



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALDVOKAT
NICHOLAS EMILIOU
föredraget den 9 november 2023¹

Mål C-516/22

**Europeiska kommissionen
mot**

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland

”Fördragsbrott – Tredskodom – Avtalet om Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands utträde ur Europeiska unionen och Europeiska atomenergigemenskapen – Övergångsperioden – EU-domstolens behörighet – Dom av Supreme Court of the United Kingdom (Högsta domstolen, Förenade kungariket) – Verkställighet av en skiljedom – Artikel 4.3 FEU – Skyldigheten till lojalt samarbete – Vilandeförklaring – Artikel 351 första stycket FEUF – Avtal som ingåtts mellan medlemsstater och tredjeländer före tidpunkten för deras anslutning till Europeiska unionen – Multilaterala avtal – Artikel 267 FEUF – Underlåtelse att begära förhandsavgörande – Nationell domstol som dömer i sista instans – Artikel 108.3 FEUF – Statligt stöd – Genomförandeförbud”

I. Inledning

1. Mertens de Wilmars – dåvarande domare, men senare den sjätte ordföranden för (vad som i dag är) Europeiska unionens domstol – skrev utanför sin dömande verksamhet i en artikel från 1970, till vilken han var medförfattare, att stater, inom ramen för den klassiska folkrätten, är ansvariga för åtgärder som deras rättsväsende vidtar. Han tillade emellertid att det då gällande EEG-fördraget upprättat ett mycket speciellt förhållande mellan medlemsstaternas och gemenskapens rättsliga myndigheter. Mot denna bakgrund argumenterade Mertens de Wilmars för att ”en nationell domstols beslut som rör tillämpningsområdet för gemenskapsnormer ... eller mer allmänt, en dom som tillämpar gemenskapslagstiftning, aldrig i sig kan anses som en överträdelse som ska tillskrivas en medlemsstat.” Han ansåg att en medlemsstat inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande endast kan hållas ansvarig för de nationella domstolarnas åtgärder för det fall att en domstol i högsta instans systematiskt vägrar att använda sig av möjligheten att begära förhandsavgörande.²

2. Drygt femtio år senare har unionsrätten utvecklats väsentligt. Det är numera klarlagt att det i princip kan slås fast att en medlemsstat har gjort sig skyldig till fördragsbrott enligt artikel 258–260 FEUF oavsett vilket av denna stats organ som genom sitt handlande eller sin

¹ Originalspråk: engelska.

² Mertens de Wilmars och J., Verougstraete, I.M., ”Proceedings Against Member States for Failure to Fulfil their Obligations”, *Common Market Law Review*, vol. 7, nr 4, s. 389 och 390, 1970. Se, för ett liknande resonemang några år senare, förslag till avgörande av generaladvokaten Warner i målet Bouchereau (30/77, EU:C:1977:141, s. 2020).

underlåtenhet har gett upphov till fördragsbrottet, även om det rör sig om en myndighet som enligt grundlagen är självständig.³ Det följer härav att en medlemsstat inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande kan hållas ansvarig för överträdelser av unionsrätten till följd av ett avgörande av en nationell domstol.⁴

3. Det aktuella målet kännetecknas emellertid av att de överträdelser av unionsrätten som Europeiska kommissionen har gjort gällande inte har begåtts av en domstol i en medlemsstat, utan av en domstol som – vid tidpunkten då den meddelade den överklagade domen, till följd av Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands utträde ur Europeiska unionen (nedan kallat Brexit) – hörde till ett tredjeländ: Supreme Court of the United Kingdom (Högsta domstolen, Förenade kungariket).

4. I förevarande mål anser jag – trots Brexit, och trots den särskilda försiktighet som bör iakttas när det ska fastslås att en domstol har gjort sig skyldig till en överträdelse⁵ – att överklagade angripna domen från Supreme Court innebar flera överträdelser av unionsrätten som kan fastslås i förevarande förfarande.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

5. I artikel 351 första stycket FEUF föreskrivs följande:

”De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredjeländer ska inte påverkas av bestämmelserna i fördragen.”⁶

6. Enligt artikel 2 e i avtalet om Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands utträde ur Europeiska unionen och Europeiska atomenergigemenskapen⁷ avser begreppet övergångsperiod den period som anges i artikel 126.

7. Artikel 86.2 i utträdesavtalet har rubriken ”Pågående mål vid Europeiska unionens domstol” och föreskriver följande:

”Europeiska unionens domstol ska fortsätta att vara behörig att meddela förhandsavgöranden på begäran av domstolar i Förenade kungariket som framställts före övergångsperiodens utgång.”

³ Se den nyligen avkunnade domen av den 28 januari 2020, kommissionen/Italien (Bekämpande av sena betalningar vid handelstransaktioner) (C-122/18, EU:C:2020:41, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

⁴ Se särskilt dom av den 12 november 2009, kommissionen/Spanien (C-154/08, EU:C:2009:695), och dom av den 4 oktober 2018, kommissionen/Frankrike (Förskottsskatt) (C-416/17, EU:C:2018:811). Se även yttrande 1/09 (Avtal om inrättande av ett enhetligt system för patenntvister) av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkt 87).

⁵ Detta är ett påpekande som domstolen gjort vid flera tillfällen och som jag helt instämmer med. Se till exempel dom av den 9 december 2003, kommissionen/Italien (C-129/00, EU:C:2003:656, punkt 32), och dom av den 7 juni 2007, kommissionen/Grekland (C-156/04, EU:C:2007:316, punkt 52).

⁶ Dessa internationella avtal kallas nedan tidigare avtal.

⁷ Nedan kallat utträdesavtalet (EUT L 29, 2020, s. 7).

8. Artikel 87.1 i utträdesavtalet har rubriken ”Nya mål vid domstolen” och föreskriver följande:

”Om Europeiska kommissionen anser att Förenade kungariket har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördragen eller enligt fjärde delen i detta avtal före övergångsperiodens utgång, får Europeiska kommissionen inom fyra år från övergångsperiodens utgång föra ärendet vidare till Europeiska unionens domstol i enlighet med kraven i artikel 258 i EUF-fördraget... Europeiska unionens domstol ska ha behörighet i sådana mål.”

9. Artikel 126 i utträdesavtalet har rubriken ”Övergångsperiod” och har följande lydelse:

”En övergångsperiod eller genomförandeperiod ska börja löpa den dag då detta avtal träder i kraft och upphöra den 31 december 2020.”

10. Artikel 127 i utträdesavtalet har rubriken ”Övergångens omfattning” och har följande lydelse:

”1. Om inte annat föreskrivs i detta avtal ska unionsrätten vara tillämplig på och i Förenade kungariket under övergångsperioden.

...

3. Under övergångsperioden ska den unionsrätt som är tillämplig enligt punkt 1 ha samma rättsverkningar med avseende på och i Förenade kungariket som inom unionen och dess medlemsstater, och den ska tolkas och tillämpas enligt samma metoder och allmänna principer som de som är tillämpliga inom unionen.

...

6. Om inte annat föreskrivs i detta avtal ska under övergångsperioden alla hänvisningar till medlemsstaterna i den unionsrätt som är tillämplig enligt punkt 1, inbegripet såsom denna är genomförd och tillämpas av medlemsstaterna, förstås så, att de inbegriper Förenade kungariket.

...”

B. Internationell rätt

11. Det bilaterala investeringsavtalet mellan Sverige och Rumänien om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar (nedan kallat investeringsavtalet), som ingicks den 29 maj 2002, trädde i kraft den 1 juli 2003. I artikel 2.3 i investeringsavtalet föreskrivs följande:

”Vardera avtalsparten skall säkerställa att investeringar som gjorts av investerare från den andra avtalsparten alltid får en skälig och rättvis behandling och skall inte hindra förvaltning, underhåll, utnyttjande, åtnjutande eller avyttring därav och inte heller förvärv av varor och tjänster eller försäljning av produktionen genom oskäligen eller diskriminerande åtgärder.”

12. I artikel 7 i investeringsavtalet föreskrivs att tvister mellan investerare och avtalsparter ska regleras genom skiljedom under överinseende av Internationella centralorganet för biläggande av investeringstvister (ICSID) (nedan kallad skiljedoms klausulen).

13. Artiklarna 53 och 54 återfinns i avdelning 6 ("Erkännande och verkställighet av skiljedom") i kapitel IV ("Skiljedom") i konventionen om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat, som ingicks i Washington den 18 mars 1965 (nedan kallad ICSID-konventionen). Artikel 53.1 har följande lydelse:

"Skiljedomens är bindande för parterna och får icke bli föremål för överklagande eller annat rättsmedel vid sidan av dem som bestämts i denna konvention. Part skall åttlyda och uppfylla föreskrifterna i skiljedomens i den utsträckning verkställigheten ej uppskjutits enligt bestämmelser i denna konvention. ..."

14. Artikel 54.1 föreskriver följande:

"Avtalsslutande stat skall erkänna skiljedom, som meddelats i enlighet med denna konvention, som bindande och inom sitt område verkställa penningförpliktelser, som ålagts i skiljedomens, som om den vore en laga kraft ägande dom, meddelad av en domstol i den staten. ..."

III. Bakgrund och det administrativa förfarandet

15. Bakgrunden till tvisten, såsom denna framgår av handlingarna i målet, kan sammanfattas som följer.

A. Skiljedomens, kommissionens beslut och förfarandet vid EU-domstolen

16. Den 26 augusti 2004 upphävde Rumänien, med verkan från den 22 februari 2005, en regional stödordning i form av olika skatteincitament som hade inrättats år 1998. Den 28 juli 2005 begärde de svenska investerarna Ioan och Viorel Micula samt tre bolag som de kontrollerade med hemvist i Rumänien (nedan kallade investerarna), vilka hade gynnats av skatteincitamentordningen innan den upphävdes, att en skiljedomstol skulle inrättas med stöd av artikel 7 i investeringsavtalet, i syfte att erhålla ersättning för den skada som uppkommit till följd av att den aktuella skatteincitamentordningen hade upphävts.

17. Skiljedomstolen fann i skiljedom av den 11 december 2013 (nedan kallad skiljedomens) att Rumänien, genom att upphäva den aktuella skatteincitamentordningen före den 1 april 2009, hade åsidosatt investerarnas berättigade förväntningar, inte hade agerat på ett öppet sätt genom att inte underrätta dem i rätt tid och inte hade säkerställt en rättvis och skälig behandling av de investeringar som de gjort, i den mening som avses i artikel 2.3 i investeringsavtalet. Skiljedomstolen förpliktade därför Rumänien att betala skadestånd till skiljedomssökandena om 791 882 452 rumänska lei (RON) (cirka 160 miljoner euro med dagens växelkurs).

18. Den 26 maj 2014 antog kommissionen beslut C(2014) 3192 final, genom vilket Rumänien förelades att avbryta alla åtgärder som skulle kunna leda till att skiljedomens verkställdes eller genomfördes, eftersom detta skulle utgöra kunna olagligt statligt stöd, till dess att kommissionen fattat ett slutligt beslut om det statliga stödets förenlighet med den inre marknaden (nedan kallat beslut om avbruten utbetalning).

19. Den 1 oktober 2014 underrättade kommissionen Rumänien om sitt beslut att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 108.2 FEUF med avseende på det påstådda stödet (nedan kallat beslut om ett formellt granskningsförfarande).

20. Därefter, den 30 mars 2015, antog kommissionen beslut (EU) 2015/1470 om statligt stöd SA.38517 (2014/C) (f.d. 2014/NN) som Rumänien har genomfört–Skiljedomen Micula mot Rumänien av den 11 december 2013 (nedan kallat 2015 års slutliga beslut). I beslutet föreskrivs i huvudsak 1) att utbetalningen av den ersättning som investerare tilldömts genom skiljedomen utgör statligt stöd som är oförenligt med den inre marknaden i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF, och 2) att Rumänien inte får betala ut sådant oförenligt statligt stöd och ska återkräva sådant oförenligt stöd som redan har betalats ut till investerarna.

21. Investerarna ifrågasatte giltigheten av 2015 års slutliga beslut vid tribunalen som ogiltigförklarade nämnda beslut genom domen av den 18 juni 2019 i målet *European Food m.fl./kommissionen*.⁸ I huvudsak godtog tribunalen investerarnas grunder som avser 1) att kommissionen saknar behörighet och att unionsrätten inte är tillämplig under förhållanden som föregår Rumäniens anslutning, och 2) att skiljedomen felaktigt kvalificerats som en fördel och som stöd i den mening som avses i artikel 107 FEUF.

22. Den 27 augusti 2019 överklagade kommissionen tribunalens dom till EU-domstolen. EU-domstolen upphävde tribunalens dom genom sin dom av den 25 januari 2022.⁹ I huvudsak fann EU-domstolen, för det första, att det påstådda statliga stödet beviljades efter Rumäniens anslutning till unionen, och att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen saknade befogenhet att anta 2015 års slutliga beslut av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*). Vidare fann EU-domstolen att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att domen *Achmea*¹⁰ inte var relevant i det aktuella målet. Mot denna bakgrund drog EU-domstolen slutsatsen att Rumäniens samtycke till systemet med skiljeförfarande enligt investeringsavtalet inte längre var giltigt från och med tidpunkten för den medlemsstats anslutning till unionen. Då tribunalen inte prövat samtliga grunder som åberopats av investerarna i sin dom återförvisade EU-domstolen målet till tribunalen för nytt avgörande. Detta mål pågår för närvarande vid tribunalen.

23. Slutligen fastslog EU-domstolen i sitt beslut av den 21 september 2022 i målet *Romatsa m.fl.*, vilket meddelades som svar på en begäran om förhandsavgörande från en belgisk domstol i ett mål som rörde investerarna i förevarande mål, att artikel 267 FEUF och artikel 344 FEUF ska tolkas på så sätt att en domstol i en medlemsstat vid vilken talan om verkställighet av skiljedomen väckts är ”skyldig att fastställa att skiljedomen är ogiltig och får således inte under några omständigheter fullfölja verkställigheten av denna i syfte att låta mottagarna få det skadestånd som utdömts utbetalt”.¹¹

B. Förfarandet vid domstolarna i Förenade kungariket

24. Den 17 oktober 2014 registrerades skiljedomen vid High Court of England and Wales (Överdomstolen i England och Wales, Förenade kungariket) i enlighet med bestämmelserna i Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966 (1966 års lag om skiljedom vid internationella investeringstvister), vilken genomför ICSID-konventionen i Förenade kungariket.

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

⁹ Domen i målet *kommissionen/European Food m.fl.* (C-638/19 P, EU:C:2022:50).

¹⁰ Dom av den 6 mars 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158). Tribunalen fann i detta mål att en skiljedomsklausul i ett bilateralt investeringsavtal mellan Konungariket Nederländerna och Republiken Slovakien var oförenligt med unionsrätten.

¹¹ C-333/19, EU:C:2022:749.

25. Den 20 januari 2017 avslag High Court of England and Wales (Överdomstolen i England och Wales, Förenade kungariket) (domare Blair) Rumäniens begäran att ansökan om registrering skulle avslås, men biföll Rumäniens ansökan om uppskjutande av verkställigheten fram till dess att förfarandet vid EU-domstolen avslutats.¹² Därefter fann Court of Appeal (Appellationsdomstolen, Förenade kungariket) (sammansatt av domarna Arden, Hamblen och Leggatt), den 27 juli 2018, att domstolarna i Förenade kungariket, på grundval av principen om lojalt samarbete som slås fast i artikel 4.3 FEU, är förhindrade att besluta om omedelbar verkställighet av skiljedomen när det finns ett kommissionsbeslut som förbjuder Rumänien från att betala skadeståndet som utdömts. Mot denna bakgrund ogillade den investerarnas överklagande av det beslut om uppskjutande av verkställighet som meddelats av High Court (Överdomstolen, Förenade kungariket), men förordnade att Rumänien ska ställa säkerhet för beloppet.¹³

26. Genom domen av den 19 februari 2020 i målet Micula/Rumänien (nedan kallad den överklagade domen) förordnade Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att skiljedomen ska verkställas. Denna domstol fann med stöd av artikel 351 första stycket FEUF att verkställigheten av nämnda skiljedom reglerades av ett multilateralt avtal, ICSID-konventionen. Förenade kungariket blev part i ICSID-konventionen före dess anslutning till Europeiska unionen, och i denna konvention fastställs skyldigheter för Förenade kungariket som tredjeländer som är avtalsslutande stater kan begära fullgörelse av.

C. Det administrativa förfarandet

27. Den 3 december 2020 skickade kommissionen en formell underrättelse till Förenade kungariket som kritiserades för åsidosättande av unionsrätten på fyra punkter till följd av den överklagade domen. I svaret på den formella underrättelsen, vilket daterats den 1 april 2021, bestred Förenade kungariket samtliga anklagelser.

28. Eftersom kommissionen inte fann de argument som framfördes i svaret på den formella underrättelsen övertygande, skickade kommissionen den 17 juli 2021 ett motiverat yttrande till Förenade kungariket. Den 23 augusti 2021 begärde Förenade kungariket en förlängning av fristen för att besvara det motiverade yttrandet, vilket kommissionen beviljade. Förenade kungariket svarade inte på det motiverade yttrandet.

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

29. I sin ansökan av den 29 juli 2022 har kommissionen yrkat att domstolen ska

- fastställa att Förenade kungariket, såtillvida det förordnat om verkställighet av skiljedomen i ICSID-mål nr ARB/05/20, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt
- artikel 4.3 FEU, jämförd med artikel 127.1 i avtalet om utträdesavtalet, genom att ha meddelat ett avgörande om tolkningen av artikel 351 första stycket FEUF och dess

¹² [2017] EWHC 31 (komm).

¹³ [2018] EWCA 1801.

tillämpning vid verkställandet av skiljedomen, trots att denna fråga redan avgjorts genom befintliga kommissionsbeslut och ska prövas av unionsdomstolarna,

- artikel 351 första stycket FEUF, jämförd med artikel 127.1 i utträdesavtalet, genom att felaktigt ha tolkat och tillämpat begreppen ”rättigheter ... för ett eller flera tredjeländer” och ”påverkas av ... fördragen”,
- artikel 267 FEUF första stycket a och b samt tredje stycket, jämförd med artikel 127.1 i utträdesavtalet, genom att ha underlåtit att hänskjuta en fråga om giltigheten av kommissionens beslut om avbruten utbetalning och av kommissionens beslut om ett formellt granskningsförfarande, och genom att – i egenskap av domstol i sista instans – ha underlåtit att hänskjuta en fråga om tolkningen av unionsrätten som inte är *acte claire* eller *acte éclairé*,
- artikel 108.3 FEUF, jämförd med artikel 127.1 i utträdesavtalet, genom att ha ålagt Rumänien att åsidosätta sina unionsrättsliga förpliktelser enligt 2014 års beslut om avbruten betalning och enligt 2014 års beslut om ett formellt granskningsförfarande,
- förplikta Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland att ersätta rättegångskostnaderna.

30. Regeringen i Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (nedan kallad den brittiska regeringen), som rätteligen instämts, har inte inkommit med något svaromål inom den fastställda fristen. EU-domstolens kansli kontaktade den brittiska regeringen för att bekräfta att den delgivits kommissionens stämningsansökan. Den brittiska regeringen angav att den tagit emot ansökan, men att den inte avsåg att delta i förfarandet ”i detta skede”.

31. Den 31 oktober 2022 yrkade kommissionen att domstolen ska meddela tredskodom enligt artikel 152 i domstolens rättegångsregler (nedan kallade rättegångsreglerna).

32. Efter en fråga från EU-domstolens kansli underrättade kommissionen domstolen om att den inte skulle motsätta sig att en ny tidsfrist fastställs för svaranden att inkomma med svaromål. Genom en skrivelse av den 20 april 2023 bekräftade den brittiska regeringen emellertid att den inte avsåg att gå i svaromål i förevarande mål, trots den nya tidsfristen som domstolen beviljat.

V. Rättslig bedömning

33. I förevarande mål har kommissionen gjort gällande att det skett överträdelser av unionsrätten på fyra separat punkter till följd av den överklagade domen. Innan jag prövar dessa påståenden (avsnitt C) ska jag kort redogöra för vissa processuella aspekter som är relevanta för det aktuella förfarandet, nämligen domstolens behörighet enligt artikel 258 FEUF i enlighet med utträdesavtalet (avsnitt A) och vissa särdrag i förfarandet som domstolen tillämpar för att meddela tredskodom (avsnitt B).

A. Inledande anmärkningar, första delen: domstolens behörighet enligt artikel 258 FEUF i enlighet med utträdesavtalet

34. Förenade kungariket utträdde ur Europeiska unionen och Europeiska atomenergigemenskapen den 31 januari 2020. Utträdesavtalet trädde i kraft den 1 februari 2020.

35. I artikel 2 e och artikel 126 i utträdesavtalet fastställdes en övergångsperiod som inleddes den dag då utträdesavtalet trädde i kraft och löpte ut den 31 december 2020. I artikel 127 föreskrevs att unionsrätten ska vara tillämplig på och i Förenade kungariket under övergångsperioden om inte annat föreskrivs i övergångsavtalet.

36. Avtalet innehöll även vissa särskilda bestämmelser om kontroll av statligt stöd och tillhörande administrativa förfaranden vid kommissionen,¹⁴ samt om rättsliga förfaranden vid unionsdomstolarna.¹⁵ Ingen av dessa bestämmelser i avtalet föreskrev emellertid något undantag från principen i artikel 127 i avtalet i fråga om de unionsbestämmelser (såväl materiella som processuella) som är relevanta i förevarande mål.

37. I synnerhet föreskrev artikel 87.1 i utträdesavtalet att "[o]m Europeiska kommissionen anser att Förenade kungariket har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördragen ... före övergångsperiodens utgång, får Europeiska kommissionen inom fyra år från övergångsperiodens utgång föra ärendet vidare till Europeiska unionens domstol i enlighet med kraven i artikel 258 [FEUF] ... Europeiska unionens domstol ska ha behörighet i sådana mål".

38. Två slutsatser kan dras från ovannämnda bestämmelser. För det första var Förenade kungariket bundet av de unionsrättsliga bestämmelser som kommissionen har åberopat i förevarande mål vid tidpunkten då de påstådda överträdelserna ägde rum. För det andra är domstolen behörig att pröva förevarande mål, eftersom 1) den överklagade domen meddelades under övergångsperioden (den 19 februari 2020), och 2) kommissionens talan enligt artikel 258 FEUF väcktes inom fyra år efter övergångsperiodens utgång (den 29 juli 2022).

B. Inledande anmärkningar, andra delen: tredskodom

39. I förevarande mål har Förenade kungariket inte inkommit med svaromål och kommissionen har därför yrkat att domstolen ska meddela tredskodom.

40. Enligt artikel 152.3 i rättegångsreglerna ska domstolen i ett sådant fall pröva "huruvida talan kan tas upp till prövning, huruvida formkraven har uppfyllts samt huruvida sökandens yrkanden framstår som välgrundade".

41. I förevarande mål tycks formkraven ha blivit uppfyllda. Såsom anges i punkterna 30–32 ovan har den brittiska regeringen bekräftat för EU-domstolens kansli att den hade mottagit ansökan. Jag kan inte heller se något i ansökan som tyder på att det förkommit något förfarandefel som kan påverka huruvida talan kan tas upp till sakprövning. Kommissionens ansökan uppfyller de krav på klarhet och precision som anges i artikel 120 i rättegångsreglerna och de anmärkningar som kommissionen anfört i ansökan tycks också motsvara de som redan framförts i den formella underrättelsen och i det motiverade yttrandet.

42. Jag vill framhålla två kortfattade och sammanhängande överväganden när det gäller bedömningen av om talan är välgrundad i ett mål i vilket tredskodom ska meddelas.

¹⁴ Se särskilt artiklarna 92–95 i utträdesavtalet.

¹⁵ Se särskilt artiklarna 86–91 i utträdesavtalet.

43. För det första bör det klargöras vilka beviskrav som domstolen ska tillämpa när den bedömer sökandens yrkanden. I detta hänseende erinrar jag ännu en gång om lydelsen av artikel 152.3 i rättegångsreglerna, enligt vilken domstolen i mål där sökanden yrkat att tredskodom ska meddelas ska pröva huruvida ”sökandens yrkanden *framstår* som välgrundade”.¹⁶

44. Jag anser att det å ena sidan framgår av denna bestämmelse att den omständigheten att svaranden underlåter att delta i förfarandet inte med automatik innebär att domstolen godtar sökandens argument. Generaladvokat Mischo har framhållit att det inte ”föreligger ... någon presumtion för att sökandens påståenden är korrekta”.¹⁷ I ett förfarande enligt artiklarna 258–260 FEUF följer det nämligen av domstolens fasta praxis att ”även i den mån som den berörda medlemsstaten inte bestrider det påstådda fördragsbrottet, åligger det under alla omständigheter domstolen att fastställa huruvida det påstådda fördragsbrottet föreligger eller inte”.¹⁸

45. Beviskravet kan inte heller vara detsamma som domstolen tillämpar i samband med ansökningar om interimistiska åtgärder enligt artiklarna 278 och 279 FEUF. Det följer av fast rättspraxis att domstolen i dessa mål endast ska pröva huruvida *fumus boni juris* föreligger, vilket innebär att en begäran ”vid första påseendet *inte framstår som grundlös*”.¹⁹ Enligt min mening är skillnaden mellan ett påstående som ”framstår som välgrundat” och ett påstående som ”inte framstår som grundlöst” inte enbart terminologisk. Det krävs således mer för att rekvisitet enligt artikel 152.3 i rättegångsreglerna ska vara uppfyllt.

46. Å andra sidan tyder verbet ”framstå” på att domstolen i sin prövning ska vara relativt välvilligt inställd i förhållande till sökandens påståenden. Domstolen är inte skyldig att göra en fullständig prövning av de åberopade omständigheterna eller de rättsliga argument som sökanden anfört. Den kan inte heller förväntas utveckla de faktiska och rättsliga argument som svaranden i teorin hade kunnat framföra om denne hade deltagit i förfarandet. Om svaranden låter bli att utöva sin rätt att delta i förfarandet väljer denne även att avstå från möjligheten att, bland annat, lägga fram bevis för att ifrågasätta riktigheten av de faktiska omständigheter som sökanden gjort gällande eller åberopa andra argument till sitt försvar som svaranden själv anser är relevanta samt förebringa egen bevisning till stöd för dessa argument.

47. Det är uppenbart att domstolen vid sin bedömning av sökandens påståenden kan anse att förhållanden som är allmänt kända eller grundas på allmän erfarenhet,²⁰ är notoriska samt att principen *iura novit curia* fortfarande är fullt giltig.²¹ I övrigt ska domstolen dock grunda sina slutsatser på uppgifterna som ingår i akten i målet.

¹⁶ Min kursivering.

¹⁷ Förslag till avgörande i målet Portugal/kommissionen (C-365/99, EU:C:2001:184, punkt 16).

¹⁸ Se, bland annat, dom av den 28 mars 2019, kommissionen/Irland (System för hopsamling och rening av avloppsvatten) (C-427/17, EU:C:2019:269, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

¹⁹ Se, bland annat, beslut av den 8 april 2020, kommissionen/Polen (C-791/19 R, EU:C:2020:277, punkt 52 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

²⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 mars 2014, kommissionen/Polen (C-639/11, EU:C:2014:173, punkt 57), och dom av den 20 mars 2014, kommissionen/Litauen (C-61/12, EU:C:2014:172, punkt 62).

²¹ Vad gäller denna princip, se exempelvis domen av den 20 januari 2021, kommissionen/Printeos (C-301/19 P, EU:C:2021:39, punkt 54).

48. Jag anser att sökanden i ett tredskodomsförfarande har bevisbördan för att dennes påståenden är ”välgrundade vid första påseendet”. Om de argument som åberopats till stöd för dessa påståenden, utan någon fördjupad analys, framstår som rimliga i rättsligt och faktiskt hänseende och, i förekommande fall, stöds av tillräcklig bevisning, ska domstolen döma till sökandens fördel utan att göra någon vidare prövning.²²

49. Detta balanserade synsätt beträffande de beviskrav som domstolen ska tillämpa i fall som omfattas av artikel 152.3 i rättegångsreglerna förefaller vara det som bäst stämmer överens med lydelsen av nämnda bestämmelse och med logiken bakom tredskodomsförfarandet. Tredskodomen är ett rättsinstitut som existerar i någon form i de flesta rättsordningar. Såvitt jag känner till är sådana förfaranden vanligtvis summariska till sin karaktär och måste i normalfallet genomföras för att döma till sökandens fördel, om än inte okritiskt eller automatiskt.²³

50. Om domstolen skulle genomföra en normal, heltäckande bedömning av sökandens påståenden, både i faktiskt och rättsligt hänseende, skulle svarandens möjlighet att ansöka om återvinning av tredskodom²⁴ i princip förlora sitt syfte.

51. Detta för mig vidare till nästa punkt.

52. Även om det inte är min sak att ta ställning till om det är förståndigt av en part att välja att inte delta i förfarandet, bör det dock påpekas att domstolens uppgift kan försvåras av ett sådant val.²⁵ Det finns ett gammalt engelskt talesätt som säger att ”det finns två sidor av varje berättelse”.²⁶ Om så är fallet, är det olyckligt att en av de två sidorna av berättelsen i vissa fall inte kommer till uttryck inför domstolen, i vart fall inte innan ett andra förfarande *eventuellt* genomförs. Möjligheten att ansöka om återvinning av tredskodomen kan ge tillfälle att åtgärda vissa fel som uppstått i domstolens första dom, men den leder också till att förfaranden upprepas, vilket i sin tur medför att en situation med rättslig osäkerhet förlängs och till att domstolens (och möjligen även parternas) resurser används på ett ineffektivt sätt.

53. Efter att ha behandlat de ovannämnda processuella frågorna ska jag nu pröva de fyra grunder som kommissionen gjort gällande. Trots att grunderna hänger samman kommer jag att bedöma var och en av dem separat och hänvisa till sådant som redan har besvarats tidigare i detta förslag till avgörande.

²² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 september 1989, kommissionen/Grekland (68/88, EU:C:1989:339, punkt 9), och dom av den 1 oktober 1998, kommissionen/Italien (C-285/96, EU:C:1998:453, punkt 13).

²³ För en komparativ och historisk bakgrund beträffande sådana förfaranden: se till exempel Guyomar, G., *Le défaut des parties à un différend devant les juridictions internationales*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, och U.S. Supreme Court, 30 mars 1885, *Thomson and others v. Wooster*, 114 U.S. 104 (1885).

²⁴ Artikel 41 i domstolens stadga och artikel 156.1 i rättegångsreglerna.

²⁵ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Mischo i Portugal/kommissionen (C-365/99, EU:C:2001:184, punkt 17).

²⁶ Talesättet sägs ha kommit från fabeln ”Mulåsnan” av den antika grekiska författaren Aisopos (620–564 f.Kr.).

C. Den första grunden: överträdelse av artikel 4.3 FEU

1. Sökandens argument

54. Inom ramen för den första grunden har kommissionen gjort gällande att Förenade kungariket åsidosatte principen om lojalt samarbete genom att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) inte vilandeförklarade målet som pågick vid den domstolen i avvaktan på EU-domstolens dom beträffande överklagandet i målet European Food.

55. Kommissionen anser att skyldigheten till lojalt samarbete som fastslås i artikel 4.3 FEU innebär att när en sak som redan är föremål för en granskning av kommissionen eller ett mål vid unionsdomstolarna anhängiggörs vid en nationell domstol, så ska denna domstol förklara förfarandet vilande, bortsett från om det knappast finns någon risk för att den domstolen ska fatta ett avgörande med annat innehåll än det i kommissionens beslut eller unionsdomstolarnas avgörande.

56. Kommissionen anser att den talan om erkännande och verkställighet som investerarna väckte i Förenade kungariket innebar att ett mål anhängiggjordes vid Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) i vilket det för att avgöra målet krävdes en tolkning av samma unionsrättsliga bestämmelser vilka tillämpades på samma faktiska omständigheter, avseende vilka kommissionen redan fattat ett beslut och vilka var föremål för ett pågående förfarande vid unionsdomstolarna.

57. Trots att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) var medveten om sin skyldighet till lojalt samarbete beslutade den att meddela ett slutligt avgörande i målet, vilket gav upphov till en risk för att denna dom skulle vara oförenlig med de beslut som kommissionen och/eller unionsdomstolarna skulle komma att meddela i samma sak.

2. Bedömning

a) Principen om lojalt samarbete och kontrollen av statligt stöd

58. I artikel 4.3 FEU fastslås en av de allmänna principerna i unionsrätten som utgör ryggraden i den rättsordning som upprättats genom EU-fördragen, nämligen principen om lojalt samarbete. I huvudsak innebär denna princip att en skyldighet till lojalt samarbete föreligger för såväl unionsinstitutionerna som samtliga nationella myndigheter, inbegripet medlemsstaternas rättsliga myndigheter, när de handlar inom ramen för sin behörighet.²⁷

59. Det följer i synnerhet av artikel 4.3 FEU att medlemsstaterna å ena sidan ”ska vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter” och å andra sidan ”ska hjälpa unionen att fullgöra sina uppgifter, och de ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål”.

²⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 oktober 2002, Roquette Frères (C-94/00, EU:C:2002:603, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

60. Ett av huvudsyftena med Europeiska unionen är – vilket jag knappast behöver påpeka – att upprätta en inre marknad:²⁸ ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs,²⁹ och där konkurrensen mellan företag inte snedvrids,³⁰ varken till följd av ensidigt agerande eller samordnade förfaranden av företag³¹ eller av stödåtgärder från de nationella myndigheternas sida.³²

61. När det gäller statligt stöd införde artikel 108 FEUF ett system för förhands- och efterhandskontroll, i vilket kommissionen har en central roll. Kommissionen ska bland annat ”fortlöpande granska” alla stödprogram och på förhand ”yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder” innan de genomförs. Dessutom faller bedömningen av om stödåtgärder är förenliga med den gemensamma marknaden inom området för den exklusiva behörighet som kommissionen tilldelats, vars beslut kan prövas av EU-domstolen.³³

62. Det ska dock påpekas att även de nationella domstolarna spelar en viktig roll på detta område. Det följer av fast praxis att tillämpningen av unionens regler om statligt stöd grundas på en skyldighet till lojalt samarbete mellan de nationella domstolarna å ena sidan och kommissionen respektive unionsdomstolarna å andra sidan. Var och en agerar därvid utifrån den funktion den tilldelats enligt fördraget.³⁴ Det ankommer särskilt på de nationella domstolarna att skydda parter som påverkats av snedvridning av konkurrensen som orsakats av statligt stöd.³⁵ Däremot ska de nationella domstolarna avstå från att anta beslut som är oförenliga med ett kommissionsbeslut, även om det rör sig om ett preliminärt beslut.³⁶

63. Mot denna bakgrund – till följd av att kommissionens, unionsdomstolarnas och de nationella domstolarnas respektive behörigheter överlappar – kan det ibland uppstå en risk för motstridiga tolkningar och tillämpningar av reglerna om statligt stöd i ett enskilt fall. Så kan i synnerhet vara fallet när vissa nationella åtgärders förenlighet med unionens regler om statligt stöd är föremål för olika administrativa och/eller rättsliga förfaranden som pågår samtidigt på unionsnivå och på nationell nivå.

64. Mot denna bakgrund har domstolen slagit fast att det, när avgörandet av ett mål vid den nationella domstolen är beroende av huruvida kommissionens beslut är giltigt, följer av skyldigheten till lojalt samarbete att den nationella domstolen, för att förhindra att träffa ett avgörande som står i strid med kommissionens beslut, bör förklara målet vilande till dess unionsdomstolen definitivt avgjort talan om ogiltigförklaring. Den nationella domstolen kan dock välja att inte förklara målet vilande om den anser att det med anledning av omständigheterna i målet inte är motiverat att begära ett förhandsavgörande av domstolen beträffande giltigheten av kommissionens beslut, eller det knappast finns en risk att motstridiga administrativa och/eller rättsliga beslut fattas.³⁷

²⁸ Artikel 3.3 första stycket FEU.

²⁹ Artikel 26.2 FEUF.

³⁰ Protokoll (nr 27) om den inre marknaden och konkurrens.

³¹ Artiklarna 101–106 FEUF.

³² Artiklarna 107–109 FEUF.

³³ Se, bland annat, dom av den 18 juli 2007, *Lucchini* (C-119/05, EU:C:2007:434, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

³⁴ Se, bland annat, dom av den 21 november 2013, *Deutsche Lufthansa* (C-284/12, EU:C:2013:755, punkt 41). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 23 januari 2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* (C-387/17, EU:C:2019:51, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

³⁵ Se dom av den 21 november 2013, *Deutsche Lufthansa* (C-284/12, EU:C:2013:755, punkterna 28–31 och där angiven rättspraxis).

³⁶ Ovannämnda dom, punkt 41.

³⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 juli 2018, *Georgsmarienhütte m.fl.* (C-135/16, EU:C:2018:582, punkt 24) och, analogt, dom av den 14 december 2000, *Masterfoods och HB* (C-344/98, EU:C:2000:689, punkt 57).

65. Jag anser att principerna som framgår av denna rättspraxis (nedan kallad rättspraxis från Masterfoods-fallet) är tillämpliga i sin helhet i förevarande mål.

b) Principen om lojalt samarbete i den överklagade domen

66. Såsom Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) påpekade i punkt 2 i den överklagade domen var talan som väckts inför den ”det senaste kapitlet i [investerarnas] omfattande försök *i ett stort antal olika jurisdiktioner* att få skiljedomen mot Rumänien verkställd och Europeiska kommissionens ... försök att förhindra verkställigheten på grund av att det skulle åsidosätta unionens regler om förbud mot olagligt statligt stöd”.³⁸

67. Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) konstaterade att verkställighetsförfaranden pågick i flera andra medlemsstater: Frankrike, Belgien, Luxemburg och Sverige. Därutöver hade den behöriga nationella domstolen i en av dessa stater (Belgien) redan hänskjutit tre frågor till EU-domstolen rörande verkställigheten av skiljedomen och principen om lojalt samarbete.³⁹ Dessutom, och desto viktigare, pågick målet vid Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) samtidigt som målet vid unionsdomstolarna i vilket investerarna hade väckt talan om ogiltigförklaring av 2015 års slutliga beslut (nedan kallat målet European Food).⁴⁰

68. Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) var medveten om de potentiella följderna av detta invecklade nät av rättstvister och konstaterade i punkt 56 i den överklagade domen att den, under omständigheterna i målet 1) ”tog hänsyn till risken för motstridiga beslut avseende en och samma tvist mellan samma parter”, 2) att den inte kunde dra slutsatsen att ”det knappast [fanns] en risk för att dessa beslut är oförenliga”, 3) om de olika besluten faktiskt hade varit motstridiga skulle följderna av det ha varit ett ”avsevärt hinder för unionsrättens verkan” och 4) att omständigheten att ett mål om överklagande pågick vid EU-domstolen i princip var ”tillräckligt för att skyldigheten till lojalt samarbete skulle aktualiseras”.

69. Trots detta valde Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att pröva investerarnas överklagande i sak med stöd av artikel 351 första stycket FEUF. Inledningsvis erinrade den om EU-domstolens praxis beträffande denna bestämmelse,⁴¹ och övergick därefter till en allmän diskussion om räckvidden av de skyldigheter som följer av tidigare avtal enligt denna bestämmelse.⁴² Därefter riktade Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) uppmärksamheten mot frågan huruvida artikel 351 FEUF var tillämplig på Förenade kungarikets skyldigheter enligt ICSID-konventionen⁴³ innan den slutligen prövade huruvida dess tolkning av bestämmelserna i fördraget kunde ge upphov till en risk för oförenliga beslut i det aktuella målet, vilket skulle innebära att den behöver förklara det nationella förfarandet vilande i avvaktan på utgången av förfarandet vid unionsdomstolarna.⁴⁴

³⁸ Min kursivering.

³⁹ Punkt 25 i den överklagade domen. Domstolens avgörande i det målet återfinns i beslut av den 21 september 2022, Romatsa m.fl. (C-333/19, EU:C:2022:749).

⁴⁰ Se ovan punkterna 21 och 22 i detta förslag till avgörande.

⁴¹ Punkt 97 i den överklagade domen.

⁴² Punkterna 98–100 i den överklagade domen.

⁴³ Punkterna 101–108 i den överklagade domen.

⁴⁴ Punkterna 109–117 i den överklagade domen.

70. Det är den sista delen i Supreme Courts resonemang som kommissionen kritiserat inom ramen för den första grunden för förevarande talan. I de sista avsnitten av den överklagade domen drog Supreme Court – trots de tidigare konstaterandena om den allmänna tillämpligheten av principen om lojalt samarbete – slutsatsen att det ändå inte var nödvändigt att förklara förfarandet vilande och motiverade detta med tre skäl.

71. För det första fann Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att det följer av unionsrätten att unionsdomstolarna inte har exklusiv behörighet att avgöra frågor som rör förekomsten och räckvidden av skyldigheter som härrör från tidigare avtal i den mening som avses i artikel 351 första stycket FEUF. Vidare fann Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att sådana frågor inte regleras av unionsrätten och att EU-domstolen inte är bättre lämpad att besvara dem än en nationell domstol.

72. För det andra fann Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att den invändning som investerarna framställt vid den domstolen med stöd av artikel 351 FEUF inte överensstämde helt med den som tagits upp inför unionsdomstolarna. I målet *European Food* gjorde investerarna bland annat gällande att artikel 351 FEUF innebär att Rumäniens tidigare internationella förpliktelser som följer av investeringsavtalet och artikel 53 i ICSID-konventionen ska ges företräde. Under förfarandet i Förenade kungariket var den relevanta rättsfrågan däremot Förenade kungarikets skyldighet att genomföra ICSID-konventionen och att erkänna och verkställa skiljedomen enligt artiklarna 54 och 69 i samma konvention.⁴⁵ Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) konstaterade att sistnämnda fråga var specifik för tvisten i Förenade kungariket och att den följaktligen inte hade tagits upp inför unionsdomstolarna.

73. För det tredje konstaterade Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) även att det endast fanns små utsikter för att unionsdomstolarna skulle ta upp frågan huruvida artikel 351 första stycket FEUF är tillämplig på skyldigheter enligt ICSID-konventionen som uppstått före anslutningen i samband med det pågående målet i Förenade kungariket. I tribunalens dom i målet *European Food* behandlades inte tolkningen av artikel 351 FEUF, med följderna att målet om överklagande inför EU-domstolen (som pågick vid det tillfället) begränsades till prövningen av andra frågor. Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) ansåg vidare att det framstod som osannolikt att unionsdomstolarna skulle behandla den specifika fråga som tagits upp i det nationella målet även om den överklagade domen skulle ogiltigförklaras och ärendet återförvisas till tribunalen för förnyad prövning och nytt avgörande. Under dessa omständigheter fann Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att det inte var nödvändigt att förklara förfarandet vilande.

c) Vilandeförklaring av förfarandet

74. Jag anser att kommissionens invändningar som rör prövningen av principen om lojalt samarbete i den överklagade domen framstår som välgrundade. Jag anser att de argument som Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) anfört till stöd för beslutet att inte förklara förfarandet vilande, trots att den själv konstaterade att principen om lojalt samarbete var fortsatt tillämplig, inte kan godtas.

⁴⁵ När det gäller artiklarna 53 och 54 i ICSID-konventionen, se ovan punkterna 13 och 14 i detta förslag till avgörande. Artikel 69 i konventionen föreskriver endast att "Avtalsslutande stat skall vidtaga sådana lagstiftningsåtgärder, som kunna vara nödvändiga för att konventionens bestämmelser skola gälla inom dess område."

1) Rättspraxis från *Masterfoods-fallet*

75. Inledningsvis ska det konstateras att det faktum att "unionsdomstolarna inte har exklusiv behörighet" att avgöra frågor som rör förekomsten och räckvidden av skyldigheter enligt tidigare avtal i den mening som avses i artikel 351 första stycket FEUF, eller att EU-domstolen "inte är bättre lämpad att besvara dem än en nationell domstol" saknar betydelse för tillämpningen av principen om lojalt samarbete.

76. Rättspraxisen från *Masterfoods-fallet* grundas inte på tanken att unionsdomstolarna har exklusiv behörighet att tolka vissa unionsrättsliga bestämmelser. Det förhåller sig precis tvärtom, då denna rättspraxis grundas på premissen att båda dessa domstolar, förutom i vissa undantagsfall, är behöriga och lämpade att behandla de frågor om tolkningen och tillämpningen av unionslagstiftning som kan uppkomma i tvister som anhängiggjorts vid dem, vilket även innefattar konkurrensfrågor. Det följer nämligen av artikel 19 FEU att de nationella domstolarna ska vara allmänt behöriga unionsdomstolar för enskilda som söker skydd av de rättigheter som de tillerkänns enligt unionsrätten.⁴⁶

77. Rättspraxisen från *Masterfoods-fallet* har två syften. Å ena sidan syftar den till att säkerställa den verkställande makt som tilldelas kommissionen i konkurrensärenden (*in casu* i fråga om att fastställa förekomsten av ett påstått stöd och dess förenlighet med unionslagstiftningen) genom att undvika motstridiga beslut (av administrativ och/eller rättslig karaktär) som rör rättsliga frågor som för tillfället prövas av kommissionen, eller som har prövats av kommissionen och för närvarande genomgår en lagenlighetsprövning vid unionsdomstolarna. Å andra sidan syftar den även till att garantera unionsdomstolarnas exklusiva behörighet att pröva lagenligheten av unionsinstitutionernas rättsakter, genom att undvika att situationer uppstår där en nationell domstol meddelar ett avgörande som i praktiken innebär att en sådan rättsakt är ogiltig.

78. Mot denna bakgrund anser jag att förevarande mål under alla omständigheter är den typ av mål på vilket rättspraxisen från *Masterfoods-fallet* är tillämpligt.⁴⁷

79. I stora drag avsåg målen vid unionsdomstolarna och vid de nationella domstolarna i Förenade kungariket samma sak (investerarnas rätt att få till stånd verkställighet av skiljedomen inom Europeiska unionen), de rörde tolkningen av samma bestämmelser och samma allmänna unionsrättsliga principer (i synnerhet artikel 351 FEUF, artiklarna 107 och 108 FEUF samt principen om lojalt samarbete) och påverkade giltigheten och/eller den ändamålsenliga verkan av tre beslut om statligt stöd som antagits av kommissionen.⁴⁸

80. Det framgår även av den överklagade domen att det stod fullkomligt klart för Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att både det administrativa förfarandet vid kommissionen beträffande påstått statligt stöd och målet om ogiltigförklaring inför unionsdomstolarna i princip skulle förlora sitt syfte om den gav "grönt ljus" till verkställigheten av skiljedomen i Förenade kungariket.⁴⁹

⁴⁶ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Léger i målet Köbler (C-224/01, EU:C:2003:207, punkt 66).

⁴⁷ Såvitt framgår konstaterade även High Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) och Court of Appeal (Appellationsdomstolen, Förenade kungariket) samma sak i detta hänseende.

⁴⁸ Se särskilt punkt 56 i den överklagade domen.

⁴⁹ Se punkterna 2, 51, 52, 56 och 116 i den överklagade domen.

81. Om det förhåller sig så, saknar det helt betydelse huruvida investerarna möjligen tagit upp viss en rättslig fråga inför domstolarna i Förenade kungariket avseende vilken unionsdomstolarna hade exklusiv behörighet, eller var bäst lämpade att avgöra, för tillämpningen av rättspraxisen från Masterfoods-fallet.

82. Risken för oförenliga avgöranden i de två situationerna skulle vara densamma, och de potentiella negativa effekterna för det korrekta fullgörandet av de uppgifter som fördragens upphovsmän gett kommissionen och unionsdomstolarna skulle uppstå i båda fallen. Å ena sidan gjorde den överklagade domen det möjligt för investerarna att verkställa skiljedomen, vilket innebar att de kringgick den ”blockerande verkan” av inte bara 2015 års slutliga beslut, men även av beslutet om ett formellt granskningsförfarande och beslutet om avbruten utbetalning. Å andra sidan tolkade och tillämpade Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) artikel 351 första stycket FEUF på ett annat sätt än vad kommissionen gjort i 2015 års slutliga beslut.⁵⁰ Den överklagade domen innebar i praktiken en fastställelse av att detta beslut var rättsstridigt till följd av att kommissionen hade underlåtit att rätta sig efter en bestämmelse i unionens primärrätt. Förfarandet för lagenlighetsprövning av detta beslut pågick emellertid fortfarande vid unionsdomstolarna.

2) Tolkningen av tidigare avtal och av artikel 351 FEUF

83. För det andra kan det mycket väl vara så, att fastställelsen och räckvidden av en medlemsstats skyldigheter enligt ett visst tidigare avtal i den mening som avses i artikel 351 första stycket FEUF inte är en fråga som regleras av unionsrätten. Det ankommer i princip inte på EU-domstolen att tolka internationella avtal som Europeiska unionen inte är part i.

84. När det däremot gäller att bestämma innebörden och räckvidden av artikel 351 första stycket FEUF – det vill säga i synnerhet de villkor som ska vara uppfyllda för att det enligt nämnda bestämmelse ska vara tillåtet att en unionsrättslig bestämmelse förlorar sin verkan till följd av ett tidigare avtal – är det helt uppenbart en fråga som rör tolkningen av unionsrätten.

85. Denna fråga togs också upp specifikt inför Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket)⁵¹ och måste i logiskt hänseende föregå en undersökning av vilka följder ett internationellt avtal har i förhållande till en medlemsstat. Det står klart att en domstol inte kan fastslå vad en viss bestämmelse i ett tidigare avtal föreskriver om den inte dessförinnan har fastslagit att detta avtal (och/eller vissa bestämmelser i det) omfattas av tillämpningsområdet för artikel 351 första stycket FEUF.

86. Räckvidden av artikel 351 första stycket FEUF var nämligen någonting som Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) var tvungen att gå noggrant in på innan den inledde bedömningen av rättsföljderna av de bestämmelser i ICSID-konventionen som investerarna åberopat. I punkt 98 i den överklagade domen fann Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) helt riktigt att det i detta syfte var nödvändigt att fastställa huruvida det aktuella internationella avtalet medför förpliktelser för den berörda medlemsstaten av sådant slag att de tredjeländer som är parter i avtalet fortfarande kan kräva deras fullgörande. I punkterna 98–100 gick den därefter vidare till att tolka uttrycket ”förpliktelser ... av sådant slag att de tredjeländer som är parter i avtalet i fråga fortfarande kan kräva deras fullgörande”.

⁵⁰ Se särskilt punkterna 44 och 126–129 i 2015 års slutliga beslut. Kommissionen ansåg att artikel 351 första stycket FEUF inte var tillämplig i beslutet att inleda förfarandet.

⁵¹ Se särskilt punkt 100 i den överklagade domen.

87. Detta begrepp – vars exakta betydelse var en tvistefråga mellan parterna – återfinns i EU-domstolens rättspraxis rörande artikel 351 första stycket FEUF⁵² som hänvisar till ”rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts ... mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredjeländer”.

88. I detta sammanhang ska det påpekas att artikel 351 första stycket FEUF inte innehåller någon hänvisning vare sig till medlemsstaternas lagstiftning eller till internationell rätt. Det innebär att begreppen i nämnda bestämmelse ska anses vara självständiga unionsrättsliga begrepp som ska tolkas enhetligt inom unionen. De ska tolkas inte bara med beaktande av bestämmelsens lydelse, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som de ingår i.⁵³ Det är dock uppenbart att fördragens upphovsmän inte avsåg att därigenom bortse från relevanta folkrättsliga principer i detta hänseende.⁵⁴ Det innebär endast att de villkor under vilka och de gränser inom vilka medlemsstaterna (enligt unionsfördragen) får låta bli att tillämpa unionslagstiftning i syfte att uppfylla sina skyldigheter enligt tidigare avtal ska fastställas enligt unionsrätten.⁵⁵

89. I detta hänseende ska det erinras om att artikel 351 FEUF, utöver de villkor som uttryckligen anges i första stycket, även föreskriver en uttrycklig skyldighet att undanröja det som är oförenligt med fördragen för framtiden i andra stycket, och att det tredje stycket i bestämmelsen förbjuder medlemsstaterna att bevilja tredjeländer förmånlig behandling. Dessutom härrör vissa begränsningar av räckvidden av nämnda bestämmelse från de särskilda egenskaperna hos unionens rättsordning. Som domstolen uttalade i domen i målet Kadi kan artikel 351 FEUF ”inte i något fall innebära att det är möjligt att ifrågasätta principer som är en del av grundvalarna för [unionens] rättsordning, bland vilka ingår skyddet för de grundläggande rättigheterna. Skyddet för de grundläggande rättigheterna inbegriper [EU-]domstolens legalitetskontroll av [unions]rättsakternas förenlighet med dessa rättigheter.”⁵⁶

90. I det aktuella målet var den centrala frågan som Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) skulle avgöra, enkelt uttryckt, under vilka villkor som artikel 351 första stycket FEUF var tillämplig när 1) det tidigare avtalet var ett multilateralt avtal, och 2) tvisten rörde rent interna förhållanden i Europeiska unionen, eftersom den inte avsåg ett tredjeland eller en tredjelandsmedborgare.

91. Mot denna bakgrund tolkade (och tillämpade) Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) genom den överklagade domen inte endast ett tidigare avtal, utan även en unionsrättslig bestämmelse. Den omständigheten att dessa två kategorier av bestämmelser i det nu aktuella målet är direkt sammankopplade vad beträffar tolkningen av dem kan inte påverka EU-domstolens behörighet i fråga om de aspekter av målet som är relaterade till unionen.

⁵² I förbigående skulle jag vilja tillägga att ingen motsvarande formulering återfinns i de mest relevanta internationella rättskällorna såsom Wienkonventionen om traktaträtten (nedan kallad Wienkonventionen) och Förenta nationernas folkrättskommissions utkast till bestämmelser om staters ansvar för folkrättsstridiga handlingar (nedan kallat ARSIWA).

⁵³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 juni 2021, Venezuela/rådet (Berört tredjeland) (C-872/19 P, EU:C:2021:507, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

⁵⁴ Se nedan punkt 114 i detta förslag till avgörande.

⁵⁵ Jag är alltså inte helt enig med generaladvokat Mischo som i sitt förslag till avgörande i målet kommissionen/Portugal (C-62/98 och C-84/98, EU:C:1999:509, punkt 56) ansåg att artikel 351 första stycket FEUF ”endast innehåller en upplysning”.

⁵⁶ Dom av den 3 september 2008, Kadi och Al Barakaat International Foundation/rådet och kommissionen (C-402/05 P och C-415/05 P, EU:C:2008:461, punkt 304). Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Poiares Maduro i samma mål (EU:C:2008:11, punkterna 30 och 31). Se även mer allmänt domen av den 2 september 2021, Republiken Moldavien (C-741/19, EU:C:2021:655, punkt 42).

92. Om det är nödvändigt för att avgöra en tvist som omfattas av dess prövningsrätt måste EU-domstolen kunna göra en indirekt tolkning av bestämmelser i internationella avtal, även om dessa avtal inte är en del av unionens rättsordning. Det förklarar också varför EU-domstolen i mål om direkt talan inte tvekat att utföra denna uppgift, i den mån som det krävdes för att avgöra målet.⁵⁷

93. Däremot behöver EU-domstolen i normalfallet inte tolka det berörda internationella avtalet i förfaranden för förhandsavgörande, eftersom det ankommer på de nationella domstolarna i den berörda medlemsstaten att göra det.⁵⁸ Trots detta kan domstolens indirekta behörighet att tolka ett internationellt avtal i vilket Europeiska unionen inte är part även aktualiseras i samband med ett förhandsavgörande.⁵⁹ Så är fallet när EU-domstolen behöver ta hänsyn till det rättsliga sammanhang i vilket en viss unionsbestämmelse ingår i för att kunna lämna ett användbart svar beträffande tolkningen av unionsrätten till en nationell domstol.

94. När det exempelvis – såsom i det aktuella målet – uppstår en fråga som avser huruvida ett visst avtal eller en viss bestämmelse i ett avtal kan omfattas av artikel 351 första stycket FEUF kan det inte på allvar hävdas att EU-domstolen endast får ge en abstrakt och allmänt hållen tolkning av unionsbestämmelsen utan att ta hänsyn till den särskilda karaktären hos avtalet eller bestämmelsen i fråga.⁶⁰

95. Dessutom fanns det ett ytterligare skäl för EU-domstolen att i förevarande mål ta hänsyn till – om än bara indirekt – bestämmelserna i ICSID-konventionen som åberopats av investerarna: tolkningen av dessa bestämmelser skulle haft en direkt inverkan på giltigheten och/eller verkan av tre kommissionsbeslut.⁶¹

3) Skillnader i de rättsliga frågor som tagits upp i förfarandena i Förenade kungariket och i EU

96. För det tredje är Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) uppfattning att den invändning som investerarna gjort gällande med stöd av artikel 351 FEUF inför denna domstol inte var exakt densamma som tagits upp inför unionsdomstolarna – återigen – dels av begränsad betydelse och dels i viss mån oriktig.

97. Till att börja med har jag svårt att se varför det skulle spela någon roll huruvida investerarna åberopat artikel 53 och/eller artikel 54 i ICSID-konventionen inom ramen för de olika förfaranden som inletts vid unionsdomstolarna och vid de nationella domstolarna. Båda bestämmelserna rör

⁵⁷ Se bland annat dom av den 6 april 1995, RTE och ITP/kommissionen (C-241/91 P och C-242/91 P, EU:C:1995:98), och dom av den 15 september 2011, kommissionen/Slovakien (C-264/09, EU:C:2011:580).

⁵⁸ Så var fallet i domarna som Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) hänvisat till: dom av den 2 augusti 1993, Levy (C-158/91, EU:C:1993:332), och dom av den 28 mars 1995, Evans Medical och Macfarlan Smith (C-324/93, EU:C:1995:84).

⁵⁹ Det framgår tydligt av domen av den 18 november 2003, Budějovický Budvar (C-216/01, EU:C:2003:618, punkterna 134 och 143). Se även, analogt, dom av den 27 november 1973, Vandeweghe m.fl. (130/73, EU:C:1973:131, punkterna 2 och 3).

⁶⁰ Denna fråga har tagits upp i doktrinen i Klabbers, J., *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press, 2009, s. 142–148; Manzini, P., "The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law", *European Journal of International Law*, 2001, s. 785–788 och Schermers, H. G., "Annotation of Case 812/79 Attorney General (of Ireland) v Burgoa", *Common Market Law Review*, 1981, s. 229–230.

⁶¹ Se punkt 82 ovan och punkt 193 nedan. Se, mer allmänt i detta hänseende, förslag till avgörande av generaladvokaten Capotorti i målet Burgoa (812/79, EU:C:1980:196, s. 2817), och förslag till avgörande av generaladvokaten Lenz i målet Evans Medical och Macfarlan Smith (C-324/93, EU:C:1994:357, punkt 42).

erkännande och verkställighet av skiljedomar. Dessa bestämmelser riktas i själva verket till olika mottagare och föreskriver olika rättsmedel för verkställighet av skiljedomar i syfte att skapa symmetriska skyldigheter mellan stater och investerare i detta hänseende.⁶²

98. Risken för att skapa ett ”avsevärt hinder för unionsrättens funktion”⁶³ förelåg oberoende av vilken specifik rättslig grund som investerarna åberopade i de olika förfarandena. Den verkligt relevanta omständigheten med avseende på artikel 4.3 FEU och rättspraxis från Masterfoods-fallet är att flera administrativa och rättsliga förfaranden pågick parallellt inom EU som alla avsåg samma skiljedom och syftade till att få verkan av 2015 års slutliga beslut från kommissionen att upphöra (genom att ogiltigförklara det på unionsnivå och kringgå det på nationell nivå).

99. Dessutom är Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) slutsatser när det gäller skillnaderna i fråga om vad investerarna gjort gällande i de olika förfarandena inte helt korrekta. Denna domstol konstaterade själv att investerarna inte endast hade åberopat artikel 53 utan även artikel 54 i ICSID-konventionen i förfarandet inför EU-domstolen.⁶⁴ Detsamma gäller det administrativa förfarandet inför kommissionen: faktum är att 2015 års slutliga beslut hänvisar till båda dessa bestämmelser.⁶⁵

100. Den omständigheten att de frågor som rör förekomsten och räckvidden av Förenade kungarikets skyldigheter enligt ICSID-konventionen inte togs upp inför unionsdomstolarna framstår också som irrelevant i förevarande mål. Då Förenade kungariket inte på något sätt var delaktig i det förfarande om statligt stöd som utmynnade i 2015 års slutliga beslut, är det uppenbart att det inte fanns något skäl att ta upp den medlemsstatens situation särskilt.

101. Trots detta är Förenade kungarikets skyldigheter enligt ICSID-konventionen såvitt jag kan se inte helt olika de som åligger de andra EU-medlemsstaterna, då samtliga förutom Polen är parter i konventionen. Det innefattar inte endast Rumänien (den medlemsstat som beviljade det påstådda stödet) utan även Belgien, Luxemburg och Sverige (där parallella förfaranden i saken pågick samtidigt). Följaktligen hade unionsdomstolarnas slutsatser med avseende på tillämpligheten av ICSID-konventionen mot bakgrund av artikel 351 FEUF i målet som var anhängigt vid dem (eller vid de nationella domstolarna) varit tillämpliga i tillämpliga delar i förfarandet i Förenade kungariket.

102. Det stämmer visserligen att tribunalen inte prövade huruvida artikel 351 första stycket FEUF var tillämplig när den ogiltigförklarade 2015 års slutliga beslut och att denna fråga följaktligen togs upp i målet om överklagande som pågick vid EU-domstolen.

103. Detta innebar emellertid inte – i motsats till vad Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) fann – att ”utsikterna för att unionsdomstolarna skulle ta upp frågan huruvida artikel 351 första stycket FEUF är tillämpligt på skyldigheter enligt ICSID-konventionen som uppstått före anslutningen i samband med det pågående målet [var] små”, eller med andra ord att ”det framstod som en osäker och avlägsen möjlighet att

⁶² Se, med hänvisningar till beslut av relevanta internationella organ, Alexandrov, S. A., ”Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention”, i Binder C., et al (red.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, s. 328.

⁶³ För att låna Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) eget uttryck från punkt 56 i den överklagade domen.

⁶⁴ Se punkt 113 i den överklagade domen.

⁶⁵ Se punkt 45 i 2015 års slutliga beslut.

unionsdomstolarna skulle pröva denna fråga i något skede i framtiden”.⁶⁶ Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) hade själv konstaterat att skyldigheten till lojalt samarbete i princip aktualiserades till följd av att det ”pågår ett mål om överklagande *med verkliga utsikter att lyckas* vid EU-domstolen”.⁶⁷

104. Om kommissionens överklagande vunnit bifall (vilket senare också skedde⁶⁸), hade domstolen antingen kunnat återförvisa målet till tribunalen för förnyad prövning eller själv avgöra målet slutligt. I båda fallen hade det varit nödvändigt att behandla de grunder som investerarna anfört till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring och vilka inte prövats i domen som ogiltigförklarades av EU-domstolen.⁶⁹ En av grunderna rör just påståendet om kommissionens felaktiga tillämpning av artikel 351 första stycket FEUF.⁷⁰

105. Om kommissionen däremot hade förlorat målet om överklagande, hade den behövt återuppta sin utredning av det påstådda statliga stödet och pröva investerarnas argument på nytt, inbegripet de argument som grundas på att artikel 351 första stycket FEUF och – på grundval av denna bestämmelse – även ICSID-konventionen är tillämpliga.⁷¹ Det behöver knappast påpekas att investerarna hade kunnat bestrida ett sådant konstaterande inför unionsdomstolarna.

106. I ett eller annat skede i förfarandena vid domstolarna inom EU hade unionsdomstolarna således uttryckligen behövt pröva investerarnas argument avseende tillämpligheten av artikel 351 första stycket FEUF och ICSID-konventionen. Med andra ord fanns det – med hänsyn till att investerarna uttryckligen anfört argument i denna riktning – inte någon möjlighet att ett kommissionsbeslut som går dem emot hade vunnit laga kraft utan att unionsdomstolarna prövar dessa argument.

107. Slutligen ska det påpekas att om Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) ansåg att omständigheterna i målet inför den – i fråga om den bestämmelse i ICSID-konventionen som åberopats av investerarna och/eller Förenade kungarikets ställning i förhållande till nämnda konvention – gav upphov till frågor som var avgörande för utgången i målet och vilka det var osannolikt att unionsdomstolarna skulle pröva i målet *European Food*, hade den kunnat hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF. Såsom förklarats ovan togs dessa frågor upp i samband med räckvidden av artikel 351 första stycket och omfattades således av EU-domstolens behörighet. I synnerhet tillät artikel 86.2 i utträdesavtalet att en begäran om förhandsavgörande framställs till EU-domstolen under dessa omständigheter.

108. Sammanfattningsvis uttalade sig Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) om tolkningen av unionsrättsliga bestämmelser som redan hade behandlats i ett kommissionsbeslut vars giltighet var föremål för prövning i ett förfarande som pågick vid unionsdomstolarna vid denna tidpunkt. De argument som investerarna framförde i detta hänseende – både vid Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) och unionsdomstolarna – innebar med nödvändighet ett ifrågasättande av det berörda kommissionsbeslutets giltighet. Det fanns en verklig och påtaglig risk för att motstridiga (administrativa och/eller rättsliga) beslut avseende samma sak skulle meddelas. Härav följer att

⁶⁶ Punkterna 114 respektive 117 i den överklagade domen.

⁶⁷ Punkt 56 i den överklagade domen. Min kursivering.

⁶⁸ Se ovan punkt 22 i detta förslag till avgörande.

⁶⁹ Såsom korrekt konstaterades i punkt 114 i den överklagade domen.

⁷⁰ Dom av den 18 juni 2019, *European Food m.fl./kommissionen* (T-624/15, T-694/15 och T-704/15, EU:T:2019:423, punkt 58).

⁷¹ Se, exempelvis, punkterna 64–66 i 2015 års slutliga beslut.

Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket), genom att avstå från att förklara förfarandet vilande i enlighet med rättspraxis från Masterfoods-fallet, åsidosatte sin skyldighet till lojalt samarbete som fastslås i artikel 4.3 FEU. Under dessa omständigheter ska kommissionens talan bifallas såvitt avser den första grunden.

D. Den andra grunden: åsidosättande av artikel 351 första stycket FEUF

1. Parternas argument

109. Genom den andra grunden har kommissionen gjort gällande att den överklagade domen innebar ett åsidosättande av artikel 351 första stycket FEUF till följd av att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) fann att unionsrätten inte var tillämplig på verkställigheten av skiljedomen i Förenade kungariket, då Förenade kungariket var skyldigt att verkställa skiljedomen enligt artikel 54 ICSID-konventionen i förhållande till alla andra stater som är parter i nämnda konvention, inbegripet tredjeländer.

110. Kommissionen har gjort gällande att artikel 351 första stycket FEUF inte var tillämplig i det aktuella målet och att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket), genom att göra en annan bedömning, gjorde en otillåten utvidgning av tillämpningsområdet för denna bestämmelse. Kommissionen anser att denna slutsats vilar på en felaktig tolkning av två begrepp i artikel 351 FEUF, vilka båda är självständiga unionsrättsliga begrepp: ”rättigheter ... för ett eller flera tredjeländer” och ”påverkas av ... fördragen”.

111. För det första anser kommissionen att inga ”rättigheter ... för ett eller flera tredjeländer” påverkades av Förenade kungarikets skyldighet att verkställa skiljedomen enligt artikel 54 ICSID-konventionen, eftersom det aktuella målet endast berörde EU-medlemsstater. För det andra har kommissionen gjort gällande att Förenade kungariket inte hade någon skyldighet enligt ICSID-konventionen som ”påverkas av ... fördragen”, eftersom de relevanta bestämmelserna i nämnda konvention kan tolkas på ett sätt som undviker konflikter med bestämmelserna i unionsfördragen.

2. Bedömning

112. Jag anser att kommissionens överklagande ska ogillas såvitt avser den andra grunden av de skäl som anges nedan.

a) Kan en medlemsstat åsidosätta artikel 351 första stycket FEUF?

113. I svaret på den formella underrättelsen ifrågasatte den brittiska regeringen kommissionens påstående om en överträdelse av artikel 351 första stycket FEUF och hänvisade till lydelsen av nämnda bestämmelse, som inte tycks föreskriva någon skyldighet för medlemsstaterna.

114. Inledningsvis kan det vara lämpligt att erinra om att det genom artikel 351 första stycket FEUF införs en regel som syftar till att reglera eventuella konflikter till följd av en samtidig tillämpning av två uppsättningar föreskrifter:⁷² unionsfördragen å ena sidan och tidigare avtal å

⁷² Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen i målet kommissionen/Slovakien (C-264/09, EU:C:2011:150, punkt 48).

andra sidan. Nämnad bestämmelse återspeglar sedan länge gällande folkrättsliga principer om tillämpningen av successiva traktater och om traktaters verkningar i förhållande till tredjeländer, såsom *pacta sunt servanda* och att traktater varken skapar förpliktelser eller rättigheter för tredje part (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt* och *res inter alios acta*).⁷³ Dessa principer har kodifierats i Wienkonventionen⁷⁴ och EU-domstolen har vid flera tillfällen erkänt deras värde för unionens rättsordning.⁷⁵

115. Artikel 351 första stycket FEUF syftar således till att i överensstämmelse med ovannämnda folkrättsliga principer precisera att unionsfördragets tillämpning inte påverkar medlemsstaternas åtaganden att dels respektera tredjelands rättigheter enligt tidigare avtal, dels fullgöra motsvarande förpliktelser.⁷⁶ Följaktligen får medlemsstaterna under vissa förutsättningar underlåta att tillämpa unionslagstiftning om det är nödvändigt för att fullgöra tidigare avtal.⁷⁷

116. Trots detta fann EU-domstolen att artikel 351 första stycket FEUF skulle ”förfela sitt syfte om den inte medförde en förpliktelse för gemenskapens institutioner att inte hindra medlemsstaterna från att fullgöra sina åtaganden enligt ett tidigare avtal”⁷⁸. Om så är fallet medför bestämmelsen även en skyldighet för EU-institutionerna.

117. Artikel 351 första stycket FEUF skulle visserligen kunna tolkas på så sätt att den, om än underförstått, även föreskriver en skyldighet för medlemsstaterna, vilken kan betraktas som ”spegelbilden” av den som åligger EU-institutionerna: att inte hindra tillämpningen av unionsrätten om villkoren enligt artikel 351 första stycket FEUF inte är uppfyllda. Det vore med andra ord förbjudet för medlemsstaterna att ge bestämmelser i tidigare avtal företräde framför motstridiga unionsbestämmelser i situationer som inte omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse i fördraget. Denna tvåsidiga tolkning av bestämmelsen kan eventuellt motiveras av att artikel 351 FEUF ofta anses vara ett uttryck för principen om lojalt samarbete på detta område:⁷⁹ en princip som, såsom angetts ovan, kräver att både EU-institutionerna och medlemsstaterna agerar lojalt.

118. Jag anser dock att betydelsen av och – om jag får uttrycka mig så – mervärdet av en sådan skyldighet är nästintill noll. Enkelt uttryckt skulle den skyldighet som artikel 351 första stycket FEUF ålägger medlemsstaterna helt enkelt vara att efterleva unionsrätten när undantaget enligt nämnda bestämmelse inte är tillämpligt – det vill säga en truism. Faktum är att det inte vore möjligt att begå en självständig överträdelse av artikel 351 första stycket FEUF: varje sådan överträdelse skulle automatiskt och underförstått följa av en överträdelse av en annan unionsrättslig bestämmelse.

⁷³ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Lagrange i kommissionen/Italien (10/61, ej publicerad, EU:C:1961:26, s. 17).

⁷⁴ Se, i detta avseende, artikel 26, artikel 30.4 b och artiklarna 34–36 i Wienkonventionen.

⁷⁵ Beträffande kopplingen mellan artikel 351 FEUF och artikel 30.4 b i Wienkonventionen, se till exempel domen av den 9 februari 2012, Luksan (C-277/10, EU:C:2012:65, punkt 61 och där angiven rättspraxis).

⁷⁶ Se bland annat dom av den 14 januari 1997, Centro-Com (C-124/95, EU:C:1997:8, punkt 56 och där angiven rättspraxis).

⁷⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 februari 1994, *Minne* (C-13/93, EU:C:1994:39, punkt 17).

⁷⁸ Dom av den 14 oktober 1980, Burgoa (812/79, EU:C:1980:231, punkt 9).

⁷⁹ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i målet kommissionen/Förenade kungariket (C-466/98, EU:C:2002:63, punkt 38). I doktrinen har denna fråga behandlats i Koutrakos, P., ”International Agreements Concluded by Member States Prior to their EU Accession: Burgoa”, i Butler, G., Wessel, R. (red.), *EU external relations law*, 2022, Hart Publishing, Oxford, 2022, s. 137.

119. Viktigare i sammanhanget är emellertid att kommissionens tolkning av artikel 351 första stycket FEUF knappast är förenlig med bestämmelsens syfte och lydelse.⁸⁰ Bestämmelsen är i princip en undantagsregel som tillåter medlemsstaterna att underlåta att tillämpa unionsrätten under vissa omständigheter. Dess syfte är att vara en ”sköld”, vilket innebär att en medlemsstat som anklagas för att ha brutit mot unionslagstiftningen kan åberopa den till sitt försvar. Till skillnad från andra och tredje stycket i nämnda bestämmelse – vilka, såsom förklarats ovan, medför vissa skyldigheter för medlemsstaterna – kan jag inte se hur artikel 351 första stycket FEUF kan användas på ett meningsfullt sätt som ett ”svärd” i samband med ett fördragsbrottsförfarande.⁸¹

120. Sammanfattningsvis anser jag att artikel 351 första stycket FEUF inte kan utgöra stöd för ett yrkande i ett förfarande enligt artikel 258 FEUF. Kommissionens överklagande ska således ogillas såvitt avser den andra grunden.

121. Om EU-domstolen emellertid inte skulle instämma i min bedömning av denna inledande fråga, och med hänsyn till de uppenbara kopplingarna mellan frågan som kommissionen tagit upp inom ramen för den andra grunden och frågorna som tagits upp i de tre övriga grunderna, ska jag i alla händelser förklara varför jag anser att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) gjorde en felaktig tolkning av artikel 351 första stycket FEUF.

b) Räckvidden av artikel 351 första stycket FEUF

122. Enligt lydelsen av artikel 351 första stycket FEUF behöver två villkor vara uppfyllda för att den ska vara tillämplig: i) avtalet ska ha ingåtts innan det dåvarande EEG-fördraget trädde i kraft eller innan medlemsstaten anslöt sig till Europeiska unionen, och ii) ett tredjeland måste genom detta avtal tillerkännas rättigheter som det kan kräva att den berörda medlemsstaten respekterar.⁸²

123. I den överklagade domen fann Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att dessa villkor var uppfyllda av följande skäl: i) för Förenade kungariket är ICSID-konventionen ett tidigare avtal i den mening som avses i artikel 351 första stycket FEUF, och ii) Förenade kungariket var skyldigt att respektera de förpliktelser som följer av artikel 54 i ICSID-konventionen i förhållande till alla andra stater som är parter till konventionen. Mot denna bakgrund drog den slutsatsen att investerarna med fog kunde åberopa nämnda unionsrättsliga bestämmelse för att kräva att domstolarna i Förenade kungariket verkställer skiljedomen.

124. Jag instämmer helt i fråga om det förstnämnda villkoret: Förenade kungariket ratificerade ICSID-konventionen 1966, det vill säga före landets anslutning till vad som då var Europeiska gemenskaperna år 1973.⁸³

125. Det finns däremot flera skäl till varför jag anser att Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) slutsatser med avseende på det andra villkoret inte är övertygande.

⁸⁰ Se närmare nedan punkt 127 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

⁸¹ Med nödvändig anpassning vore det som att anse att en medlemsstat som inför en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion, vilken inte uppfyller villkoren för att vara berättigad enligt artikel 36 FEUF, skulle begå en överträdelse av denna bestämmelse, och inte av det (allmänna) förbudet mot kvantitativa restriktioner enligt artikel 34 FEUF.

⁸² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 mars 1998, T. Port (C-364/95 och C-365/95, EU:C:1998:95, punkt 61).

⁸³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 november 2002, kommissionen/Förenade kungariket (C-466/98, EU:C:2002:624, punkt 25).

126. För att förklara min uppfattning kommer jag inledningsvis att försöka klargöra räckvidden av artikel 351 första stycket FEUF. Det ska medges att denna fråga inte är helt lätt att besvara mot bakgrund av befintlig rättspraxis. Därför är det lämpligt att inleda med att undersöka syftet med och lydelsen av nämnda bestämmelse.

1) Syftet med och lydelsen av artikel 351 första stycket FEUF

127. Det omedelbara syftet med artikel 351 första stycket FEUF är att skydda tredjeländers rättigheter⁸⁴ genom att göra det möjligt för medlemsstaterna att följa tidigare avtal när de står i strid med unionsbestämmelserna,⁸⁵ utan att detta leder till ett åsidosättande av unionsrätten.⁸⁶ Det övergripande syftet med bestämmelsen är emellertid att skydda medlemsstaterna från att begå rättsstridiga handlingar som, till följd av förpliktelser som de senare åtagit sig enligt unionsrätten, utlöser deras internationella ansvar enligt folkrätten, vilket kan åberopas av tredjeländer.

128. Domstolen har nämligen konstaterat att artikel 351 första stycket FEUF inte är tillämplig om tredjeländers rättigheter inte påverkas.⁸⁷ Det är således inte möjligt att med framgång anföra denna bestämmelse om det är fråga om avtal i vilka endast medlemsstater är parter⁸⁸ eller, när det är fråga om avtal som ingåtts med tredjeländer, om den anføres i situationer som endast rör medlemsstater.⁸⁹ Såsom framhållits i doktrinen har domstolen *konsekvent* slagit fast principen att artikel 351 FEUF inte kan tillämpas på unionens inre förhållanden.⁹⁰

129. Av denna anledning har domstolen redan i sin tidigaste rättspraxis slagit fast att begreppet ”rättigheter och förpliktelser som följer av avtal” i artikel 351 första stycket FEUF ska tolkas på så sätt att det avser tredjeländers rättigheter och medlemsstaters förpliktelser.⁹¹ Medlemsstaterna kan inte göra gällande några rättigheter som följer av tidigare avtal.⁹²

130. Dessa två element är oupplösligt sammankopplade. Det är endast om ett tredjeland har en rättighet som kan göras gällande mot en medlemsstat som unionsrätten tillåter (men inte kräver⁹³) att medlemsstaten fullgör ”*motsvarande* förpliktelser”.⁹⁴ Det förhåller sig nämligen så, att om ett tidigare avtal föreskriver att en medlemsstat får vidta en åtgärd som strider mot unionsrätten, utan att vara skyldig att göra detta, så utgör artikel 351 första stycket FEUF inte ett undantag från medlemsstatens skyldighet att efterleva den relevanta unionslagstiftningen.⁹⁵ I linje med detta har domstolen slagit fast att artikel 351 första stycket FEUF inte är tillämplig när ett

⁸⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 1966, Consten och Grundig/kommissionen (56/64 och 58/64, EU:C:1966:41, s. 346).

⁸⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 februari 2009, kommissionen/Grekland (C-45/07, EU:C:2009:81, punkt 35).

⁸⁶ Se, för ett liknande resonemang, bland annat yttrande 2/15 (Frihandelsavtal EU-Singapore) av den 16 maj 2017 (EU:C:2017:376, punkt 254).

⁸⁷ Se, till exempel, dom av den 22 september 1988, Deserbais (286/86, EU:C:1988:434, punkt 18), och förslag till avgörande av generaladvokaten Tesauro i målet Levy (C-158/91, EU:C:1992:411, punkt 4).

⁸⁸ Se, bland andra, dom av den 27 februari 1962, kommissionen/Italien (10/61, EU:C:1962:2, s. 10), och dom av den 27 september 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, punkt 21).

⁸⁹ Se dom av den 11 mars 1986, Conegate (121/85, EU:C:1986:114, punkt 25), och dom av den 2 juli 1996, kommissionen/Luxemburg (C-473/93, EU:C:1996:263, punkt 40).

⁹⁰ Eeckhout, P., *EU external relations law*, andra upplagan, Oxford University Press, 2011, s. 426.

⁹¹ Dom av den 27 februari 1962, kommissionen/Italien (10/61, EU:C:1962:2, s. 10).

⁹² Se dom av den 2 juli 1996, kommissionen/Luxemburg (C-473/93, EU:C:1996:263, punkt 40).

⁹³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 december 2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864, punkt 61).

⁹⁴ Se, bland annat, dom av den 2 augusti 1993, Levy (C-158/91, EU:C:1993:332, punkt 12), och dom av den 10 mars 1998, T. Port (C-364/95 och C-365/95, EU:C:1998:95, punkt 60). Min kursivering.

⁹⁵ Se dom av den 14 januari 1997, Centro-Com (C-124/95, EU:C:1997:8, punkt 60 och där angiven rättspraxis).

tredjeland har uttryckt en önskan om att det tidigare avtalet ska upphöra att gälla.⁹⁶ Enligt min mening kan inget annat gälla när ett tredjeland uttryckligen har samtyckt till att det tidigare avtalet inte följs eller har avstått från sina rättigheter.⁹⁷

131. Mot denna bakgrund är det alltså nödvändigt att fastställa att tredjelandets rättighet och medlemsstatens förpliktelse *avspeglar* varandra för att artikel 351 första stycket FEUF ska vara tillämplig i det enskilda fallet.

132. I detta skede anser jag att det är viktigt att göra en åtskillnad mellan olika slags avtal.

133. *Bilateral avtal* – det vill säga avtal mellan en medlemsstat och ett tredjeland – som fastställer förekomsten av en särskild rättighet för ett tredjeland och en motsvarande förpliktelse för en medlemsstat i den mening som avses i artikel 351 första stycket FEUF, bör normalt sett inte medföra några större problem.

134. När det däremot gäller *multilateral avtal*, det vill säga avtal i vilka en eller flera medlemsstater är parter vid sidan av ett eller flera tredjeländer, är situationen däremot inte alltid lika tydlig. Det är nämligen möjligt att frågor om tillämpningen av artikel 351 första stycket FEUF uppkommer i EU-interna situationer där, såsom i förevarande mål, endast två eller flera medlemsstater är direkt berörda.⁹⁸ Vilka villkor måste vara uppfyllda i en sådan situation för att artikel 351 första stycket FEUF ska vara tillämplig?

135. I detta hänseende ansluter jag mig till kommissionens uppfattning att det enligt artikel 351 första stycket FEUF är nödvändigt att göra en åtskillnad mellan multilaterala avtal som innehåller förpliktelser av *kollektiv* karaktär och multilaterala avtal som föreskriver skyldigheter av *bilateral* eller ömsesidig karaktär.⁹⁹

136. I den första kategorin av avtal kan en avtalsparts underlåtelse att fullgöra en avtalsförpliktelse hindra de andra parterna från att komma i åtnjutande av sina rättigheter enligt avtalet eller äventyra uppnåendet av avtalets mål.¹⁰⁰ I dessa fall föreligger de berörda skyldigheterna antingen gentemot en grupp stater (*erga omnes partes*) eller allmängiltiga skyldigheter gentemot det internationella samfundet i sin helhet (*erga omnes*). I sådana situationer kan artikel 351 första stycket FEUF mycket väl vara tillämplig och således anföras för att bestrida giltigheten av en

⁹⁶ Se, för ett liknande resonemang, yttrande 2/15 (Frihandelsavtal EU-Singapore) av den 16 maj 2017 (EU:C:2017:376, punkt 254).

⁹⁷ Se, i detta hänseende, artikel 20 och artikel 45 i ARSIWA.

⁹⁸ I förevarande mål är det uppenbart att situationen även berör ett tredjeland (Förenade kungariket). Vid tidpunkten för omständigheterna i målet skulle detta tredjeland emellertid likställas med en EU-medlemsstat enligt de tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna.

⁹⁹ Det saknas skäl att i detta förslag till avgörande redogöra utförligt för detta (onekligen komplicerade) område av internationell rätt, eftersom den grundläggande åtskillnaden som används i förevarande förslag är tydligt etablerad i internationella rättskällor. Se, bland annat, Internationella domstolens dom av den 5 februari 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), *ICJ Reports* 1970, s. 3, punkterna 33 och 35. Se även artikel 33 (och punkt 2 i kommentaren till denna artikel), artikel 42 (och punkt 8 i kommentaren till denna artikel) samt artikel 48 (och punkt 8 i kommentaren till denna artikel) i ARSIWA. För hänvisningar till denna åtskillnad i unionens rättspraxis, se förslag till avgörande av generaladvokaten Warner i målet Henn och Darby (34/79, EU:C:1979:246, s. 3833), förslag till avgörande av generaladvokaten Tesaro i målet Levy (C-158/91, EU:C:1992:411, punkt 5), förslag till avgörande av generaladvokaten Lenz i målet Evans Medical och Macfarlan Smith (C-324/93, EU:C:1994:357, punkt 33) samt förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Republiken Moldavien (C-741/19, EU:C:2021:164, punkt 42). Vissa avtal kan naturligtvis innehålla villkor från båda kategorierna. Det är i sådana fall nödvändigt att pröva varje enskilt villkor för att avgöra av vilken kategori det omfattas.

¹⁰⁰ Människorättskonventioner omnämns ofta som ett exempel.

unionsrättsakt, även i tvister som endast rör EU-aktörer.¹⁰¹ Sådana situationer kan nämligen vara rent EU-interna om man endast tar hänsyn till de faktiska omständigheter, men däremot inte om man även tar hänsyn till de rättsliga omständigheterna.

137. För den andra kategorin av avtal gäller däremot att en avtalsslutande stats bristande fullgörelse av en förpliktelse enligt det tidigare avtalet i normalfallet endast påverkar en eller flera andra avtalsslutande stater: de som berörs av den aktuella situationen. I dessa fall påverkas inte de andra avtalsslutande staternas utövande av sina rättigheter enligt avtalet.¹⁰² Om så är fallet är artikel 351 första stycket FEUF inte tillämplig i en situation där de avtalsslutande stater som påverkas av en medlemsstats bristande fullgörelse är andra EU-medlemsstater. Eftersom inga tredjeländers rättigheter påverkas finns det inte något behov av att underlåta att tillämpa unionsrätten för att en medlemsstat inte ska kunna hållas ansvarig enligt internationell rätt.

138. Även i detta sammanhang delar jag kommissionens uppfattning när den argumenterar för att det inte räcker att de avtalsslutande staterna enbart har ett *faktiskt intresse* (i motsats till ett *rättsligt intresse*) av att se till att alla andra avtalsslutande stater efterlever ett multilateralt avtal för att artikel 351 första stycket FEUF ska bli tillämplig.¹⁰³ Lydelsen av nämnda bestämmelse avser ”rättigheter”, ett begrepp som EU-domstolen upprepade gånger har hänvisat till i sin rättspraxis på detta område.¹⁰⁴

2) En bestämmelse med omfattande rättsföljder som visserligen har allmän men inte särskilt stor räckvidd

139. Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) fann helt riktigt att artikel 351 FEUF har *allmän* räckvidd: den gäller för alla internationella avtal som kan inverka på tillämpningen av fördragen, oberoende av avtalets syfte.¹⁰⁵

140. Detta innebär emellertid inte att det undantag som föreskrivs i första stycket har en *stor* räckvidd. Det ska erinras om att artikel 351 första stycket FEUF utgör ett undantag från principen om unionsrättens företräde, som är en av grundpelarna som ligger till grund för unionens rättsordning. När villkoren är uppfyllda kan, utom i undantagsfall,¹⁰⁶ varje bestämmelse i ett tidigare avtal ha företräde framför varje bestämmelse i unionsrätten som är oförenlig med denna, inbegripet i primärrätten.¹⁰⁷ Så är fallet oavsett vilken inverkan en underlåtenhet att tillämpa dessa unionsbestämmelser kan ha på de andra medlemsstaternas rättigheter och intressen eller på själva unionens funktion.

141. Med hänsyn till de eventuellt mycket långtgående konsekvenser som tillämpningen av denna bestämmelse kan få, är det uppenbart att tolkningsprincipen, enligt vilken undantag ska tolkas restriktivt så att allmänna bestämmelser inte urholkas, ska ges särskild vikt i detta sammanhang.¹⁰⁸

¹⁰¹ Se, för ett liknande resonemang i doktrinen, Mastroianni, R., ”Comment to Article 351 TFEU”, i Tizzano, A. (red.), *Trattati dell’Unione Europea*, andra upplagan, 2014, s. 2545.

¹⁰² Avtal om investeringsskydd är ett bra exempel.

¹⁰³ Se, i detta hänseende, kommentarerna till artikel 42 (särskilt punkt 9) och till artikel 48 (särskilt punkt 2) i ARSIWA.

¹⁰⁴ Se, bland andra, dom av den 22 september 1988, Deserbais (286/86, EU:C:1988:434, punkt 18), dom av den 6 april 1995, RTE och ITP/kommissionen (C-241/91 P och C-242/91 P, EU:C:1995:98, punkt 84), dom av den 10 mars 1998, T. Port (C-364/95 och C-365/95, EU:C:1998:95, punkt 60), och dom av den 18 november 2003, Budějovický Budvar (C-216/01, EU:C:2003:618, punkt 148).

¹⁰⁵ Punkt 97 i den överklagade domen, vilken hänvisar till domen av den 2 augusti 1993, Levy (C-158/91, EU:C:1993:332, punkt 11).

¹⁰⁶ Se ovan punkt 89 i detta förslag till avgörande.

¹⁰⁷ Dom av den 28 oktober 2022, Generalstaatsanwaltschaft München (Utlämning och *ne bis in idem*) (C-435/22 PPU, EU:C:2022:852, punkt 119).

¹⁰⁸ Ovannämnda dom, punkterna 120 och 121.

142. Mot bakgrund av ovanstående överväganden ska jag nu övergå till de relevanta avsnitten i den överklagade domen.

c) Artikel 351 första stycket FEUF i den överklagade domen

143. Det aktuella målet handlar väsentligen – som Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) konstaterade¹⁰⁹ – om att fastställa huruvida det ifrågavarande tidigare avtalet ålade den berörda medlemsstaten förpliktelser av sådant slag att de tredjeländer som är parter i avtalet i fråga fortfarande kunde kräva deras fullgörande. I den överklagade domen prövade Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) denna fråga genom att undersöka en medlemsstats (Förenade kungariket) skyldighet enligt ett internationellt avtal (ICSID-konventionen) att verkställa skiljedomen.

144. Jag anser att Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) tillvägagångssätt är problematiskt i tre hänseenden.

145. För det första tog Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) i sin bedömning nästan enbart hänsyn till Förenade kungarikets *skyldigheter* enligt artikel 54 i ICSID-konventionen, utan att fastställa någon *motsvarande rättighet* hos ett tredjeland.

146. Som jag förklarat ovan går det knappast att överskatta hur viktigt det är att det finns en koppling mellan dessa två element vid tillämpningen av artikel 351 FEUF. Bestämmelsen föreskriver nämligen att ett tredjeland som är part i avtalet genom detta avtal tillerkänns *rättigheter* som det kan *kräva* att den berörda medlemsstaten respekterar.

147. Detta är således inte en fråga som kan förbises. Om man till exempel tänker sig att domstolarna i Förenade kungariket skulle ha nekat verkställighet av *den berörda skiljedomen*,¹¹⁰ hade då varje tredjeland som är part i ICSID-konventionen (för närvarande över 150 länder) kunnat göra gällande Förenade kungarikets internationella ansvar för detta beslut och vidta åtgärder mot denna stat i enlighet med de förfaranden som föreskrivs i internationell rätt¹¹¹ för att ogiltigförklara den rättsstridiga åtgärden och/eller begära ersättning för skadan som orsakats? Trots att denna fråga är av stor betydelse behandlades den inte i den överklagade domen.

148. För det andra anser jag att de krav som Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) tillämpade för att fastställa att en skyldighet gentemot ett tredjeland föreligger var relativt låga. Vad jag menar är alltså att kriterierna för att en skyldighet enligt ett internationellt avtal ska anses vara kollektiv (i detta fall *erga omnes partes*) och inte bilateral eller ömsesidig tycks vara lätta att uppfylla om man godtar Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) resonemang.

149. Det råder verkligen ingen brist på hänvisningar till internationella och akademiska källor i den överklagade domen, men vid en närmare anblick förefaller inte någon av dem vara särskilt konkret eller tillåta några definitiva slutsatser i frågan. Med undantag för två uttalanden¹¹² är

¹⁰⁹ Punkt 98 i den överklagade domen.

¹¹⁰ Såsom Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) riktigt påpekade, rörde den aktuella tvisten endast frågan huruvida Förenade kungariket var skyldigt att verkställa *den berörda skiljedomen* i förhållande till tredjeländer enligt ICSID-konventionen (punkt 101 i den överklagade domen).

¹¹¹ Till exempel genom att väcka talan vid Internationella domstolen.

¹¹² Uttalanden som gjordes av ordföranden under de femte och sjätte sessionerna för de rådgivande mötena för rättsliga experter som utsetts av medlemsstaternas regeringar (hänvisningen återfinns i punkt 107 i den överklagade domen).

samtliga övriga hänvisningar tämligen vaga med avseende på den berörda frågan och Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) slutsatser kan således endast härledas indirekt från dessa.¹¹³ Jag skulle säga att de flesta av hänvisningarna tycks peka på att de avtalsslutande staterna som är parter i ICSID-konventionen har ett allmänt *intresse* av att konventionen iakttas under alla omständigheter.¹¹⁴ Som angetts ovan är det emellertid inte tillräckligt för att artikel 351 första stycket FEUF ska bli tillämplig.

150. För det tredje, trots att jag inser att den centrala frågan i målet vid Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) var vilken verkan ICSID-konvention hade i förhållande till Förenade kungariket (i korthet huruvida Förenade kungariket är skyldigt att verkställa skiljedomen enligt nämnda konvention), kunde denna fråga inte provas helt separat från det vidare sammanhang i vilket tvisten ingick.

151. Den rättsliga och faktiska bakgrunden till målet var i verkligheten tämligen komplicerad: tvisten avsåg tre olika stater (Förenade kungariket, Rumänien och Sverige) och två internationella avtal (investeringsavtalet och ICSID-konventionen).

152. Skiljedomen utdömde ersättning till investerarna av det skälet att Rumänien, enligt skiljedomstolen, hade åsidosatt bestämmelserna i investeringsavtalet genom att inte säkerställa en rättvis och skälig behandling, inte respektera investerarnas berättigade förväntningar, och inte hade agerat på ett öppet sätt.¹¹⁵ Det var således investeringsavtalet som fastställde de *materiella* förpliktelser som Rumänien åtagit sig i förhållande till Sverige. Det var således på grundval av artikel 8.6 i investeringsavtalet som Rumänien hade en skyldighet i förhållande till Sverige att betala ersättningen som utdömts enligt skiljedomen till de berörda svenska medborgarna.¹¹⁶

153. Den omständigheten att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) begränsade sin bedömning till en enda processuell fråga i målet och underlät att beakta ett internationellt avtal innebar i praktiken att denna domstol i grunden bortsåg från det rättsliga förhållande som låg till grund för tvisten: det mellan Rumänien å ena sidan och Sverige och dess medborgare å andra sidan.

154. Enligt Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) tolkning av artikel 351 första stycket FEUF skulle vissa rent EU-interna situationer – då det endast är medlemsstater och deras medborgare som berörs, inte endast i faktiskt utan även i rättsligt hänseende – även regleras av bestämmelserna i tidigare avtal, trots att de omfattas av unionsfördragets tillämpningsområde och står i strid med viss unionslagstiftning. Jag anser att en sådan tolkning står i strid med lydelsen av artikel 351 första stycket FEUF och inte är nödvändig för att uppnå syftet med bestämmelsen. Det skulle dessutom strida mot tidigare rättspraxis, enligt vilken nämnda bestämmelse inte är tillämplig i rent EU-interna situationer.

155. En så extensiv tolkning av artikel 351 första stycket FEUF skulle också göra det relativt enkelt för enskilda att kringgå unionslagstiftningens bindande karaktär i ett stort antal situationer.¹¹⁷ I detta hänseende är det nödvändigt att beakta att artikel 351 FEUF i första hand är en

¹¹³ Se bland annat hänvisningarna i punkterna 104 och 105 i den överklagade domen.

¹¹⁴ Jag anser att detta i synnerhet gäller investerarnas argumentation i denna fråga, vilken Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) tycks godta i punkt 106 i den överklagade domen.

¹¹⁵ Se bland annat punkt 15 i den överklagade domen.

¹¹⁶ Enligt nämnda bestämmelse ska avgörandet vara "slutgiltigt och bindande".

¹¹⁷ I detta sammanhang noterar jag för övrigt att det följer av EU-domstolens domar i målen Achmea, European Food och Romatsa (se ovan punkterna 22 och 23 i detta förslag till avgörande) att skiljedomsklausulen i investeringsavtalet numera ska anses vara ogiltig.

bestämmelse som rör mellanstatliga förhållanden. Såsom EU-domstolen har fastslagit är den en neutral bestämmelse som inte kan ha till verkan att karaktären hos de rättigheter som eventuellt följer av tidigare avtal ändras. Av detta följer att ”denna bestämmelse inte kan ha till verkan att enskilda som åberopar ett [tidigare] avtal ... ges rättigheter som de nationella domstolarna i medlemsstaterna skall skydda. Den kan inte heller ha till verkan att de rättigheter för enskilda som eventuellt följer av ett sådant avtal kränks.”¹¹⁸

156. Mot denna bakgrund är den omständigheten att enskilda (som investerarna) kan härleda en rättighet från ett tidigare avtal i regel irrelevant med avseende på tillämpningen av artikel 351 första stycket FEUF. Enskilda kan endast komma i åtnjutande av denna bestämmelse *indirekt*, i den mån som de kan visa att en viss unionsrättslig bestämmelse eller rättsakt kräver att en medlemsstat åsidosätter en skyldighet gentemot ett tredjeland enligt ett tidigare avtal, vilket kan utlösa den medlemsstatens internationella ansvar.

157. Sammanfattningsvis anser jag att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) gjorde en felaktig rättslig bedömning i den överklagade domen när den tolkade och tillämpade artikel 351 första stycket FEUF, genom att den gav bestämmelsen en alltför stor räckvidd. I synnerhet gjorde den en felaktig tolkning av begreppet ”rättigheter och förpliktelser som följer av avtal” och en felaktig bedömning av vilka kriterier som ska tillämpas vid prövningen av detta begrepp i samband med multilateral avtal, i synnerhet när ett tredjeland eller en tredjelandsmedborgare inte berörs.

158. Mot denna bakgrund och av de skäl som anges i punkterna 113–120 ovan anser jag att kommissionens talan ska ogillas såvitt avser den andra grunden.

E. Den tredje grunden: åsidosättande av artikel 267 FEUF

1. Parternas argument

159. Genom den tredje grunden har kommissionen gjort gällande att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket), genom att meddela den överklagade domen utan att först hänskjuta en fråga till EU-domstolen, har åsidosatt artikel 267 FEUF i två avseenden.

160. Kommissionen har gjort gällande att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket), genom att ha underlåtit att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande avseende *giltigheten* av kommissionens beslut om avbruten utbetalning och av kommissionens beslut om ett formellt granskningsförfarande, har åsidosatt sin skyldighet enligt artikel 267 första stycket b FEUF. Kommissionen anser att följden av den överklagade domen är att göra dessa beslut blir verkningslösa. Genom att inte ge verkan åt dessa beslut – vilket skulle ha krävt att genomförandeförbudet som förhindrade att det berörda stödet utbetalades iakttogs – handlade Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) *som om* nämnda beslut hade varit ogiltiga.

161. Dessutom har kommissionen gjort gällande att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) genom att – i egenskap av domstol i sista instans – ha underlåtit att hänskjuta en fråga om tolkningen av artikel 351 första stycket FEUF åsidosatte sin skyldighet

¹¹⁸ Se dom av den 14 oktober 1980, Burgoa (812/79, EU:C:1980:231, punkt 10).

enligt artikel 267 tredje stycket FEUF. I den överklagade domen var det nödvändigt för denna domstol att tolka de nu aktuella unionsrättsliga begreppen som är kontroversiella och inte hade behandlats i tillräcklig utsträckning i EU-domstolens rättspraxis.

2. Bedömning

162. Jag ska inleda bedömningen av denna grund med att pröva det andra skälet som kommissionen anfört.

163. Inledningsvis behöver det knappast påpekas att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) är ”en domstol i en medlemsstat mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel” i den mening som avses i artikel 267 FEUF. En sådan domstol är följaktligen i princip skyldig att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF om det är nödvändigt att ta ställning till hur en unionsbestämmelse ska tolkas för att döma i saken.

164. Det följer emellertid av fast praxis att domstolar i sista instans, trots skyldigheten som föreskrivs i artikel 267 FEUF, får underlåta att begära förhandsavgörande i två fall.

165. För det första krävs inte ett förhandsavgörande i fall som är *acte clair*: när den korrekta tolkningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras. I detta avseende har EU-domstolen framhållit att en nationell domstol, innan den drar slutsatsen att tolkningen av bestämmelsen är så uppenbar att det inte finns utrymme för rimligt tvivel, måste vara övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i sista instans i de övriga medlemsstaterna och för EU-domstolen.¹¹⁹

166. För det andra föreligger inte någon skyldighet att begära förhandsavgörande i fall som är *acte éclairé*: om ”den fråga som uppkommit är praktiskt taget likalydande med en fråga som redan har varit föremål för ett förhandsavgörande i ett liknande fall” eller ”det redan föreligger en rättspraxis hos EU-domstolen varigenom den ifrågavarande rättsfrågan har avgjorts, oavsett karaktären hos de förfaranden som lett fram till denna rättspraxis och även om de tvistiga frågorna inte är helt identiska”.¹²⁰

167. Mer allmänt har EU-domstolen slagit fast att frågan huruvida en domstol som dömer i sista instans kan avstå från att begära förhandsavgörande ”ska bedömas med beaktande av unionsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som dess tolkning medför och risken för skillnader i rättspraxis inom unionen”.¹²¹

168. Ovan har jag förklarat varför jag anser att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) gjorde en felaktig tolkning av artikel 351 första stycket FEUF i det aktuella målet. Trots detta innebär endast den omständigheten att en domstol i sista instans har gjort en felaktig tolkning av en unionsrättslig bestämmelse och underlåtit att hänskjuta en fråga till EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF inte med nödvändighet att den åsidosatt sin skyldighet att begära förhandsavgörande. Det kan som mest tyda på att så är fallet.

¹¹⁹ Se, i synnerhet, dom av den 6 oktober 2021, Consorzio Italian Management och Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:799, punkterna 39 och 40 och där angiven rättspraxis).

¹²⁰ Ovannämnda dom, punkt 36 och där angiven rättspraxis.

¹²¹ Ovannämnda dom, punkt 41 och där angiven rättspraxis.

169. I det aktuella målet föreligger dock ett antal andra omständigheter som tyder på att svaren på de tolkningsfrågor som det ankom på Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att avgöra inte framgick så tydligt av varken de berörda bestämmelsernas lydelse eller EU-domstolens rättspraxis, att de kunde anses uppenbara.

170. För det första är det tydligt att den relativt klara lydelsen av artikel 351 första stycket FEUF inte ger entydig ledning med avseende på de frågor beträffande unionsrättens tolkning som Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) skulle besvara. Som kommissionen påpekat hade parterna väldigt olika uppfattning beträffande dessa frågor. Jag anser att båda parterna framförde argument som, i vart fall vid en första anblick, inte kunde anses som uppenbart ogrundade.

171. För det andra var de domar från unionsdomstolarna där artikel 351 första stycket FEUF var av betydelse och till vilka parterna hänvisade, och vilka Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) tog hänsyn till, begränsade både i fråga om deras antal och relevans. I synnerhet fanns ingen dom som uttryckligen och direkt behandlade de frågor som var avgörande i målet. Faktum är att domskälen i den överklagade domen visar att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) nådde sina slutsatser om tolkningen av den aktuella bestämmelsen genom att (om jag får uttrycka det så) sätta ihop brottstycken av ett flertal domar från EU-domstolen. Dessutom framgår det av domskälen att vissa andra brottstycken från andra domar från EU-domstolen mycket väl hade kunnat leda till en annorlunda tolkning av artikel 351 första stycket FEUF.¹²²

172. För det tredje är det också svårt att se hur Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) med säkerhet kunde dra slutsatsen att dess tolkning av artikel 351 första stycket FEUF sannolikt är "lika uppenbar" för EU-domstolen och domstolarna i sista instans i de övriga medlemsstaterna. Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) var medveten om att argument som grundades på artikel 351 FEUF och ICSID-konventionen inte endast hade framförts inför unionsdomstolarna, utan även inom ramen för de pågående nationella målen. Redan den omständigheten att det fanns flera mål som pågick samtidigt och det faktum att de var anhängiga vid domstolar i olika jurisdiktioner borde åtminstone ha föranlett Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att iaktta särskild försiktighet i detta hänseende.

173. Dessutom hade kommissionen informerat Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) om att en nationell domstol – Nacka tingsrätt (Sverige) – hade meddelat en dom, genom vilken den ogillade de yrkanden som investerarna framställt med stöd av artikel 351 första stycket FEUF, vilket den motiverade med en tolkning av bestämmelsen som stod i strid med den tolkning som slutligen godtogs av Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket). Det fanns således en verklig risk för att det förelåg olika uppfattningar i fråga om innebörden och räckvidden av artikel 351 första stycket FEUF och därmed även en verklig risk för att motstridiga rättsliga avgöranden skulle träffas i detta avseende.

174. I detta sammanhang ska jag erinra om att det följer av EU-domstolens fasta praxis att när en nationell domstol som dömer i sista instans får kännedom om att det föreligger olika uppfattningar i rättspraxis – antingen mellan domstolarna i en och samma medlemsstat eller mellan domstolarna i flera medlemsstater – om tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse som är tillämplig i det nationella målet, måste den vara synnerligen uppmärksam vid sin bedömning av huruvida det eventuellt föreligger rimligt tvivel eller inte om den korrekta

¹²² Se, i synnerhet, punkterna 99 och 102 i den överklagade domen.

tolkningen av den aktuella bestämmelsen och särskilt beakta det syfte som eftersträvas med förfarandet för förhandsavgörande, nämligen att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten.¹²³

175. För det fjärde tycks Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) inte ha tagit hänsyn till den konstitutionella betydelsen av rättsfrågan som den valde att avgöra, eller de möjliga verkningar som dess avgörande kunde ha på hela unionens rättsordning. Som angetts tidigare utgör artikel 351 första stycket FEUF en närmast oavgränsad begränsning av principen om unionsrättens företräde. Med hänsyn till vilken betydelse denna princip har för unionens rättsordning kan det inte ha undgått Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) vilka konsekvenser en extensiv tolkning av denna fördragsbestämmelse kan få.

176. Dessutom noterar jag att både High Court (Överdomstolen, Förenade kungariket) och Court of Appeal (Appellationsdomstolen, Förenade kungariket) – i motsats till Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) – vägrade att pröva huruvida artikel 351 första stycket FEUF är tillämplig, eftersom denna fråga tagits upp i målet European Food vid unionsdomstolarna, och en sådan prövning således kunde ge upphov till motstridiga beslut i saken.¹²⁴

177. Jag anser således att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket), genom att pröva investerarnas yrkande som grundas på artikel 351 FEUF, ignorerade 1) "unionsrättens särdrag" och 2) "risken för skillnader i rättspraxis inom unionen". Nationella domstolar i sista instans är i enlighet med ovannämnda rättspraxis skyldiga att ta hänsyn till dessa omständigheter när de ska avgöra huruvida de i det enskilda fallet är skyldiga att hänskjuta en fråga för förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF.

178. För det femte, och avslutningsvis, anser jag att Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) underlåtelse att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, mot bakgrund av omständigheterna i målet, faller utanför det utrymme för skönsmässig bedömning som med nödvändighet ska ges organ som utövar dömande funktioner. De omständigheter som varit föremål för prövning i detta förslag till avgörande visar att detta är ett mål som rör komplicerade rättsliga bedömningar, vilket försvåras ytterligare av att det pågår flera administrativa och rättsliga förfaranden samtidigt inom Europeiska unionen, i vilka de centrala frågorna rör tillämpningen av olika unionsrättsliga bestämmelser och principer. Det ska i synnerhet påpekas att tolkningen av artikel 351 första stycket FEUF inte utgjorde en underordnad eller sekundär fråga – vilket hade kunnat användas som ett argument för att tillämpa processekonomi – utan en fråga som "tillhör själva kärnan i förevarande mål".¹²⁵

179. För övrigt ser jag inte några konkreta omständigheter varför målet skulle handläggas skyndsamt. Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) underlåtenhet kan inte heller betraktas som följden av ett mindre förbiseende, vilket till exempel kan vara fallet när en rättsfråga inte har tagits upp eller avhandlats till fullo mellan parterna. I själva verket har vissa av parterna upprepade gånger anmodat Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) att hänskjuta en fråga om den riktiga tolkningen av artikel 351 första stycket FEUF till EU-domstolen.

¹²³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, punkterna 42–44), och dom av den 6 oktober 2021, Consorzio Italian Management och Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:799, punkt 49).

¹²⁴ Se punkterna 29, 32, 91 och 94 i den överklagade domen.

¹²⁵ Såsom Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) framhöll i punkt 96 i den överklagade domen.

180. Jag anser således, mot bakgrund av omständigheterna i målet, att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) inte med fog kunde dra slutsatsen att det till följd av bestämmelsens lydelse och/eller befintlig rättspraxis från EU-domstolen, 1) inte fanns utrymme för något rimligt tvivel avseende tolkningen av artikel 351 första stycket FEUF, och 2) att tolkningen som denna domstol godtog är lika uppenbar för domstolarna i sista instans i de övriga medlemsstaterna och för EU-domstolen. Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) åsidosatte följaktligen sina skyldigheter enligt artikel 267 tredje stycket FEUF genom att underlåta att hänskjuta en fråga om tolkningen av artikel 351 första stycket FEUF till EU-domstolen.

181. Mot denna bakgrund anser jag att talan ska bifallas såvitt avser den tredje grunden utan att det är nödvändigt att pröva den övriga kritik som kommissionen framfört.¹²⁶

F. Den fjärde grunden: åsidosättande av artikel 108.3 FEUF

1. Parternas argument

182. Som fjärde grund har kommissionen gjort gällande att Förenade kungariket åsidosatt artikel 108.3 FEUF.

183. Kommissionen har framhållit att upphävandet av det beslut om uppskjutande av verkställigheten som meddelats av de brittiska underrätterna som behandlat målet innebar att skiljedomen blev verkställbar. Supreme Courts (Högsta domstolen, Förenade kungariket) dom innebar således att de belopp som fastställts i skiljedomen skulle betalas. Kommissionen har gjort gällande att denna rättsföljd står i direkt strid med genomförandeförbudet enligt artikel 108.3 FEUF.

184. Kommissionen har vidare gjort gällande att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) inte heller beaktade fast rättspraxis, enligt vilken förbudet mot att bevilja stöd som inte godkänts kan åberopas för att förhindra verkställighet av slutliga domar från nationella domstolar som står i direkt strid med genomförandeförbudet.¹²⁷

2. Bedömning

185. Trots att kommissionens rättsliga argumentation i princip framstår som välgrundad anser jag att talan ska ogillas såvitt avser denna grund.

186. Enligt artikel 108.3 FEUF är medlemsstaterna skyldiga att, för det första, underrätta kommissionen om varje plan som avser att vidta nya eller ändra befintliga stödåtgärder och, för det andra, att inte genomföra en sådan åtgärd förrän nämnda institution har meddelat ett slutgiltigt beslut beträffande åtgärden. Denna dubbla skyldighet (underrättelse om och förbud mot att genomföra åtgärden) ska säkerställa att verkningarna av ett stödprogram inte slår igenom förrän kommissionen fått en rimlig tidsfrist för att i detalj granska programmet och i

¹²⁶ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 oktober 2018, kommissionen/Frankrike (Förskottsskatt) (C-416/17, EU:C:2018:811, punkt 113).

¹²⁷ Kommissionen har i synnerhet hänvisat till domen av den 18 juli 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, punkterna 62 och 63).

förekommande fall inleda det formella granskningsförfarandet. Det är uppenbart att syftet är att förhindra möjlighet att stödåtgärder som inte är förenliga med den inre marknaden beviljas stödmottagarna.¹²⁸

187. I förevarande mål hade kommissionen redan bedömt den berörda åtgärden (Rumäniens utbetalning av ersättningen som utdömts till investerarna genom skiljedomen¹²⁹) och fastställt att det utgjorde ett oförenligt stöd i 2015 års slutliga beslut.

188. Det stämmer visserligen att kommissionens slutliga beslut hade upphävts av tribunalen när Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) meddelade den överklagade domen. Tribunalens dom hade emellertid redan överklagats till EU-domstolen vid denna tidpunkt.

189. Dessutom rörde det mål om ogiltigförklaring som väckts vid unionsdomstolarna inte lagligheten av beslutet om ett formellt granskningsförfarande eller beslutet om avbruten utbetalning. Det bör påpekas att investerarna inte hade ifrågasatt lagligheten av beslutet om ett formellt granskningsförfarande trots att det i princip var möjligt för dem att göra det.¹³⁰ Från början invände investerarna mot lagligheten av beslutet om avbruten utbetalning, men denna talan återkallades senare.¹³¹

190. I detta sammanhang ska det beaktas att unionsinstitutionernas rättsakter presumeras vara lagenliga och har rättsverkan så länge de inte har återkallats, eller förklarats vara ogiltiga efter en talan om ogiltigförklaring eller till följd av en begäran om förhandsavgörande eller invändning om rättsstridighet.¹³²

191. Dessutom kan tribunalens dom inte tolkas på så sätt – ens underförstått – att även beslutet om ett formellt granskningsförfarande eller beslutet om avbruten utbetalning var rättsstridiga. Det framgår av fast rättspraxis att ogiltigförklaring av en rättsakt från en unionsinstitution inte nödvändigtvis påverkar de förberedande rättsakternas giltighet. Således kan förfarandet i syfte att ersätta denna rättsakt återupptas på exakt det stadium där rättsstridigheten uppstod.¹³³

192. I förevarande mål grundades tribunalens dom, genom vilken den ogiltigförklarade 2015 års slutliga beslut, på skäl som avsåg detta beslut specifikt.¹³⁴ Om kommissionen begått ett fel som föranleder ogiltigförklaring, skulle det – även om EU-domstolen i målet om överklagande skulle ha fastställt detta – inte påverkat lagligheten av de beslut som kommissionen fattat under ett tidigare skede i förfarandet. För kommissionen hade följden i stället blivit att den hade behövt återuppta sin ingående undersökning av det påstådda stödet och därefter anta ett nytt beslut som avslutar förfarandet, vilket till innehållet överensstämmer med EU-domstolens konstateranden.

¹²⁸ Se, mer allmänt och med ytterligare hänvisningar, förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Viasat Broadcasting UK (C-445/19, EU:C:2020:644, punkterna 17 och 18).

¹²⁹ Se skäl 39 i 2015 slutliga beslut.

¹³⁰ Se, exempelvis, dom av den 21 december 2016, kommissionen/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

¹³¹ Beslut av den 29 februari 2016, Micula m.fl./kommissionen (T-646/14, ej publicerad, EU:T:2016:135).

¹³² Se, bland annat, dom av den 10 september 2019, HTTS/rådet (C-123/18 P, EU:C:2019:694, punkt 100 och där angiven rättspraxis).

¹³³ Se, bland annat, dom av den 21 september 2017, Riva Fire/kommissionen (C-89/15 P, EU:C:2017:713, punkt 34).

¹³⁴ I huvudsak fann tribunalen i sin dom att de belopp som utdömdes i skadestånd till investerarna åtminstone delvis omfattade en period före Rumäniens anslutning till Europeiska unionen. Tribunalen ansåg att kommissionen felaktigt hade kvalificerat hela beloppet som stöd utan att göra någon åtskillnad mellan de belopp som skulle återkrävas för perioden före anslutningen och de belopp som hänförde sig till perioden efter anslutningen.

193. Härav följer att det saknar betydelse vilken status 2015 års slutliga beslut hade. Genomförandeförbudet för det påstådda stödet var fortfarande i kraft till följd av att beslutet om ett formellt granskningsförfarande och beslutet om avbruten utbetalning var rättskraftiga och hade rättsverkan.¹³⁵

194. I detta sammanhang ska det erinras om att det följer av fast praxis att förbudet mot att betala ut planerat stöd vilket anges i artikel 108.3 sista meningen FEUF, har direkt effekt och således är omedelbart tillämpligt,¹³⁶ inbegripet för nationella domstolar.¹³⁷ Följaktligen kan en nationell domstol inte utan att åsidosätta artikel 108.3 FEUF besluta om utbetalning av stöd som beviljats utan att kommissionen underrättats, vars förenlighet med den inre marknaden provas av kommissionen, eller, än värre, vilket redan har befunnits vara oförenligt med den inre marknaden. Varje sådan begäran ska i princip avslås.¹³⁸

195. Då den överklagade domen upphävde beslutet om uppskjutande av verkställigheten av skiljedomen fick den oundvikligen följden att Rumänien i princip blev skyldigt att betala ut det påstådda stödet i strid med genomförandeförbudet. Denna situation leder sannolikt till en överträdelse av artikel 108.3 FEUF.

196. Som Förenade kungariket framhöll i sitt svar på kommissionens formella underrättelse stämmer det visserligen att artikel 108.3 FEUF föreskriver en skyldighet som i princip åligger medlemsstaten som beviljar det påstådda stödet.¹³⁹ Kommissionen påpekade emellertid helt riktigt att artikel 4.3 FEU föreskriver att medlemsstaterna är skyldiga att bistå varandra för att underlätta efterlevnaden av unionsrätten och avstå från att vidta åtgärder som kan försvåra eller äventyra efterlevnaden.¹⁴⁰

197. Mot denna bakgrund ansluter jag mig till kommissionens uppfattning att Förenade kungariket i sig kan anses ansvarigt för en överträdelse av artikel 108.3 FEUF jämförd med artikel 4.3 FEU när det är en av den statens åtgärder som utgör en överträdelse av förbudet mot att genomföra en påstådd stödåtgärd.

198. Jag vill emellertid också påpeka att kommissionen i förevarande mål inte framfört några uppgifter om hur och när verkställigheten av skiljedomen i Förenade kungariket, vilken möjliggjordes genom den överklagade domen, ledde till att beloppen som fastställts i domen faktiskt utbetalades.

199. I detta sammanhang bör det erinras om att det åligger kommissionen i mål om fördragsbrott att bevisa det påstådda fördragsbrottet. Det är kommissionen som utan att få stödja sig på någon presumtion ska förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera om

¹³⁵ Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) medgav i princip detta i punkt 51 i den överklagade domen. Se, allmänt i detta hänseende, förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i målet Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:442, punkterna 27–29).

¹³⁶ Se, exempelvis, dom av den 5 mars 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, punkt 88).

¹³⁷ Ovannämnda dom, punkterna 89–91.

¹³⁸ Se, bland annat, dom av den 12 januari 2023, DOBELES HES (C-702/20 och C-17/21, EU:C:2023:1, punkt 121).

¹³⁹ Den relevanta delen av nämnda bestämmelse har följande lydelse: "[m]edlemsstaten i fråga får inte genomföra åtgärden förrän [förfarandet för statligt stöd] lett till ett slutgiltigt beslut" (min kursivering).

¹⁴⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 september 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, punkt 19).

fördragsbrott föreligger.¹⁴¹ Dessutom följer det av fast praxis att fördragsbrottsförfaranden endast kan avse faktiska överträdelser av unionsrätten. Däremot kan rena påståenden om eventuella framtida överträdelser eller en risk för sådana inte godtas.¹⁴²

200. Även om jag delar kommissionens uppfattning att den överklagade domen i princip kan resultera i en överträdelse av genomförandeförbudet enligt artikel 108.3, vilken ska tillskrivas Förenade kungariket, ser jag dock inte några bevis för att en sådan överträdelse faktiskt skett.

201. Mot denna bakgrund anser jag att kommissionens fjärde grund inte kan godtas.

VI. Rättegångskostnader

202. Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats av den vinnande parten.

203. Eftersom kommissionen har yrkat ersättning av rättegångskostnaderna och den i allt väsentligt har vunnit målet, ska Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

VII. Förslag till avgörande

204. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att EU-domstolen

- ska fastställa att Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland begått en överträdelse av artikel 4.3 FEU, jämförd med artikel 127.1 i avtalet om utträdesavtalet, till följd av att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) i sin dom av den 19 februari 2020 i målet *Micula/Rumänien* underlät att förklara förfarandet vilande och meddelade ett avgörande om tolkningen av artikel 351 första stycket FEUF, trots att samma sak redan hade avgjorts genom befintliga kommissionsbeslut och inväntade unionsdomstolarnas prövning,
- ska fastställa att Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland begått en överträdelse av artikel 267 FEUF tredje stycket, jämförd med artikel 127.1 i utträdesavtalet, genom att Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) i egenskap av domstol i sista instans underlät att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande avseende en fråga om tolkningen av unionsrätten som inte är *acte claire* eller *acte éclairé*,
- ogilla talan i övrigt, och
- förplikta Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland att ersätta rättegångskostnaderna.

¹⁴¹ Se, till exempel, dom av den 10 november 2020, kommissionen/Italien (*Gränsvärden – PM10*) (C-644/18, EU:C:2020:895, punkt 83 och där angiven rättspraxis).

¹⁴² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 oktober 2012, *Ungern/Slovakien* (C-364/10, EU:C:2012:630, punkterna 68–71).