun, en met name op de rechtsgrondslag waarop een dergelijke procedure moest zijn gebaseerd, die duidelijk na de toetreding was ingeleid. Anders gezegd, het voorwerp van de prejudiciële vragen betrof wel degelijk de gevolgen van een steunmaatregel, te weten de vaststelling van een handeling en een concrete gebeurtenis *na* de toetreding van een lidstaat, zodat het Hof bevoegd was om de prejudiciële vragen te beantwoorden.

92. Het geschil dat in casu bij een Roemeense rechter aanhangig had kunnen worden gemaakt, betrof daarentegen een situatie – de vermeende schending van het BIT door Roemenië – die vóór de toetreding definitief is geworden. Anders dan in de zaak Kremikovtzi zijn er aan het scheidsgerecht dus geen feiten of handelingen van na de toetreding voorgelegd.³¹

93. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het aan de arbitrageprocedure ten grondslag liggende geschil noch vóór noch na de toetreding van Roemenië tot de Unie onder de rechtsorde van de Unie zou kunnen vallen, aangezien het Hof niet bevoegd zou zijn om een prejudiciële vraag van een Roemeense rechterlijke instantie te beantwoorden, mocht de zaak bij die instantie aanhangig zijn gemaakt.

94. Hieruit volgt dat een arbitrageprocedure zoals die welke in casu aan de orde is, die is ingeleid op grond van een BIT tussen twee lidstaten dat is gesloten voordat de staat die partij is bij de arbitrage tot de Unie is toegetreten, mijns inziens geen afbreuk kan doen aan de autonomie van het Unierecht, zelfs niet na die toetreding, zodat – anders dan bij de arbitrageprocedure in de zaak die heeft geleid tot het arrest Achmea – niet kan worden geconcludeerd dat de artikelen 267 en 344 VWEU zijn geschonden.

95. Ook uit andere gegevens blijkt dat de betrokken arbitrageprocedure verenigbaar is met het Unierecht, meer bepaald met het beginsel van wederzijds vertrouwen, dat mijns inziens niet is geschonden.

²⁹ Een dergelijke situatie verschilt van de situatie die heeft geleid tot het arrest van 3 september 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133), waarin het Hof zich bevoegd heeft verklaard op grond van het beginsel dat het Unierecht onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een situatie die vóór de toetreding is ontstaan. In de zaak X werd *na* de toetreding van Finland tot de Unie bij de verwijzende rechter een geschil aanhangig gemaakt over het bedrag van een schadevergoeding die eveneens *na* de toetreding was toegekend wegens eerder geleden schade. Het voorwerp van het geding betrof dus feiten die zich na de toetreding hadden voorgedaan – ook al vormden zij de toekomstige gevolgen van een eerder ontstane situatie – en de regeling van een situatie voor de toekomst. Het geschil dat in casu bij het scheidsgerecht aanhangig werd gemaakt, had geen betrekking op het bedrag van de toegekende schadevergoeding maar veeleer op het bestaan zelf van een schending van het BIT door Roemenië, en betrof dus een situatie die vóór de toetreding bestond.

³⁰ Arrest van 29 november 2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

³¹ Volledigheidshalve en uit academische interesse wijs ik erop dat een Roemeense rechter het Hof geen vragen kan stellen over de toekomstige gevolgen van zijn beslissing inzake de schending van het BIT door Roemenië in het licht van de staatssteunregels. Ten eerste zou een dergelijke vraag zuiver hypothetisch zijn, aangezien de uitkomst van het geding niet met zekerheid kan worden vastgesteld zolang de procedure nog loopt. Ten tweede zou zij niet strikt betrekking hebben op het voorwerp van het aan de nationale rechter voorgelegde geschil, dat uitsluitend betrekking heeft op de vraag of Roemenië al dan niet zijn uit het BIT voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden, zodat het antwoord van het Hof niet noodzakelijk zou zijn voor de beslechting van het geschil.

ii) Bestaan van een schending van het beginsel van wederzijds vertrouwen

96. Het Koninkrijk Spanje betoogt dat het betrokken scheidsgerecht zich onmiddellijk na de toetreding van Roemenië tot de Unie onbevoegd had moeten verklaren ten gunste van de Roemeense rechterlijke instanties, die vanaf dat moment de bescherming van de rechten van de investeerders konden waarborgen.

97. De oplossing van het Hof in het arrest Achmea berust immers op de schending van het beginsel van wederzijds vertrouwen die kan voortvloeien uit het feit dat op grond van een intra-EU-BIT een arbitrageprocedure wordt ingeleid in het kader van een geschil dat betrekking kan hebben op de uitlegging of de toepassing van het Unierecht.

98. Het Hof heeft er in het arrest Achmea³² aan herinnerd dat het Unierecht berust op de fundamentele premisse dat elke lidstaat met alle andere lidstaten een reeks gemeenschappelijke waarden deelt waarop de Unie berust, en dat elke lidstaat erkent dat de andere lidstaten deze waarden met hem delen. Deze premisse impliceert en rechtvaardigt dat de lidstaten er onderling op vertrouwen dat de andere lidstaten deze waarden erkennen en dus het Unierecht, dat deze waarden ten uitvoer brengt, in acht nemen.³³

99. Zoals ik heb uiteengezet in mijn conclusie in de zaak Komstroy³⁴, moeten de lidstaten immers, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ervan uitgaan dat alle andere lidstaten het Unierecht en, meer in het bijzonder, de door dat recht erkende grondrechten eerbiedigen, daaronder begrepen het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht. De bijzondere rol van de instellingen van de Unie, in het bijzonder de Commissie, die belast zijn met het toezicht op de naleving van die waarden, getuigt van het belang ervan.³⁵

100. Bovendien rechtvaardigt juist het feit dat de betrekkingen die de Unie aanknoopt met derde staten niet gebaseerd zijn op het wederzijdse vertrouwen dat binnen de Unie wel bestaat, dat de overeenkomstsluitende partijen bij een internationale overeenkomst tussen een lidstaat en een derde staat besluiten het eens te worden over de invoering van een neutraal geschillenbeslechtsmechanisme, aangezien niet elk van de overeenkomstsluitende partijen er noodzakelijkerwijs op vertrouwt dat het rechterlijk systeem van de andere partij verzekert dat de in de overeenkomst vervatte regels zullen worden nageleefd.³⁶

101. In dit verband merk ik op dat de Commissie de lidstaten en Centraal- en Oost-Europese landen heeft aangemoedigd BIT's te sluiten als noodzakelijke instrumenten ter voorbereiding van de toetreding van laatstgenoemde staten tot de Unie.³⁷ Artikel 74 van de overeenkomst van 1995, met als opschrift „Bevordering en bescherming van investeringen”, zet de lidstaten en Roemenië er overigens toe aan overeenkomsten ter bevordering en bescherming van investeringen te sluiten. Het Koninkrijk Zweden en Roemenië hebben hieraan gevolg gegeven door het betreffende BIT te sluiten.

³² Punt 34.

³³ Arrest Achmea, punt 34. Zie ook advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punten 168 en 173 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁴ C-741/19, EU:C:2021:164, punt 64.

³⁵ Zie mijn conclusie in de zaak Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁶ Zie de conclusie van advocaat-generaal Bot bij advies 1/17 (CETA EU-Canada, EU:C:2019:72, punt 84).

³⁷ Conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699, punt 40). Zie ook 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.

102. In deze bijzondere context moet het beding over geschillenbeslechting in het BIT worden opgevat als een remedie voor het gebrek aan wederzijds vertrouwen tussen het Koninkrijk Zweden en Roemenië. Dit beding had tot doel de bescherming van investeerders uit de lidstaten in Roemenië te waarborgen. Daartoe werd hun met name de mogelijkheid geboden om gebruik te maken van een geschillenbeslechtingsstelsel dat niet onder het rechterlijk systeem van die staat viel, aangezien er onvoldoende vertrouwen was dat die staat vóór de toetreding het recht op een doeltreffende voorziening in rechte van investeerders zou eerbiedigen.³⁸

103. In deze omstandigheden lijkt het mij legitiem dat arbiters die rechtsgeldig zijn aangezocht op grond van een BIT tussen een lidstaat en de staat die partij is bij de arbitrage, dat vóór de toetreding van die staat op aanmoediging van de Unie zelf is gesloten, zich op het moment van toetreding niet onbevoegd verklaren, aangezien de arbitrageprocedure het vóór de toetreding mogelijk maakte om de bescherming van de rechten van investeerders te waarborgen, net zoals het beginsel van wederzijds vertrouwen dat doet na de toetreding.

104. Bijgevolg ben ik van mening dat het beginsel van wederzijds vertrouwen – anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Achmea* – geen rechtvaardiging kan vormen voor de onderbreking van de betrokken arbitrageprocedure, die aanvankelijk een oplossing bood voor het feit dat de lidstaten er geen vertrouwen in hadden dat Roemenië vóór zijn toetreding tot de Unie de vereisten inzake daadwerkelijke rechtsbescherming zou naleven.

105. Ter terechtzitting hebben *European Food e.a.* en *V. Micula e.a.* voorts aangevoerd dat de toetreding van Roemenië tot de Unie niet heeft geleid tot wederzijds vertrouwen tussen deze lidstaat en de andere lidstaten, daar de toetreding van Roemenië afhankelijk werd gesteld van de vaststelling van een samenwerkingsmechanisme waarbij tevens werd getoetst welke vooruitgang deze lidstaat boekte ten aanzien van specifieke ijkpunten op het gebied van de hervorming van het justitiële stelsel en de bestrijding van corruptie.³⁹

106. Dit argument kan niet overtuigen. De MST-beschikking heeft op zich niet tot gevolg dat het beginsel van wederzijds vertrouwen niet van toepassing is op de betrekkingen tussen Roemenië en de andere lidstaten. Binnen de rechtsorde van de Unie kan geen algemeen wantrouwen jegens een lidstaat bestaan louter omdat er op het moment van zijn toetreding een mechanisme als dat van de MST-beschikking is vastgesteld. Een beperkt vertrouwen in de Roemeense rechterlijke instanties kan uitsluitend gebaseerd zijn op objectieve, betrouwbare, nauwkeurige en naar behoren bijgewerkte gegevens over de werking van het gerechtelijk apparaat in de lidstaat.⁴⁰

³⁸ Over de bijdrage die op het gebied van investeringsrecht optredende scheidsrechters leveren aan de naleving van het beginsel van de rechtsstaat, zie 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*, nr. 55, 2018, blz. 1025-1060, en Kochenov, D., Lavranos, N., op. cit., aangehaald in voetnoot 37.

³⁹ Beschikking 2006/928/EG van de Commissie van 13 december 2006 tot vaststelling van een mechanisme voor samenwerking en toetsing van de vooruitgang in Roemenië ten aanzien van specifieke ijkpunten op het gebied van de hervorming van het justitiële stelsel en de bestrijding van corruptie (PB 2006, L 354, blz. 56; hierna: „MST-beschikking”).

⁴⁰ Zie in die zin arrest van 25 juli 2018, *Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)* (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punt 61).

3) Conclusie over de toepassing van het arrest Achmea

107. Uit al het voorgaande volgt mijns inziens dat de uit het arrest Achmea voortvloeiende beginselen niet kunnen worden toegepast op een arbitrageprocedure als die welke in casu aan de orde is, die is ingeleid op grond van een BIT tussen twee lidstaten dat is gesloten voordat de staat die partij is bij de arbitrage tot de Unie is toetreden, en die ten tijde van die toetreding nog aanhangig was.⁴¹

108. Mijns inziens kan niet worden geconcludeerd dat er sprake is van een inbreuk op de beginselen van autonomie van het Unierecht en wederzijds vertrouwen of op de artikelen 267 en 344 VWEU.

b) Verenigbaarheid van het BIT met het Unierecht ten tijde van de sluiting ervan

109. Het Koninkrijk Spanje, daarin ondersteund door de Commissie, betoogt dat het BIT van meet af aan in strijd is geweest met het Unierecht omdat het op basis daarvan ingestelde scheidsgerecht het democratische besluitvormingsproces in de verdragssluitende staten dreigt te ondermijnen door een Roemeense wet haar beoogde economische effect te ontnemen, en afbreuk dreigt te doen aan de doeltreffende toepassing van de wettelijke regeling inzake staatssteun in Zweden en Roemenië, en dat het BIT daarom de werking van de instellingen van de Unie overeenkomstig haar constitutioneel kader belemmert.

110. Ik twijfel in het algemeen aan de bewijskracht van een dergelijk argument in het licht van de context waarin BIT's tussen de lidstaten en Roemenië werden gesloten, aangezien de Unie de lidstaten hiertoe aanmoedigde via de overeenkomst van 1995. Een dergelijke oplossing zou er bovendien op neerkomen dat met terugwerkende kracht wordt erkend dat een BIT tussen een lidstaat en een derde staat onverenigbaar is met het Unierecht en dat, meer in het algemeen, zonder nader onderzoek en op abstracte wijze de verenigbaarheid van alle BIT's tussen een lidstaat en een derde staat met het Unierecht in twijfel wordt getrokken.

111. Wat meer bepaald de betrokken arbitrageprocedure betreft, deze leidt er mijns inziens in geen geval toe dat de staatssteunregels hun doeltreffendheid verliezen en heeft dus evenmin tot gevolg dat een Roemeense wet haar beoogde economische effect wordt ontnomen. Om de redenen die ik in het kader van het onderzoek van de principale hogere voorziening zal uiteenzetten, ben ik namelijk van oordeel dat de staatssteunregels in casu van toepassing zijn.

112. In die omstandigheden kan het BIT niet worden geacht vanaf het moment waarop het is gesloten onverenigbaar te zijn met het Unierecht.

3. Conclusie inzake de incidentele hogere voorziening

113. Uit het voorgaande volgt dat het eerste middel van de incidentele hogere voorziening moet worden afgewezen. Aangezien het tweede middel van de incidentele hogere voorziening slechts kan worden aanvaard indien het eerste middel wordt aanvaard, ben ik van mening dat de incidentele hogere voorziening in haar geheel moet worden afgewezen.

⁴¹ Ik merk bovendien op dat een dergelijke oplossing als voordeel heeft dat zij een zekere samenhang vertoont met de manier waarop scheidsrechters hun bevoegdheid *ratione temporis* in de praktijk opvatten. Zie in dit verband Matringe, J., „La compétence ratione temporis et l'applicabilité du traité dans le temps”, in Leben, C. (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, L.G.D.J., 2010, blz. 78 en 79.

B. Principale hogere voorziening

114. De Commissie, daarin ondersteund door het Koninkrijk Spanje, voert ter onderbouwing van haar hogere voorziening drie middelen aan. Zij betoogt dat het Gerecht ten eerste blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en een onjuiste juridische kwalificatie heeft gegeven van de feiten, voor zover het tot de slotsom is gekomen dat de Commissie niet bevoegd was om het bestreden besluit vast te stellen, dat het ten tweede blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door tot de slotsom te komen dat het Unierecht niet van toepassing was op de toegekende schadevergoeding, en dat het ten derde blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de door het scheidsgerecht toegekende schadevergoeding in het bestreden besluit ten onrechte als een voordeel is gekwalificeerd.

115. Ik begin mijn analyse met een onderzoek van de eerste twee middelen van de hogere voorziening, die ertoe strekken het moment te bepalen waarop de staatssteun moet worden geacht door de lidstaat te zijn toegekend, teneinde vast te stellen of het staatssteunrecht op dat tijdstip van toepassing was, en of de Commissie bevoegd was om het litigieuze besluit vast te stellen.

1. Eerste twee middelen van de hogere voorziening: vaststelling van het moment waarop de steun is toegekend

116. Het Gerecht heeft er in de punten 66 en volgende van het bestreden arrest aan herinnerd dat het Unierecht pas vanaf de datum van de toetreding van Roemenië tot de Unie in die lidstaat van toepassing is geworden en dat de Commissie dus pas op die datum bevoegd is geworden om het optreden van Roemenië op grond van artikel 108 VWEU te onderzoeken. Het heeft daaruit terecht afgeleid dat moet worden vastgesteld op welke datum de vermeende steun is toegekend om te bepalen of de Commissie bevoegd was om het litigieuze besluit vast te stellen.

117. Volgens het Gerecht is „het recht van verzoekers [in eerste aanleg] op verkrijging van de betrokken schadevergoeding [...] ontstaan en zijn rechtsgevolgen [...] beginnen te sorteren op het moment waarop Roemenië OGU 24 heeft opgeheven, dat wil zeggen vóór de toetreding van Roemenië tot de Unie, en [...] dateert het tijdstip waarop dit recht aan verzoekers is toegekend [dus] van vóór de toetreding”.⁴²

118. De Commissie betoogt dat European Food e.a. en V. Micula e.a. pas recht op de toegekende schadevergoeding hebben gekregen op het moment waarop de uitspraak op grond van het nationale recht in een executoriale titel is omgezet, aangezien het recht op verkrijging van de schadevergoeding voordien onzeker was. Volgens haar bestaat de maatregel waarbij de vermeende steun wordt toegekend dus niet in de opheffing van de OGU-regeling door Roemenië, maar in de uitvoering van de uitspraak door deze lidstaat. Aangezien die maatregel is vastgesteld na de toetreding van Roemenië tot de Unie, was het Unierecht van toepassing en was de Commissie bevoegd om hem te toetsen aan de artikelen 107 en 108 VWEU. Hieruit volgt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de maatregel vóór die toetreding was vastgesteld en dat de Commissie niet bevoegd was.

119. In dit verband wil ik er kort op wijzen dat, anders dan European Food e.a. en V. Micula e.a. betogen, de vraag op welk moment de steun is toegekend wel degelijk een voor hogere voorziening vatbare rechtsvraag is, voor zover het erom gaat te bepalen of een schadevergoeding die bij

⁴² Punt 78 van het bestreden arrest.

scheidsrechterlijke uitspraak is toegekend wegens de afschaffing van een fiscale stimuleringsregeling door de staat moet worden geacht te zijn toegekend op het moment van die afschaffing, dat wil zeggen vóór de toetreding, dan wel veeleer op het tijdstip waarop de schadevergoeding daadwerkelijk ter uitvoering van de uitspraak is betaald, dat wil zeggen na de toetreding.

120. Voorts kan de redenering van European Food e.a. en V. Micula e.a. dat de Commissie het litigieuze besluit tracht te wijzigen door te stellen dat de betrokken steun niet voortvloeit uit de betaling van de schadevergoeding, maar uit de vaststelling van de scheidsrechtelijke beslissing, niet worden gevolgd, aangezien de middelen die de Commissie in haar hogere voorziening aanvoert, uit het bestreden arrest zelf voortvloeien en ertoe strekken de gegrondheid daarvan te betwisten.⁴³

121. Zoals het Gerecht in herinnering heeft gebracht, heeft het Hof in het arrest Magdeburger Mühlenwerke⁴⁴ vastgesteld dat „de steun moet worden geacht te zijn toegekend op het tijdstip waarop de begunstigde krachtens de toepasselijke nationale regeling een wettelijke aanspraak op de steun verwerft”.

122. Zoals European Food e.a. en V. Micula e.a. betogen, lijkt een dergelijke formulering erop te wijzen dat het moment waarop steun wordt toegekend niet noodzakelijkerwijs samenvalt met het moment waarop de steun daadwerkelijk wordt betaald.

123. Hoewel dat dikwijls wel het geval is, kan steun – anders dan de Commissie betoogt – ook worden geacht te zijn toegekend ook al is hij niet daadwerkelijk betaald.⁴⁵ Evenzo is met betrekking tot steun die in het kader van een steunregeling wordt betaald, geoordeeld dat deze kan worden geacht pas te zijn toegekend wanneer hij daadwerkelijk ten uitvoer is gelegd, zelfs indien de steunregeling voordien reeds bestond.⁴⁶

124. Met andere woorden, de daadwerkelijke betaling van de steun is volgens mij niet het criterium om te bepalen op welk moment de steun moet worden geacht te zijn toegekend. Het enkele feit dat de betrokken schadevergoeding na de toetreding is betaald, volstaat dus niet om vast te stellen dat zij op dat moment ook daadwerkelijk is toegekend zodat het Unierecht van toepassing is en de Commissie bevoegd is.

125. Mijns inziens volgt duidelijk uit het in het arrest Magdeburger Mühlenwerke⁴⁷ neergelegde beginsel dat het bepalende criterium om het tijdstip vast te stellen waarop vermeende steun is toegekend het moment is waarop de begunstigde van de betrokken maatregel een vaste aanspraak op de steun verwerft en de staat zich er dienovereenkomstig toe verbindt de steun te verlenen. Dit lijkt logisch, gelet op het doel van het staatssteunrecht, dat ziet op overheidsmaatregelen, aangezien de loutere verbintenis van de staat om een begunstigde onderneming te steunen op zich reeds een verstoring van de mededinging op de markt kan impliceren, zelfs voordat de steun daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd.

⁴³ Arrest van 29 november 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commissie [C-176/06 P, EU:C:2007:730, punt 17 (niet gepubliceerd)].

⁴⁴ Arrest van 21 maart 2013 (C-129/12, EU:C:2013:200, punt 40).

⁴⁵ Arrest van 19 december 2019, Arriva Italia e.a. (C-385/18, EU:C:2019:1121, punten 37 en 41).

⁴⁶ Arrest van 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 88), en beschikking van 7 december 2017, Ierland/Commissie (C-369/16 P, niet gepubliceerd, EU:C:2017:955, punt 29).

⁴⁷ Arrest van 21 maart 2013 (C-129/12, EU:C:2013:200).

126. Volgens het Gerecht is het recht van European Food e.a. en V. Micula e.a. op de vermeende steun – te weten de bij de scheidsrechterlijke uitspraak toegekende schadevergoeding – ontstaan op het moment waarop Roemenië de bepalingen van het BIT heeft geschonden. Ik deel deze zienswijze niet.

127. Het is duidelijk dat de door het scheidsgerecht toegekende schadevergoeding, oftewel de vermeende steun, voortvloeit uit deze schending. Zoals het Gerecht in punt 78 van het bestreden arrest heeft verklaard, volgt bovendien uit de logica van het aansprakelijkheidsrecht dat met de scheidsrechterlijke uitspraak en de door Roemenië verrichte betalingen het recht van European Food e.a. en V. Micula e.a. op vergoeding van de door Roemenië veroorzaakte schade wordt erkend en ten uitvoer wordt gelegd. In die zin wordt met de scheidsrechterlijke uitspraak en de tenuitvoerlegging daarvan slechts met terugwerkende kracht het bestaan van een reeds bestaand recht geconstateerd.⁴⁸

128. Dat het recht op schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht ontstaat op de dag dat de schade is geleden, betekent echter nog niet dat het recht op verkrijging van steun in het staatssteunrecht ook op dat moment ontstaat. In de scheidsrechterlijke uitspraak wordt namelijk *met terugwerkende kracht* geconstateerd dat er sprake is van een recht op schadevergoeding, omdat het bestaan van dat recht vóór die uitspraak nog niet zeker was.

129. Tijdens de arbitrageprocedure is gediscussieerd over de vraag of Roemenië de bepalingen van het BIT heeft geschonden en of European Food e.a. en V. Micula e.a. dus schade hebben geleden. Roemenië betwistte het feit zelf dat er schadevergoeding moest worden betaald. Pas na de beslechting van het geschil was Roemenië verplicht de betrokken schadevergoeding te betalen en werd het recht op verkrijging daarvan vanuit het oogpunt van het staatssteunrecht en in de zin van de reeds aangehaalde rechtspraak toegekend aan European Food e.a. en V. Micula e.a. Het is in dit verband niet relevant dat vanuit het oogpunt van het aansprakelijkheidsrecht in de scheidsrechterlijke uitspraak voor het verleden wordt geconstateerd dat er sprake is van een recht op schadevergoeding.

130. Aangezien het staatssteunrecht betrekking heeft op het gedrag van de lidstaten en hun verbintenis om bepaalde maatregelen te nemen, kan niet worden aangenomen dat Roemenië gehouden was European Food e.a. en V. Micula e.a. een schadevergoeding te betalen op het moment waarop die staat juist het bestaan van een dergelijke verplichting betwistte.

131. Een dergelijke uitlegging is zeker in overeenstemming met de rechtspraak inzake steun die bij beslissing van een nationale rechter wordt toegekend, die mijns inziens naar analogie van toepassing is in de omstandigheden van het onderhavige geval. Zo is geoordeeld dat een steunmaatregel voortvloeit uit een beslissing van een nationale rechter wanneer bij deze beslissing het recht van de begunstigde op verkrijging van de steun wordt erkend en het definitieve bedrag ervan wordt vastgesteld.⁴⁹ Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat de beslissing van een kortgedingrechter waarbij deze een steunmaatregel herstelt, na te hebben vastgesteld dat deze in strijd met een overeenkomst is afgeschaft, zelf als een toekenning van nieuwe steun moet worden beschouwd.⁵⁰

⁴⁸ Punt 84 van het bestreden arrest.

⁴⁹ Arrest van 29 november 2018, ARFEA/Commissie (T-720/16, niet gepubliceerd, EU:T:2018:853, punt 185).

⁵⁰ Arrest van 26 oktober 2016, DEI en Commissie/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797, punt 59).

132. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en de feiten juridisch onjuist heeft gekwalificeerd door te oordelen dat de betrokken steun is toegekend op het moment waarop Roemenië het BIT heeft geschonden.

133. Dit geldt te meer daar in casu de door European Food e.a. en V. Micula e.a. geleden schade het gevolg is van het feit dat Roemenië de OGU-regeling heeft afgeschaft om de staatssteunregels na te leven. Anders gezegd, volgens het Gerecht vormt de afschaffing van een steunmaatregel in de zin van de – naar artikel 107 VWEU verwijzende – overeenkomst van 1995, waarvan het bestaan door de Roemeense mededingingsraad is vastgesteld, op zichzelf een steunmaatregel. De Roemeense mededingingsraad – die op het moment van de afschaffing bevoegd was – had volgens die logica dus gelijktijdig met zijn verzoek aan Roemenië om de OGU-regeling af te schaffen, moeten oordelen dat die afschaffing eveneens staatssteun vormde, en deze maatregel opnieuw moeten toetsen aan de staatssteunregels van de overeenkomst van 1995.

134. Zoals de Commissie opmerkt, zou de oplossing van het Gerecht er meer in het algemeen op neerkomen dat wordt erkend dat de toekenning van staatssteun een automatisch gevolg kan zijn van de afschaffing van staatssteun. Hieruit blijkt mijns inziens dat de in het bestreden arrest gekozen oplossing een gebrek aan samenhang vertoont.

135. Ik ben derhalve van mening dat de vermeende steunmaatregel niet is toegekend op het moment waarop het BIT werd geschonden, maar op het moment waarop het recht van European Food e.a. en V. Micula e.a. op schadevergoeding werd erkend en Roemenië bijgevolg verplicht werd die schadevergoeding te betalen, dat wil zeggen na de vaststelling van de scheidsrechterlijke uitspraak, op het ogenblik dat deze door Roemenië werd uitgevoerd. Dit moment dateert van na de toetreding van Roemenië tot de Unie. Hieruit volgt dat het Unierecht wel degelijk op deze maatregel van toepassing was en dat de Commissie krachtens artikel 108 VWEU bevoegd was om de betrokken schadevergoeding te toetsen aan het staatssteunrecht.

136. Ter wille van de samenhang moet ik in dit verband verduidelijken dat de vraag of de Commissie bevoegd is om een maatregel die voortvloeit uit een bij scheidsrechterlijke uitspraak toegekende schadevergoeding te toetsen aan het staatssteunrecht, losstaat van de vraag of de Roemeense rechterlijke instanties bevoegd zijn om het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken in het kader van het geding dat tot de toekenning van een schadevergoeding heeft geleid. Het feit dat die instanties in dit opzicht niet bevoegd zijn, doet derhalve geenszins af aan de bevoegdheid van de Commissie om de na de toetreding toegekende schadevergoeding te toetsen aan het staatssteunrecht. Zoals de Commissie terecht opmerkt, is deze bevoegdheid alleen afhankelijk van de gebeurtenis waardoor de steun ontstaat, die plaatsvindt op het moment waarop het recht op schadevergoeding definitief wordt erkend.

137. Mijns inziens moeten de eerste twee middelen van de hogere voorziening derhalve worden aanvaard.⁵¹

⁵¹ Het betoog van de Commissie in het kader van het tweede middel van de hogere voorziening berust in wezen op de premisse dat, ook al moet de maatregel worden geacht vóór de toetreding te zijn vastgesteld, het Unierecht niettemin van toepassing is voor zover de betaling van de schadevergoeding het toekomstige gevolg is van een eerder ontstane situatie. Ik ben van mening dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de steun is toegekend vóór de toetreding, aangezien hij in werkelijkheid is toegekend bij de vaststelling van de scheidsrechterlijke uitspraak en de uitvoering daarvan door Roemenië. Er hoeft niet te worden uitgemaakt of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de betaling van de schadevergoeding niet het toekomstige gevolg was van een eerdere situatie, en dat het Unierecht dus niet van toepassing was.

138. Aangezien op basis van deze analyse kan worden vastgesteld dat de Commissie bevoegd was om de betrokken schadevergoeding te toetsen aan artikel 108 VWEU, dienen het eerste onderdeel van het eerste middel dat in eerste aanleg is aangevoerd in het kader van het beroep tot nietigverklaring in zaak T-704/15 en het eerste onderdeel van het tweede middel in de zaken T-624/15 en T-694/15 te worden afgewezen.

2. Derde middel van de hogere voorziening: het bestaan van een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU

139. Met het derde middel voert de Commissie aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het begrip „voordeel” onjuist uit te leggen en door niet alle argumenten te beantwoorden die in het bestreden besluit zijn aangevoerd om aan te tonen dat er sprake was van een dergelijk voordeel.

140. Het Gerecht heeft in punt 103 van het bestreden arrest opgemerkt dat de vergoeding van geleden schade volgens de uit het arrest *Asteris e.a.*⁵² voortvloeiende rechtspraak niet als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU kan worden aangemerkt, tenzij deze vergoeding een compensatie inhoudt voor de intrekking van onrechtmatige of met het Unierecht onverenigbare steun.⁵³ Volgens het Gerecht is dit in casu niet het geval.

141. Ten eerste heeft het Gerecht in de punten 104 en 105 van het bestreden arrest geoordeeld dat de schadevergoeding niet kan worden aangemerkt als vergoeding voor de intrekking van onwettige of onverenigbare steun, aangezien uit het eerste middel tot nietigverklaring blijkt dat het Unierecht niet van toepassing was op de betrokken schadevergoeding en dat de Commissie niet bevoegd was om deze te onderzoeken.

142. Ten tweede heeft het Gerecht in de punten 106 tot en met 108 van het bestreden arrest gepreciseerd dat de betrokken schadevergoeding betrekking had op een periode voorafgaand aan de toetreding, waarin het Unierecht niet van toepassing was, zodat verzoekers zich voor die periode konden beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest *Asteris e.a.*⁵⁴. De Commissie heeft in het litigieuze besluit echter geen onderscheid gemaakt tussen de periode vóór en de periode na de toetreding. Hieruit volgt dat het litigieuze besluit onrechtmatig is voor zover de toekenning van schadevergoeding daarin – althans voor de periode vóór de toetreding – als „voordeel” is aangemerkt.

143. Ik wijs in dit verband op een zekere tegenstrijdigheid in de overwegingen van het bestreden arrest met betrekking tot de vraag of de Commissie terecht heeft vastgesteld dat er sprake was van een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU voor *European Food e.a.* en *V. Micula e.a.* Het Gerecht heeft namelijk enerzijds vastgesteld dat er geen sprake was van een voordeel omdat het Unierecht niet van toepassing was op de betrokken schadevergoeding, maar anderzijds erkend dat dit recht feitelijk wel van toepassing was voor zover de schadevergoeding betrekking had op de intrekking van de OGU-regeling voor de periode na de toetreding. Het is mij dan ook niet volledig duidelijk waarop de redenering van het Gerecht op basis waarvan het dit middel heeft aanvaard, berust.

⁵² Arrest van 27 september 1988 (106/87–120/87, EU:C:1988:457).

⁵³ Arrest van 27 september 1988, *Asteris e.a.* (106/87–120/87, EU:C:1988:457, punten 23 en 24). Zie tevens de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de gevoegde zaken *Atzeni e.a.* (C-346/03 en C-529/03, EU:C:2005:256, punt 198).

⁵⁴ Arrest van 27 september 1988 (106/87-120/87, EU:C:1988:457).

144. Voorts geven beide overwegingen mijns inziens blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

145. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de redenering van het Gerecht volledig gebaseerd is op een onjuiste premisse, voor zover het heeft geoordeeld dat de Commissie niet op goede gronden kon concluderen dat er sprake was van een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU omdat zij niet bevoegd was om de vergoeding te toetsen aan het staatssteunrecht. Zoals ik in het kader van het onderzoek van de eerste twee middelen van de hogere voorziening heb aangetoond, was het Unierecht van toepassing en was de Commissie bevoegd, aangezien de betrokken schadevergoeding na de toetreding van Roemenië tot de Unie is toegekend.

146. Het Gerecht kon dus niet zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting louter op die grond oordelen dat de betrokken schadevergoeding niet kon worden aangemerkt als vergoeding voor de intrekking van onrechtmatige of met het Unierecht onverenigbare steun.

147. Wat in de tweede plaats het argument betreft dat de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest *Asteris e.a.*⁵⁵ van toepassing is op het gedeelte van de schadevergoeding dat betrekking heeft op de periode voorafgaand aan de toetreding, komt het mij voor dat een dergelijk gegeven relevant is voor het onderzoek naar het bestaan van een voordeel. Ik vat de redenering van het Gerecht aldus op dat de betrokken schadevergoeding niet kon worden aangemerkt als de herinvoering van een onrechtmatige steunmaatregel, aangezien vóór de toetreding nog geen sprake kon zijn van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU omdat het Unierecht nog niet van toepassing was.

148. Het is weliswaar duidelijk dat voor de vaststelling van het moment waarop de maatregel is genomen, alleen het moment waarop het recht op verkrijging van schadevergoeding is toegekend van belang is, maar bij de kwalificatie van de maatregel als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU kan de bijzondere aard van deze maatregel – het betreft een schadevergoeding die Roemenië na een scheidsrechterlijke uitspraak heeft betaald – van invloed zijn, met name wat betreft de toepassing van de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest *Asteris e.a.*⁵⁶.

149. Zoals de Commissie betoogt, hangt de toepassing van deze rechtspraak in de omstandigheden van de onderhavige zaak echter niet alleen af van de vraag of de schadevergoeding leidt tot de herinvoering van een maatregel die voorafgaand aan de toetreding al dan niet als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU kon worden aangemerkt. In het litigieuze besluit heeft de Commissie namelijk uitgesloten dat deze rechtspraak buiten de algemene nationale regels van burgerlijke aansprakelijkheid van de lidstaten om⁵⁷ kan worden toegepast op een arbitrageprocedure, en heeft zij zich tevens gebaseerd op het feit dat de Roemeense mededingingsraad de in het kader van de OGU-regeling toegekende stimulansen op grond van de overeenkomst van 1995 als „steun” had aangemerkt.⁵⁸

150. Los van de vraag of deze twee overwegingen gegrond zijn, wijs ik erop dat het Gerecht slechts de wettigheid heeft beoordeeld van één van de redenen die de Commissie ertoe hebben gebracht de uit het arrest *Asteris e.a.*⁵⁹ voortvloeiende rechtspraak terzijde te schuiven, om vervolgens te concluderen dat die rechtspraak eigenlijk wel van toepassing was.

⁵⁵ Arrest van 27 september 1988 (106/87–120/87, EU:C:1988:457).

⁵⁶ Arrest van 27 september 1988 (106/87–120/87, EU:C:1988:457).

⁵⁷ Overwegingen 101 en 102 van het litigieuze besluit.

⁵⁸ Overwegingen 105-107 van het litigieuze besluit.

⁵⁹ Arrest van 27 september 1988 (106/87–120/87, EU:C:1988:457).

151. Volgens mij kon het Gerecht aldus niet zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting tot de slotsom komen dat het besluit van de Commissie om de schadevergoeding als „voordeel” te kwalificeren onrechtmatig was, zonder tegelijkertijd na te gaan of de Commissie de toepassing van de uit het arrest Asteris e.a.⁶⁰ voortvloeiende rechtspraak ten onrechte had uitgesloten op basis van de grondslag voor de toekenning van de schadevergoeding en van het feit dat de Roemeense mededingingsraad de OGU-regeling krachtens de overeenkomst van 1995 had aangemerkt als „staatssteun”.

152. Uit al het voorgaande volgt dat het derde middel van de hogere voorziening mijns inziens moet worden aanvaard.

153. Gelet op een en ander ben ik van mening dat het bestreden arrest moet worden vernietigd, dat het eerste onderdeel van het eerste middel in zaak T-704/15 en het eerste onderdeel van het tweede middel in de zaken T-624/15 en T-694/15 moeten worden afgewezen en dat de gevoegde zaken T-624/15, T-694/15 en T-704/15 moeten worden terugverwezen naar het Gerecht voor een uitspraak over de overige middelen.

VII. Conclusie

154. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

- de incidentele hogere voorziening af te wijzen,
- het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 18 juni 2019, European Food SA e.a./Commissie (T-624/15, T-694/15 en T-704/15, EU:T:2019:423), te vernietigen,
- het eerste onderdeel van het tweede middel in de zaken T-624/15 en T-694/15 en het eerste onderdeel van het eerste middel in zaak T-704/15 af te wijzen,
- de gevoegde zaken T-624/15, T-694/15 en T-704/15 terug te verwijzen naar het Gerecht voor een uitspraak over de overige middelen.

⁶⁰ Arrest van 27 september 1988 (106/87–120/87, EU:C:1988:457).