Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 19. september 2017 [1]

Sag C-284/16

Den Slovakiske Republik
mod
Achmea BV

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – EU-retlige principper – bilateral investeringsaftale indgået i 1991 mellem Kongeriget Nederlandene og Den Tjekkiske og Slovakiske Føderative Republik, som stadig gælder mellem Kongeriget Nederlandene og Den Slovakiske Republik – foreneligheden med artikel 18, stk. 1, TEUF, artikel 267 TEUF og 344 TEUF af en ordning for bilæggelse af tvister mellem investorer og stater, som er fastlagt ved en EU-intern bilateral investeringstraktat«

Indhold

I. Indledning 3

II. Retsforskrifter 4

A. EUF-traktaten 4

B. BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet 5

C. Tyske lovbestemmelser 8

III. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål 8

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen 10

V. Bedømmelse 11

A. Indledende bemærkninger 11

B. Det tredje præjudicielle spørgsmål 14

1. Formaliteten 14

1 – Originalsprog: fransk.

2. Realiteten 15

C. Det andet præjudicielle spørgsmål 19

1. Spørgsmålet, om de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, er oprettet ved lov 20

2. Den permanente karakter af de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8 22

3. Spørgsmålet om, hvorvidt de voldgiftsretter, som er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, virker som obligatoriske retsinstanser 23

4. Spørgsmålet om, hvorvidt de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling og træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og hvorvidt voldgiftsmændene er uafhængige og upartiske 24

D. Det første præjudicielle spørgsmål 26

1. Er en tvist mellem en investor og en medlemsstat som den, den omhandlede BIT's artikel 8 vedrører, omfattet af artikel 344 TEUF? 27

2. Er den omhandlede tvist en tvist »vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne«? 30

a) Voldgiftsrettens kompetence er begrænset til at træffe afgørelse om tilsidesættelser af den omhandlede BIT 32

b) Den omhandlede BIT's anvendelsesområde og de retsregler, som indføres herved, er ikke identiske med EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde og retsregler 33

1) BIT's anvendelsesområde er bredere end EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde 35

2) Den omhandlede BIT's retsregler, som er uden sidestykke i EU-retten, og som ikke er uforenelige hermed 38

i) Mestbegunstigelsesklausulen 38

ii) Klausulen om opfyldelse af kontraktlige forpligtelser, den såkaldte »paraplyklausul« 38

iii) Afviklingsklausulen 39

iv) Anvendelse af international voldgift som ISDS-ordning 39

3) Overlapningen mellem de øvrige bestemmelser i den omhandlede BIT og visse bestemmelser i EU-traktaten og EUF-traktaten er kun delvis 40

i) Fuld beskyttelse og sikkerhed for investeringer 40

ii) Fair og retfærdig behandling af investeringer 41

iii) Forbud mod ulovlig ekspropriation 41

3. Griber BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet, henset til formålet hermed, ind i det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og dermed i autonomien for Unionens retsorden? 43

VI. Forslag til afgørelse 49

I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse er indgivet i forbindelse med en sag, der er anlagt for de tyske domstole med henblik på annullation af endelig kendelse af 7. december 2012 afsagt af voldgiftsdomstolen bestående af Vaughan Lowe, QC (formand), Albert Jan van den Berg og V.V. Veeder, QC (voldgiftsmænd), der blev oprettet i overensstemmelse med aftalen om fremme og gensidig beskyttelse af investeringer mellem Kongeriget Nederlandene og Den Tjekkiske og Slovakiske Føderative Republik (herefter »BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet«) [2] og med voldgiftskonventionen vedtaget af De Forenede Nationers Kommission for International Handelsret (UNCITRAL), idet Den Faste Voldgiftsret (PCA) fungerer som justitskontor [3].

2. Denne præjudicielle forelæggelse giver Domstolen lejlighed til for første gang at udtale sig om det vanskelige spørgsmål om, hvorvidt BIT'er [4], der er indgået mellem medlemsstater [5], og navnlig ordninger for bilæggelse af tvister mellem investorer og stater (»Investor-State Dispute Settlement«, herefter »ISDS-ordning«), som er fastlagt ved disse aftaler, er forenelige med artikel 18 TEUF, 267 TEUF og 344 TEUF.

2 – Akronymet BIT står for »Bilateral Investment Treaty«.

3 – Jf. endelig afgørelse af 7.12.2012, Achmea BVBV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), som findes på webstedet for De Forenede Nationers Konference for Handel og Udvikling (UNCTAD) Investment Policy Hub http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323.

4 – Denne type BIT er kendt som »EU-intern BIT« (»intra-EU BIT«).

5 – De sager, der gav anledning til dom af 3.3.2009, Kommissionen mod Østrig (C-205/06, EU:C:2009:118), af 3.3.2009, Kommissionen mod Sverige (C-249/06, EU:C:2009:119), og af 19.11.2009, Kommissionen mod Finland (C-118/07, EU:C:2009:715), vedrørte BIT'er indgået mellem medlemsstater og tredjelande. Dommen af 15.9.2011, Kommissionen mod Slovakiet (C-264/09, EU:C:2011:580), vedrørte en tvist mellem en investor fra et tredjeland, Schweiz, og Den Slovakiske Republik på grundlag af energichartertraktaten, der blev undertegnet i Lissabon den 17.12.1994. Mens Domstolen i de tre første sager fastslog, at der forelå traktatbrud, forkastede den den sidstnævnte på materielt grundlag.

3. Dette spørgsmål er af væsentlig betydning i betragtning af de 196 unionsinterne BIT'er, som er i kraft på nuværende tidspunkt[6], og de mange voldgiftssager mellem investorer og medlemsstater, i hvilke Europa-Kommissionen er interveneret som amicus curiae for at gøre det synspunkt gældende, at unionsinterne BIT'er er uforenelige med EUF-traktaten, hvilket voldgiftsdomstolene systematisk har afvist som et ugrundet argument[7].

II. Retsforskrifter

A. EUF-traktaten

4. Artikel 18, stk. 1, TEUF bestemmer, at »[i]nden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af disses særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt«.

5. Artikel 267, stk. 1-3, TEUF bestemmer:

»Den Europæiske Unions Domstol har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål:

a) om fortolkningen af traktaterne

b) om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Unionens institutioner, organer, kontorer eller agenturer.

Såfremt et sådant spørgsmål rejses ved en ret i en af medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.

Såfremt et sådant spørgsmål rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig at indbringe sagen for Domstolen.«

6. Artikel 344 TEUF bestemmer, at »[m]edlemsstaterne forpligter sig til ikke at søge tvister vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne afgjort på anden måde end fastsat heri«.

6 – Den ældste er BIT mellem Tyskland og Grækenland (1961), og den nyeste er BIT mellem Litauen og Kroatien (2008).

7 – Jeg kan her nævne de vigtigste voldgiftssager mellem investorer og medlemsstater, hvori voldgiftsdomstolene har skullet tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en unionsintern BIT eller en multilateral investeringstraktat (f.eks. energichartertraktaten), som Unionen og dens medlemsstater er parter i, er forenelig med EUF-traktaten: delkendelse af 27.3.2007, Eastern Sugar BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (sag ved Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut (SCC) nr. 088/2004), kendelse af 6.6.2007, Rupert Joseph Binder mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL), om kompetence, afgørelse af 30.4.2010, Jan Oostergetel & Theodora Laurentius mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL), om kompetence; kendelse af 23.9.2010, AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erömü Kft mod Ungarn (sag ved Det Internationale Center til Bilæggelse af Investeringstvister (ICSID) nr. ARB/07/22), kendelse af 26.10.2010 og endelig kendelse af 7.12.2012, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, kendelse af 22.10.2012, European American Investment Bank AG mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2010-17), om kompetence, afgørelse af 30.11.2012 samt kendelse af 25.11.2015, Electrabel SA mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/07/19), om kompetence, gældende ret og ansvar, endelig kendelse af 21.1.2016, Charanne BV og Construction Investments Sàrl. mod Kongeriget Spanien (SCC-sag nr. 062/2012), afgørelse af 6.6.2016, RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/13/30); kendelse af 22.2.2017, WNC Factoring Ltd mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2014-34), endelig afgørelse af 10.3.2017, Anglia Auto Accessories Limited mod Den Tjekkiske Republik (SCC-sag V 2014/181), endelig kendelse af 10.3.2017, I.P. Busta og J.P. Busta mod Den Tjekkiske Republik (SCC-sag V 2015/014), og afgørelse af 4.5.2017, Eiser Infrastructure Limited og Energía Solar Luxembourg Sàrl mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/13/36). De voldgiftskendelser, som jeg henviser til i dette forslag til afgørelse, findes alle på UNCTAD's websted http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS. Jeg vil ligeledes henvise til voldgiftskendelser vedrørende BIT'er mellem medlemsstater og tredjelande eller mellem tredjelande, for så vidt som de folkeretlige principper finder anvendelse på alle disse sager uden sondring.

B. BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet

7. BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet blev indgået den 29. april 1991 og trådte i kraft den 1. oktober 1992[8]. Den Slovakiske Republik indtrådte som efterfølger for Den Tjekkiske og Slovakiske Føderative Republik den 1. januar 1993 i dette lands rettigheder og pligter og blev medlem af EU den 1. maj 2004.

8. Denne BIT blev indgået i en tjekkisk, engelsk og nederlandsk affattelse, idet den engelske sprogversion er den gyldige i tilfælde af fortolkningsspørgsmål.

9. Den omhandlede BIT's artikel 2 bestemmer, at »[d]e kontraherende parter fremmer investeringer foretaget af investorer fra den anden kontraherende part og tillader sådanne investeringer i overensstemmelse med sin nationale lovgivning«[9].

10. Den omhandlede BIT's artikel 3 bestemmer følgende:

»1) de kontraherende parter sikrer, at investeringer foretaget af investorer fra den anden kontraherende part behandles fair og retfærdigt, samt forpligter sig til ikke at skade investorernes drift, forvaltning, bevarelse, benyttelse, nydelse eller salg af disse investeringer gennem urimelige eller diskriminerende foranstaltninger [10].

2) De kontraherende parter indrømmer nærmere bestemt sådanne investeringer fuld sikkerhed og beskyttelse, som i alle henseender ikke må være ringere end den, der indrømmes investeringer foretaget af deres egne investorer eller investeringer foretaget af tredjelandsinvestorer, hvis dette er gunstigere for den pågældende investor [11].

3) Denne artikels bestemmelser skal ikke fortolkes således, at de kontraherende parter forpligtes til at indrømme investeringer foretaget af investorer fra den anden kontraherende part de samme fortrin og fordele som dem, der indrømmes tredjelandsinvestorer

a) i medfør af det pågældende tredjelands deltagelse i en eksisterende eller kommende toldunion, økonomisk union eller lignende institution, […] [12].

4) De kontraherende parter opfylder alle forpligtelser, som de har påtaget sig hvad angår investeringer foretaget af investorer fra den anden kontraherende part [13].

8 – Teksten foreligger på engelsk på UNCTAD's websted (http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650).

9 – *»Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law.«*

10 – *»Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.«*

11 – *»More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned.«*

12 – *»The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; […]«*

13 – *»Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party.«*

5) Såfremt bestemmelserne i en kontraherende parts lovgivning eller den pågældende parts forpligtelser i henhold til folkeretten, som gælder på nuværende tidspunkt eller indgås herefter mellem de kontraherende parter, ud over nærværende aftale, indeholder almindelige eller specifikke regler, der indrømmer investeringer foretaget af investorer fra den anden kontraherende part en gunstigere behandling end den, som er fastsat ved nærværende aftale, har disse regler forrang for nærværende aftale, i det omfang de er gunstigere [14].«

11. Artikel 4 bestemmer, at »[d]e kontraherende parter sikrer fri overførsel af betalinger i forbindelse med en investering. Overførslerne sker i frit konvertibel valuta og uden urimelig begrænsning eller forsinkelse […]« [15]. Frie overførsler omfatter bl.a. overskud, renter og dividender.

12. Artikel 5 bestemmer, at »[d]e kontraherende parter […] ikke [må] træffe foranstaltninger, som direkte eller indirekte fratager investorer fra den anden kontraherende part deres investeringer« [16], medmindre tre betingelser er opfyldt, nemlig at foranstaltningerne træffes af hensyn til almenvellet og i overensstemmelse med de gældende retsregler, at de ikke er diskriminerende, og at de sker mod betaling af en rimelig kompensation. Ifølge denne bestemmelse skal kompensationen svare til investeringens reelle værdi (*genuine value*).

13. Artikel 8 fastsætter:

»1) Alle tvister mellem en kontraherende part og en investor fra den anden kontraherende part vedrørende en investering foretaget af sidstnævnte skal så vidt muligt bilægges i mindelighed [17].

2) Begge parter giver herved deres samtykke til, at en tvist som omhandlet i stk. 1 forelægges for en voldgiftsret, hvis tvisten ikke er bilagt i mindelighed senest seks måneder fra den dato, hvor en af tvistens parter har ønsket mindelig bilæggelse [18].

3) Den i stk. 2 omhandlede voldgiftsret oprettes for hver enkelt sag på følgende måde: Parterne i tvisten udnævner hver en voldgiftsmand, og de to således udnævnte voldgiftsmænd udnævner i fællesskab en tredje voldgiftsmand, der er statsborger i et tredjeland, til formand for retten. Parterne i tvisten udnævner deres respektive voldgiftsmand senest to måneder efter den dato, hvor investoren har meddelt den anden kontraherende part sin beslutning om at forelægge tvisten for en voldgiftsret. Formanden udnævnes senest tre måneder efter denne dato [19].

4) Hvis udnævnelserne ikke har fundet sted inden for de ovenfor anførte frister, kan en kontraherende part anmode formanden for Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut (voldgiftsinstituttet ved handelskammeret i Stockholm, SCC) om at foretage de fornødne udnævnelser. Hvis formanden er statsborger i en af de kontraherende parter eller af anden grund ikke er i stand til at udføre den

14 – *»If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.«*

15 – *»Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay.«*

16 – *»Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments […]«*

17 – *»All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.«*

18 – *»Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.«*

19 – *»The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal.«*

pågældende funktion, anmodes næstformanden om at foretage de fornødne udnævnelser. Hvis næstformanden er statsborger i en af de kontraherende parter eller heller ikke er i stand til at udføre den pågældende funktion, anmodes det ældste medlem af Skiljedomsinstitutet, som ikke er statsborger i en af de kontraherende parter, om at foretage de fornødne udnævnelser [20].

5) Voldgiftsretten fastsætter sin egen procedure under anvendelse af voldgiftskonventionen vedtaget af [UNCITRAL] [21].

6) Voldgiftsretten træffer afgørelse på grundlag af retsregler under hensyntagen til navnlig, men ikke begrænset til:

– den pågældende kontraherende parts gældende ret

– bestemmelserne i nærværende aftale og enhver anden relevant aftale mellem de kontraherende parter

– bestemmelserne i særlige aftaler om investering

– de almindelige folkeretlige principper [22].

7) Retten træffer afgørelse ved stemmeflertal, afgørelsen er endelig og bindende for parterne i tvisten [23].«

14. Artikel 13 bestemmer:

»1) Denne aftale […] er gyldig i en periode på ti år [24].

2) Medmindre den opsiges af en af de kontraherende parter mindst seks måneder før datoen for udløbet af dens gyldighed, forlænges denne aftale stiltiende i en periode på ti år, idet begge kontraherende parter har ret til at opsige aftalen med et varsel på mindst seks måneder før udløbet af den indeværende gyldighedsperiode [25].

3) Hvad angår investeringer, der er foretaget før datoen for denne aftales ophør, finder de foregående artikler anvendelse i en yderligere periode på 15 år fra denne dato [26].

[…]«

20 – *»If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.«*

21 – *»The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).«*

22 – *»The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law.«*

23 – *»The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute.«*

24 – *»The present Agreement […] shall remain in force for a period of ten years.«*

25 – *»Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity.«*

26 – *»In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date.«*

C. Tyske lovbestemmelser

15. § 1040 i Zivilprozessordnung (den civile retsplejelov), der har overskriften »Voldgiftsrettens kompetence til at træffe afgørelse vedrørende sin egen kompetence«, bestemmer:

»1) Retten kan træffe afgørelse vedrørende sin egen kompetence, herunder vedrørende indsigelser med hensyn til voldgiftsaftalens eksistens eller gyldighed. […]

2) En indsigelse med hensyn til voldgiftsrettens manglende kompetence skal senest gøres gældende ved afgivelse af svar i sagen. […]

3) Hvis voldgiftsretten fastslår, at den har kompetence, træffer den som hovedregel afgørelse om den i stk. 2 omhandlede indsigelse ved en midlertidig kendelse […]«

16. § 1059 i Zivilprozessordnung, der har overskriften »Annullationspåstand«, fastsætter:

»1) En sag, der er anlagt ved en ordinær ret til prøvelse af en voldgiftskendelse, kan kun tage form af en annullationspåstand i henhold til stk. 2 og 3.

2) Voldgiftskendelsen kan kun ophæves, hvis

1. den part, som har nedlagt påstand herom, med føje kan gøre gældende

   a) […] at [voldgiftsaftalen] ikke er gyldig i henhold til den lov, som parterne har aftalt er gældende lov herfor, eller såfremt dette ikke er angivet, i henhold til tysk lov, eller

   […]

2. den kompetente nationale ret fastslår,

   […]

   b) at anerkendelsen eller fuldbyrdelsen af kendelsen ville føre til et resultat, der strider mod ordre public.[…]«

III. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

17. Achmea BV, tidligere Eureko BV, er en virksomhed tilhørende en nederlandsk forsikringskoncern.

18. I forbindelse med en reform af sundhedsvæsenet åbnede Den Slovakiske Republik i 2004 det slovakiske marked for inden- og udenlandske udbydere af private sygeforsikringer. Efter at være blevet godkendt som sygeforsikringsselskab oprettede Achmea en filial i Slovakiet (Union Healthcare), som selskabet tilførte kapital (ca. 72 mio. EUR), og hvorigennem det tilbød privat sygeforsikring.

19. Efter et regeringsskifte i 2006 rullede Den Slovakiske Republik delvis liberaliseringen af markedet for sygeforsikringer tilbage. Først blev forsikringsmæglervirksomhed forbudt, derefter udlodning af overskud af sygeforsikringsvirksomhed og endelig salg af forsikringsporteføljer. Ved en dom af 26. januar 2011 fastslog Ústavný súd Slovenskej republiky (Den Slovakiske Republiks forfatningsdomstol), at det lovbestemte forbud mod udlodning af overskud var i strid med forfatningen. Ved en lovændring på sygeforsikringsområdet, som trådte i kraft den 1. august 2011, tillod Den Slovakiske Republik atter udlodning af overskud.

20. I henhold til artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet indledte Achmea i oktober 2008 en voldgiftssag mod Den Slovakiske Republik med påstand om, at denne stats lovgivningsforanstaltninger udgjorde tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1 og 2, og artikel 4 og 5 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet, og rejste et erstatningskrav på et beløb på 65 mio. EUR.

21. Voldgiftsretten og parterne aftalte, at PCA skulle fungere som justitskontor, og at processproget var engelsk. Voldgiftsretten fastsatte ved sin voldgiftskendelse nr. 1 Frankfurt am Main (Tyskland) som det sted, hvor voldgiftssagen skulle finde sted.

22. Under voldgiftssagen rejste Den Slovakiske Republik indsigelse om, at voldgiftsretten manglede kompetence. Den gjorde gældende, at EUF-traktaten regulerede det samme område som BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet, og at denne aftale derfor skulle anses for ikke at finde anvendelse eller for at være ophørt i overensstemmelse med artikel 30 og 59 i Wienerkonventionen om traktatretten af 23. maj 1969 (herefter »Wienerkonventionen«) [27]. Desuden gjorde Den Slovakiske Republik gældende, at voldgiftsaftalen fastlagt i den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 2, følgelig ikke kunne anvendes, da den var uforenelig med EUF-traktaten. I denne forbindelse tilføjede Den Slovakiske Republik, at Domstolen har enekompetence hvad angår Achmeas påstande, og at visse af den omhandlede BIT's bestemmelser, f.eks. artikel 4 vedrørende fri overførsel af betalinger, er blevet kendt uforenelige med EUF-traktaten af Domstolen [28].

23. Ved kendelse af 26. oktober 2010 om kompetencespørgsmålet, om, hvorvidt tvisten kunne gøres til genstand for voldgift, og om udsættelse forkastede voldgiftsretten indsigelsen om manglende kompetence og bekræftede sin kompetence [29]. Den Slovakiske Republik fik ikke medhold i sit annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af denne kendelse ved de tyske domstole.

24. Ved endelig kendelse af 7. december 2012 fastslog voldgiftsretten, at en del af Den Slovakiske Republiks foranstaltninger, nemlig forbuddet mod udlodning af overskud [30] og forbuddet mod overførsel [31], tilsidesatte BIT's artikel 3 (rimelig og fair behandling) og artikel 4 (fri overførsel af betalinger), og dømte Den Slovakiske Republik til at betale Achmea skadeserstatning med renter, et beløb på 22,1 mio. EUR med tillæg af renter, samt Achmeas udgifter til voldgift og advokathonorar [32].

25. Da Frankfurt am Main var blevet fastsat som det sted, hvor voldgiftssagen skulle finde sted, anlagde Den Slovakiske Republik et annullationssøgsmål til prøvelse af den endelige kendelse ved Oberlandesgericht Frankfurt am Main (den regionale appeldomstol i Frankfurt am Main, Tyskland). Efter at denne domstol havde forkastet annullationspåstanden, iværksatte Den Slovakiske Republik en appel til prøvelse af denne afgørelse ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland).

26. I sin appel har Den Slovakiske Republik gjort gældende, at den endelige kendelse bør ophæves, da den tilsidesætter ordre public, og at den voldgiftsaftale, som har givet anledning til denne kendelse, ligeledes er ugyldig og tilsidesætter ordre public [33].

27 – *United Nations Treaty Series*, bd. 1155, s. 331.

28 – Jf. den i fodnote 5 anførte retspraksis.

29 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse.

30 – I henhold til lov nr. 530/2007 af 25.10.2007 skulle overskud fra sygeforsikringer anvendes til landets sundhedsvæsen. Denne lov blev dømt forfatningsstridig af Ústavný súd Slovenskej repubkiky (Den Slovakiske Republiks forfatningsdomstol), hvilket er grunden til, at voldgiftsretten i modsætning til, hvad Achmea havde gjort gældende, fastslog, at forbuddet mod udlodning af overskud ikke udgjorde en ekspropriation af selskabets investering. Jf. endelig kendelse af 7.12.2012, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), præmis 288.

31 – Med lov nr. 192/2009 af 30.4.2009 kunne et sygeforsikringsselskab ikke længere sælge sin forsikringsportefølje til et andet forsikringsselskab. Ifølge denne lov skulle et forsikringsselskabs forsikringsportefølje i tilfælde af dette selskabs insolvens overdrages, uden kompensation, til et af de to statslige forsikringsselskaber.

32 – Voldgiftsretten afviste Achmeas argument om, at de af Den Slovakiske Republiks trufne foranstaltninger udgjorde ekspropriation i strid med den omhandlede BIT's artikel 5.

33 – Jf. § 1059, stk. 2, nr. 1, litra a), og § 1059, stk. 2, nr. 2, litra b), i Zivilprozessordnung.

27. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt den endelige kendelse tilsidesætter ordre public, har Den Slovakiske Republik gjort gældende, at voldgiftsretten, der ikke har mulighed for at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, ikke tog hensyn til de EU-retlige bestemmelser om frie kapitalbevægelser, der har forrang, og tilsidesatte Den Slovakiske Republiks ret til et forsvar, da den fastsatte størrelsen af den lidte skade.

28. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt den voldgiftsaftale, som er fastlagt i artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet, er ugyldig, har Den Slovakiske Republik gjort gældende, at denne aftale er i strid med artikel 267 TEUF og 344 TEUF samt princippet om forbud mod forskelsbehandling i artikel 18 TEUF.

29. Selv om Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) ikke deler Den Slovakiske Republiks tvivl hvad angår foreneligheden af artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet med artikel 18 TEUF, 267 TEUF og 344 TEUF, har den konstateret, at Domstolen endnu ikke har udtalt sig om disse spørgsmål, og at det ikke er muligt med tilstrækkelig sikkerhed at udlede svaret af den eksisterende retspraksis, især i betragtning af det standpunkt, som Kommissionen, der både i forbindelse med den foreliggende voldgiftssag og i annullationssøgsmålet ved de tyske domstole er interveneret til støtte for Den Slovakiske Republik, har indtaget.

30. På denne baggrund har Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er artikel 344 TEUF til hinder for anvendelsen af en bestemmelse i en bilateral investeringsbeskyttelsesaftale mellem EU-medlemsstater (en såkaldt unionsintern BIT), hvorefter en investor, som er hjemmehørende i en af de kontraherende stater, i forbindelse med en tvist vedrørende investeringer i den anden kontraherende stat kan indlede en sag mod sidstnævnte ved en voldgiftsret, hvis investeringsbeskyttelsesaftalen er indgået før en af de kontraherende staters tiltrædelse af EU, men voldgiftssagen først skal indledes derefter?

Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

2) Er artikel 267 TEUF til hinder for anvendelsen af en sådan bestemmelse?

Såfremt første og andet spørgsmål besvares benægtende:

3) Er artikel 18, stk. 1, TEUF under de i første spørgsmål beskrevne omstændigheder til hinder for en sådan bestemmelse?«

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

31. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse blev indleveret til Domstolen den 23. maj 2016. Den Slovakiske Republik, Achmea, den tjekkiske, estiske, græske, spanske, cypriotiske, ungarske, nederlandske, østrigske, polske, rumænske og finske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

32. Der blev afholdt retsmøde den 19. juni 2016, hvor Den Slovakiske Republik, Achmea, den tjekkiske, tyske, estiske, græske, spanske, franske, italienske, cypriotiske, lettiske, ungarske, nederlandske, østrigske, polske, rumænske og finske regering samt Kommissionen afgav mundtlige indlæg.

V. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

33. Før behandlingen af den forelæggende rets tre præjudicielle spørgsmål vil jeg gerne komme med nogle indledende bemærkninger.

34. De medlemsstater, som har afgivet indlæg i den foreliggende sag, kan inddeles i to grupper. Den første består af Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig og Republikken Finland, som primært er oprindelseslande for investorer og derfor aldrig eller sjældent ses som sagsøgte i voldgiftssager, der er iværksat af investorer, idet Kongeriget Nederlandene og Republikken Finland aldrig har været sagsøgt i en sådan sag [34], Forbundsrepublikken Tyskland har været sagsøgt i tre sager [35], og Den Franske Republik [36] og Republikken Østrig kun har været sagsøgt i en enkelt sag [37].

35. Den anden gruppe består af Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Den Hellenske Republik, Kongeriget Spanien, Den Italienske Republik, Republikken Cypern, Republikken Letland, Ungarn, Republikken Polen, Rumænien og Den Slovakiske Republik. Disse stater har alle været sagsøgt i adskillige unionsinterne investeringsvoldgiftssager, Den Tjekkiske Republik 26 gange, Republikken Estland tre gange, Den Hellenske Republik tre gange, Kongeriget Spanien 33 gange, Den Italienske Republik ni gange, Republikken Cypern tre gange, Republikken Letland to gange, Ungarn 11 gange, Republikken Polen 11 gange, Rumænien fire gange og Den Slovakiske Republik ni gange [38].

36. I lyset af disse økonomiske realiteter kan det næppe overraske, at medlemsstaterne i den anden gruppe har interveneret til støtte for Den Slovakiske Republiks synspunkt, idet denne stat netop var sagsøgt i den investeringsvoldgiftssag, som den foreliggende sag vedrører.

34 – Jf. statistikken på UNCTAD Investment Policy Hubs websted (http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS).

35 – Det drejer sig om den verserende voldgiftssag Vattenfall AB m.fl. mod Forbundsrepublikken Tyskland (II) (ICSID-sag nr. ARB/12/12), indledt af en svensk investor på grundlag af energichartertraktaten, og voldgiftssager, som har været genstand for en transaktion, nemlig Ashok Sancheti mod Forbundsrepublikken Tyskland, indledt af en indisk investor på grundlag af BIT mellem Tyskland og Indien, samt Vattenfall AB m.fl. mod Forbundsrepublikken Tyskland (I) (ICSID-sag nr. ARB/09/6), indledt af en svensk investor på grundlag af energichartertraktaten.

36 – Det drejer sig om den verserende voldgiftssag Erbil Serter mod Den Franske Republik (ICSID-sag nr. ARB/13/22), indledt af en tyrkisk investor på grundlag af BIT mellem Frankrig og Tyrkiet.

37 – Hvad angår Republikken Østrig drejer det sig om den verserende voldgiftssag BV Belegging-Maatschappij Far East mod Republikken Østrig (ICSID-sag nr. ARB/15/32), indledt på grundlag af BIT mellem Østrig og Malta.

38 – Jf. statistikken på UNCTAD Investment Policy Hubs websted (http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS).

37. Inden for denne anden gruppe, som forsvarer det synspunkt, at unionsinterne BIT'er er uforenelige med EU-traktaten og EUF-traktaten, er det derimod overraskende, at alene Den Italienske Republik har bragt sine unionsinterne BIT'er til ophør med undtagelse af BIT mellem Italien og Malta, mens de øvrige medlemsstater i denne gruppe opretholder alle, eller størstedelen af aftalerne, hvorved deres egne investorer kan drage fordel heraf. Mange investeringsvoldgiftssager er nemlig iværksat af investorer fra disse medlemsstater, ofte rettet mod en anden medlemsstat i den samme gruppe [39].

38. Da Den Slovakiske Republik i retsmødet blev spurgt, hvorfor den ikke opsagde i det mindste de BIT'er, der var indgået med de medlemsstater, som i den foreliggende sag ligesom den selv gjorde gældende, at de var uforenelige med EU-retten [40], påberåbte den sig det formål, at dens egne investorer ikke skulle være ofre for forskelsbehandling i forhold til investorer fra andre medlemsstater i de medlemsstater, hvormed den ikke længere ville have en BIT. Dette ønske har imidlertid ikke forhindret den i at opsige sin BIT med Den Italienske Republik. Samtidig drager dens egne investorer stadig fordel af de BIT'er, der er indgået med medlemsstater i den samme gruppe, som det f.eks. fremgår af voldgiftssagen Poštová banka, a.s. og Istrokapital SE mod Den Hellenske Republik (ICSID-sag nr. ARB/13/8).

39. Kommissionens synspunkt giver også anledning til undren.

40. EU-institutionerne, heriblandt Kommissionen, har nemlig meget længe givet udtryk for det synspunkt, at disse BIT'er på ingen måde var uforenelige med EU-retten, men var nødvendige instrumenter i forberedelsen af de central- og østeuropæiske landes tiltrædelse af Unionen. De associeringsaftaler, der blev indgået mellem Unionen og kandidatlandene, indeholdt i øvrigt bestemmelser om indgåelsen af BIT'er mellem medlemsstaterne og kandidatlandene [41].

41. I retsmødet forsøgte Kommissionen at forklare denne udvikling i sit standpunkt hvad angår BIT'ers uforenelighed med EU-traktaten og EUF-traktaten med, at det var aftaler, der var nødvendige for forberedelsen af kandidatlandes tiltrædelse. Hvis disse BIT'er imidlertid kun var berettigede i associeringsperioden, og begge parter vidste, at de ville blive uforenelige med EU-traktaten og

39 – Jf. bl.a. Indrek Kuivallik mod Republikken Letland (UNCITRAL) på grundlag af BIT mellem Estland og Letland; UAB E energija mod Republikken Letland (ICSID-sag nr. ARB/12/33) på grundlag af BIT mellem Litauen og Letland, Spółdzielnia Pracy Muszynianka mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) på grundlag af BIT mellem Polen og Slovakiet, ČEZ a.s. mod Republikken Bulgarien (ICSID-sag nr. ARB/16/24) og ENERGO-PRO a.s. mod Republikken Bulgarien (ICSID-sag nr. ARB/15/19) på grundlag af BIT mellem Den Tjekkiske Republik og Bulgarien, Poštová banka, a.s. og Istrokapital SE mod Den Hellenske Republik (ICSID-sag nr. ARB/13/8) på grundlag af BIT mellem Grækenland og Slovakiet og mellem Grækenland og Cypern, MOL Hungarian Oil and Gas Company plc mod Republikken Kroatien (ICSID-sag nr. ARB/13/32) på grundlag af BIT mellem Ungarn og Kroatien, Theodoros Adamakopoulos m.fl. mod Republikken Cypern (ICSID-sag nr. ARB/15/49), Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd mod Den Hellenske Republik (ICSID-sag nr. ARB/14/16), og Marfin Investment Group Holdings SA m.fl. mod Republikken Cypern (ICSID-sag nr. ARB/13/27) på grundlag af BIT mellem Grækenland og Cypern; WCV Capital Ventures Cyprus Limited og Channel Crossings Limited mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL), Forminster Enterprises Limited mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) og WA Investments-Europa Nova Limited mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) på grundlag af BIT mellem Den Tjekkiske Republik og Cypern; Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd mod Republikken Polen (ITC) og Seventhsun Holding Ltd m.fl. mod Republikken Polen (SCC) på grundlag af BIT mellem Cypern og Polen, Natland Investment Group NV m.fl. mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) på grundlag af bl.a. BIT mellem Cypern og Den Tjekkiske Republik, Mercuria Energy Group mod Republikken Polen (SCC) på grundlag af energichartertraktaten indgået af Republikken Cypern og Republikken Polen, Vigotop Limited mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/11/22) på grundlag af BIT mellem Cypern og Ungarn, Impresa Grassetto SpA under likvidation mod Republikken Slovenien (ICSID-sag nr. ARB/13/10) på grundlag af BIT mellem Italien og Slovenien, Marco Gavazzi og Stefano Gavazzi mod Rumænien (ICSID-sag nr. ARB/12/25) på grundlag af BIT mellem Italien og Rumænien og Luigiterzo Bosca mod Republikken Litauen (PCA-sag nr. 2011-05) på grundlag af BIT mellem Italien og Litauen.

40 – Der er tale om Den Hellenske Republik, Kongeriget Spanien, Republikken Letland, Ungarn, Republikken Polen og Rumænien.

41 – Jf. bl.a. artikel 72, stk. 2, første led, i Europaaftalen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Ungarn på den anden side, undertegnet i Bruxelles den 16.12.1991 (EFT 1993, L 347, s. 2), artikel 73, stk. 2, første led, i Europaaftalen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Polen på den anden side, undertegnet i Bruxelles den 16.12.1991 (EFT 1993, L 348, s. 2), artikel 74, stk. 2, andet led, i Europaaftalen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Rumænien på den anden side, undertegnet i Bruxelles den 1.2.1993 (EFT 1994, L 357, s. 2); artikel 74, stk. 2, andet led, i Europaaftalen om oprettelse af en associering mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Den Slovakiske Republik på den anden side, undertegnet i Luxembourg den 4.10.1993 (EFT 1994, L 359, s. 2), og artikel 85, stk. 2, andet led, i stabiliserings- og associeringsaftalen mellem De Europæiske Fællesskaber og deres medlemsstater på den ene side og Republikken Kroatien på den anden side, undertegnet i Luxembourg den 29.10.2001 (EUT 2005, L 26, s. 3).

EUF-traktaten, så snart det pågældende tredjeland var blevet medlem af Unionen, hvorfor indeholdt tiltrædelsestraktaterne da ikke en bestemmelse om, at disse aftaler ophørte, i stedet for at opretholde en retlig uvished, som for visse medlemsstaters vedkommende har varet i over 30 år og for mange andres i 13 år?

42. Desuden er der i Unionen ikke kun tale om investeringstraktater mellem lande med markedsøkonomi og lande, der tidligere havde planøkonomi [42] eller mellem medlemsstater og kandidatlande [43], sådan som Kommissionen har antydet.

43. Endvidere har alle medlemsstaterne og Unionen ratificeret energichartertraktaten, der blev undertegnet i Lissabon den 19. december 1994 [44]. Denne multilaterale traktat om investeringer på energiområdet gælder også mellem medlemsstaterne, da den ikke er indgået som en aftale mellem Unionen og dens medlemsstater på den ene side [45] og tredjelande på den anden, men som en almindelig multilateral aftale, hvori alle de kontraherende parter deltager på lige fod. Som sådan gælder denne traktats materielle bestemmelser om beskyttelse af investeringer samt ISDS-ordningen ligeledes mellem medlemsstaterne. Jeg skal bemærke, at når ingen EU-institution eller medlemsstat har anmodet om Domstolens udtalelse om denne traktats forenelighed med EU-traktaten og EUF-traktaten, skyldes det, at ingen af dem har haft den mindste mistanke om, at den skulle være uforenelig hermed.

44. Jeg kan tilføje, at den systemiske risiko, som unionsinterne BIT'er ifølge Kommissionen udgør for EU-rettens ensartethed og effektivitet, er stærkt overdrevet. UNCTAD's statistik [46] viser, at der ud af 62 afsluttede unionsinterne voldgiftssager over en periode på flere årtier kun har været ti sager, hvor investorerne har fået medhold [47], hvilket udgør 16,1% af de 62 sager, dvs. en væsentligt lavere andel end de 26,9% »sejre«, som investorerne har haft på verdensplan [48].

45. Voldgiftsretterne har i vidt omgang givet Kommissionen mulighed for at intervenere i voldgiftssagerne, og så vidt jeg ved blev voldgiftsretterne ikke i nogen af de ti sager anmodet om at kontrollere EU-retsakters gyldighed eller medlemsstaters retsakters forenelighed med EU-retten. I deres skriftlige indlæg har adskillige medlemsstater og Kommissionen kun anført ét eksempel, nemlig voldgiftssagen Ioan Micula m.fl. mod Rumænien (ICSID-sag nr. ARB/05/20), som har medført en voldgiftskendelse, der angiveligt var uforenelig med EU-retten. Selv om dette eksempel efter min opfattelse ikke er relevant i den foreliggende sag [49], støtter den omstændighed, at der kun findes et eneste eksempel, mit synspunkt, nemlig at visse medlemsstaters og Kommissionens frygt for, at unionsinterne BIT'er udgør en systemisk risiko, er stærkt overdrevet.

42 – Jf. bl.a. BIT mellem Belgien og Luxembourg og Cypern, BIT mellem Belgien og Luxembourg og Malta og BIT mellem Cypern og Malta.

43 – Jf. bl.a. BIT mellem Cypern og Malta, BIT mellem Estland og Letland, BIT mellem Estland og Litauen, BIT mellem Estland og Polen, BIT mellem Polen og Bulgarien, BIT mellem Polen og Slovakiet, BIT mellem Ungarn og Slovenien, BIT mellem Ungarn og Slovakiet, BIT mellem Ungarn og Polen, BIT mellem Den Tjekkiske Republik og Bulgarien og BIT mellem Den Tjekkiske Republik og Letland.

44 – Jf. Rådets og Kommissionens afgørelse 98/181/EF, EKSF, Euratom af 23.9.1997 om De Europæiske Fællesskabers indgåelse af energichartertraktaten og energicharterprotokollen om energieffektivitet og de hermed forbundne miljøaspekter (EFT 1998, L 69, s. 1).

45 – Den Italienske Republik har for nylig opsagt denne traktat med henvisning til en samlet undersøgelse af udgifterne som følge af de finansielle bidrag i tilknytning til landets deltagelse i adskillige internationale organisationer, bl.a. energichartertraktatens sekretariat i Bruxelles. Jf. https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/002/788/2015__06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf, s. 7.

46 – Jf. UNCTAD's websted (http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS).

47 – Jf. delkendelse af 27.3.2007, Eastern Sugar BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (sag ved Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut SCC nr. 088/2004), endelig kendelse af 7.12.2012, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), kendelse af 14.2.2012, Les Laboratoires Servier, S.A.S. m.fl. mod Republikken Polen (PCA), kendelse af 3.12.2014, EDF International SA mod Ungarn (PCA-sag), kendelse af 3.12.2014, EDF International SA mod Ungarn (UNCITRAL), afgørelse af 24.8.2015, Dan Cake (Portugal) SA mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/12/9), om kompetence og ansvar, kendelse af 13.12.2016, Edenred SA mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/13/21), kendelse af 4.5.2017, Eiser Infrastructure Limited og Energía Solar Luxembourg Sàrl mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/13/36), kendelse afsagt i 2017, Horthel Systems BV m.fl. mod Republikken Polen (PCA-sag nr. 2014-31) og kendelse af 13.7.2017, Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi mod Rumænien (ICSID-sag nr. ARB/12/25).

48 – Jf. UNCTAD's statistik (findes på webstedet http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS).

49 – Der var ikke tale om en tvist vedrørende en unionsintern BIT, eftersom Rumænien endnu ikke var tiltrådt Unionen i 2005, da voldgiften blev indledt, og tvisten opstod. EU-retten fandt derfor ikke anvendelse på de faktiske omstændigheder, som denne voldgiftssag vedrørte.

46. Endelig bør det fremhæves, at BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet ikke længere er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 351 TEUF, efter at Den Slovakiske Republik tiltrådte Unionen [50].

47. Dette indebærer dog ikke, at denne BIT automatisk blev ophævet eller blev uforenelig med EU-traktaten og EUF-traktaten. Som Domstolen har fastslået, »[kan] bestemmelserne i en konvention, som er indgået af to medlemsstater, ikke […] finde anvendelse på forholdet mellem disse to stater, såfremt de strider mod [EUF-]traktatens regler« [51]. Med andre ord finder bestemmelserne i en sådan konvention anvendelse mellem medlemsstaterne, i det omfang de er forenelige med EU-traktaten og EUF-traktaten.

48. Jeg skal nu undersøge, hvorvidt artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet er uforenelig med EUF-traktaten, navnlig med artikel 18 TEUF, 267 TEUF og 344 TEUF.

B. Det tredje præjudicielle spørgsmål

49. Jeg foreslår, at de tre spørgsmål behandles i den omvendte rækkefølge af den, som den forelæggende ret har fulgt, da det vil være ufornødent at besvare det første og det andet spørgsmål, hvis artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet udgør forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er forbudt i henhold til artikel 18 TEUF.

50. Den forelæggende ret ønsker med sit tredje præjudicielle spørgsmål nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 18 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en ISDS-ordning som den, der er fastlagt i artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet, og som giver nederlandske investorer ret til at indlede en international voldgiftssag mod Den Slovakiske Republik, idet investorerne i andre medlemsstater ikke har den samme ret.

1. Formaliteten

51. Achmea samt den nederlandske, østrigske og finske regering har gjort gældende, at dette spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, da det ikke er relevant for løsningen af tvisten i hovedsagen, idet Achmea ikke har klaget over at have været udsat for forskelsbehandling. Hvis artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet udgjorde forskelsbehandling, ville det tværtimod have været til Achmeas fordel.

52. Efter min opfattelse bør denne formalitetsindsigelse afvises, da et svar på det tredje spørgsmål er nødvendigt for at kunne vurdere, om denne BIT's artikel 8 er forenelig med EU-traktaten og EUF-traktaten.

50 – Jf. dom af 8.9.2009, Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, præmis 97-99), der drejede sig om bilaterale traktater indgået den 11.6.1976 og 7.6.1979 mellem Republikken Østrig og Den Socialistiske Republik Tjekkoslovakiet. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i den sag, som gav anledning til denne dom, var Republikken Østrig allerede en medlemsstat, mens Den Tjekkiske Republik ikke var det, men den sidstnævnte stat tiltrådte Unionen, mens sagen verserede.

51 – Dom af 20.5.2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, præmis 37). Jf. desuden i denne retning dom af 10.11.1992, Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, præmis 8). Dette synspunkt er i overensstemmelse med Wienerkonventionens artikel 30, stk. 3, som bestemmer, at »[n]år alle deltagerne i den tidligere traktat også er deltagere i den senere traktat, men den tidligere traktat ikke er bragt til ophør eller suspenderet i henhold til artikel 59, finder den tidligere traktat kun anvendelse, i den udstrækning dens bestemmelser er forenelige med den senere traktats bestemmelser«. Jf. i denne retning afgørelse af 30.11.2012, Electrabel SA mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/07/19), om kompetence, gældende ret og ansvar, præmis 4.182-4.191.

53. Den forelæggende ret er blevet forelagt et annullationssøgsmål til prøvelse af endelig kendelse af 7. december 2012 i voldgiftssagen Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), med bl.a. påstand om, at den voldgiftsbestemmelse, som voldgiftsretten har lagt til grund for sin kompetence, er ugyldig. I denne henseende er det mindre væsentligt, om Achmea er udsat for forskelsbehandling eller ikke.

2. Realiteten

54. Indledningsvis skal jeg bemærke, at adskillige af de intervenerende medlemsstater samt Kommissionen har gjort opmærksom på, at den forelæggende ret i sit tredje spørgsmål ikke bør henvise til artikel 18 TEUF, men til artikel 49 TEUF og 63 TEUF, som er mere specifikke bestemmelser end artikel 18 TEUF.

55. Ifølge fast retspraksis »[kan] artikel 18 TEUF kun […] anvendes selvstændigt på forhold omfattet af EU-retten, for hvilke traktaten ikke indeholder særlige bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling« [52].

56. Imidlertid er den ISDS-ordning, der er fastlagt i den omhandlede BIT's artikel 8, ikke omfattet af det materielle anvendelsesområde for hverken den frie etableringsret, de frie kapitalbevægelser eller nogen anden bestemmelse i EUF-traktaten, da EU-retten ikke fastsætter retsmidler, som giver retssubjekter mulighed for at sagsøge medlemsstaterne ved Domstolen [53].

57. Endvidere går det materielle anvendelsesområde for den pågældende BIT – som jeg vil redegøre for i dette forslag til afgørelses punkt 183-198 og 210-228 – langt ud over grænserne for etableringsfriheden, der er fastsat i artikel 49 TEUF, og de frie kapitalbevægelser, der er fastsat i artikel 63 TEUF.

58. Den foreliggende sag illustrerer dette, idet voldgiftsretten i sin endelige kendelse fastslog, at Den Slovakiske Republik ved at forbyde overførsel og udlodning af overskud [54] tilsidesatte den omhandlede BIT's artikel 3 (fair og retfærdig behandling) og artikel 4 (fri overførsel af betalinger). Mens den omhandlede BIT's artikel 4 i alt væsentligt svarer til artikel 63 TEUF, findes der ikke nogen EU-retlig bestemmelse, der svarer til dens artikel 3, selv om der er delvis overlapning med adskillige EU-retlige bestemmelser [55].

59. Det skal derfor undersøges, hvorvidt den omhandlede BIT's artikel 8 er i overensstemmelse med det almindelige EU-retlige princip, som er formuleret i artikel 18 TEUF, om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

52 – Dom af 5.2.2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, præmis 25). Jf. ligeledes i denne retning dom af 11.3.2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

53 – Jf. punkt 205 i dette forslag til afgørelse.

54 – Jf. punkt 24 i dette forslag til afgørelse.

55 – Jf. punkt 213-216 i dette forslag til afgørelse.

60. I denne forbindelse har Den Slovakiske Republik, den estiske, græske, spanske, italienske, cypriotiske, ungarske, polske og rumænske regering samt Kommissionen gjort gældende, at den omhandlede BIT's materielle bestemmelser, herunder artikel 8, i det foreliggende tilfælde udgør forskelsbehandling, idet de indrømmer investorer fra Kongeriget Nederlandene. der har foretaget investeringer i Den Slovakiske Republik en fortrinsbehandling, mens investorer fra medlemsstater, som ikke har indgået en BIT med Den Slovakiske Republik [56], ikke modtager samme behandling [57].

61. Her er en indledende bemærkning vedrørende omfanget af den påståede forskelsbehandling påkrævet. Den Slovakiske Republik har indgået en BIT med størstedelen af medlemsstaterne, nemlig med Kongeriget Belgien, Republikken Bulgarien, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Hellenske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Republikken Kroatien, Republikken Letland, Storhertugdømmet Luxembourg, Ungarn, Republikken Malta, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Republikken Polen, Den Portugisiske Republik, Rumænien, Republikken Slovenien, Republikken Finland, Kongeriget Sverige og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland. Disse BIT'er er gældende på nuværende tidspunkt.

62. Det er korrekt, at investorerne fra disse medlemsstater ikke er omfattet af artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet. De BIT'er, som deres oprindelsesmedlemsstater har indgået med Den Slovakiske Republik, fastsætter dog alle international voldgift som ISDS. Der sker således ingen forskelsbehandling af disse.

63. Den Slovakiske Republik har også indgået en BIT med Den Tjekkiske Republik og en anden med Den Italienske Republik, men parterne har bragt disse til ophør [58]. Hvis der sker forskelsbehandling af tjekkiske og italienske investorer, skyldes det således, at deres medlemsstater har besluttet at fratage dem den fordel, som BIT'en gav dem.

64. Estiske, irske, cypriotiske og litauiske investorer har således ikke fordel af en bestemmelse svarende til den omhandlede BIT's artikel 8 i forhold til Den Slovakiske Republik, bortset fra investeringer på energiområdet, hvor energichartertraktaten giver dem en lignende fordel.

65. Efter min opfattelse er ikke engang disse investorer udsat for forskelsbehandling, der er forbudt i henhold til EU-retten.

66. Domstolen har således allerede behandlet spørgsmålet om, hvorvidt en medlemsstats statsborger, som foretager en grænseoverskridende investering, er udsat for forskelsbehandling, når den medlemsstat, hvor investeringen foretages, ikke indrømmer investoren en (skattemæssig) fordel, som den indrømmer statsborgere i en anden medlemsstat på grundlag af en bilateral aftale, der er indgået med den sidstnævnte stat.

56 – Dette argument understøtter det synspunkt, som jeg vil redegøre for i punkt 174-228 i dette forslag til afgørelse, nemlig at der ikke er nogen uforenelighed mellem EU-traktaten og EUF-traktaten og den omhandlede BIT, da det er underforstået, at den retlige beskyttelse, som sidstnævnte indrømmer de nederlandske investeringer i Slovakiet, er større end den beskyttelse, som disse investeringer indrømmes ved EU-traktaten og EUF-traktaten, og således supplerer denne. Det er kun en medlemsstats forskelsbehandling af en anden medlemsstats statsborgere i forhold til den førstnævnte medlemsstats behandling af sine egne statsborgere, som er forbudt i EU-retten. Omvendt forskelsbehandling eller fordele, som indrømmes en anden medlemsstats statsborgere, er derimod ikke omhandlet i eller uforenelig med EU-retten.

57 – Ingen af de intervenerende parter i den foreliggende sag har hævdet, at der foreligger forskelsbehandling mellem udenlandske investorer og nationale investorer. Efter min opfattelse udgør den forskellige behandling af disse investorer ikke forskelsbehandling, idet den skal opfylde et dobbelt formål af almen interesse, der består i dels at skabe gensidige regler til beskyttelse af nederlandske investeringer i Slovakiet og slovakiske investeringer i Nederlandene, dels at anspore til og fremme investeringer mellem disse to lande. Jf. i denne retning præmis 37-40 i afgørelse nr. 2017-749-DC fra Conseil constitutionnel (forfatningsråd) af 31.7.2017 om den samlede økonomi- og handelsaftale mellem Canada på den ene side og Den Europæiske Union og dens medlemsstater på den anden side (JORF af 18.8.2017, tekst 1).

58 – Det er altid spørgsmålet, hvorvidt disse BIT'er på grund af en afviklingsklausul (»sunset clause«) fortsat har virkninger for investeringer, som er foretaget i den periode, hvor de var i kraft.

67. Den sag, der gav anledning til dom af 5. juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424) [59], drejede sig om de nederlandske myndigheders afslag på at indrømme en tysk statsborger, der havde investeret i fast ejendom i Nederlandene, et bundfradrag i forbindelse med formuebeskatning. D. gjorde gældende, at der var tale om forskelsbehandling, eftersom denne fordel blev indrømmet belgiske statsborgere, som havde foretaget lignende investeringer i Nederlandene i henhold til artikel 24 og 25 i overenskomsten undertegnet den 19. oktober 1970 mellem Kongeriget Belgiens regering og Kongeriget Nederlandenes regering til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter samt vedrørende andre skattemæssige spørgsmål (herefter »den belgisk-nederlandske overenskomst«).

68. Domstolen fastslog for det første, at »den forelæggende rets […] spørgsmål tager udgangspunkt i, at en ikke-hjemmehørende, såsom D., ikke befinder sig i en situation, der kan sammenlignes med situationen for en hjemmehørende i Nederlandene. Spørgsmålet har til formål at afklare, om D.'s situation kan sammenlignes med situationen for en anden ikke-hjemmehørende, der nyder fordel af en særlig behandling i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst« [60].

69. I denne henseende fastslog Domstolen, at »[d]en omstændighed, at [de] gensidige rettigheder og forpligtelser[, som følger af den belgisk-nederlandske overenskomst,] kun finder anvendelse på personer, der er bosiddende i en af de to kontraherende medlemsstater, er en naturlig følge af bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomster. Det følger heraf, at en skattepligtig, der er hjemmehørende i Belgien, ikke befinder sig i samme situation som en skattepligtig, der er hjemmehørende uden for Belgien, for så vidt angår formueskat på fast ejendom, der er beliggende i Nederlandene« [61].

70. Domstolen tilføjede, at »[e]n bestemmelse som den, der er fastsat i artikel 25, stk. 3, i den belgisk-nederlandske overenskomst, […] ikke [kan] anses for en fordel, der kan isoleres fra resten af overenskomsten. Den er derimod en del af overenskomsten og bidrager til dens overordnede balance« [62].

71. Det fremgår klart af denne dom, at EUF-traktaten ikke alene ikke indeholder en mestbegunstigelsesklausul som den, der er indeholdt i den omhandlede BIT's artikel 3, stk. 2 [63], men at der heller ikke er tale om forskelsbehandling, når en medlemsstat ikke indrømmer statsborgere hidrørende fra en anden medlemsstat den samme behandling, som den i henhold til en konvention indrømmer statsborgere hidrørende fra en tredje medlemsstat.

72. At EUF-traktaten ikke indeholder en mestbegunstigelsesklausul, bekræftes af Domstolens praksis vedrørende artikel 18 TEUF, hvorefter »det følger af [artikel 18 TEUF], at personer, der befinder sig i en [EU]-retligt reguleret situation, skal behandles nøjagtig *ligesom den pågældende medlemsstats egne statsborgere*« [64], dvs. landets egne statsborgere.

73. Efter min opfattelse er der fuld analogi mellem den foreliggende sag og den sag, som gav anledning til dom af 5. juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), da Den Slovakiske Republiks og Kommissionens sammenligning også vedrører to ikke-slovakiske investorer, hvoraf den ene (som i den foreliggende sag er nederlandsk) har fordel af den materielle beskyttelse, som indrømmes ved den omhandlede BIT, mens den anden ikke har.

59 – Jf. ligeledes i denne retning dom af 12.12.2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, præmis 84 og 88-93), af 20.5.2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, præmis 50 og 51), og af 30.6.2016, Riskin og Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, præmis 31).

60 – Dommens præmis 58.

61 – Dommens præmis 61.

62 – Dommens præmis 62.

63 – Jf. punkt 200 og 201 i dette forslag til afgørelse.

64 – Dom af 2.2.1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, præmis 10). Min fremhævelse. Jf. ligeledes, i denne retning, dom af 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, præmis 29-33), hvor Aleksei Petruhhins situation kunne sammenlignes med situationen for en statsborger i hans værtsmedlemsstat.

74. Ligesom den belgisk-nederlandske overenskomst er den omhandlede BIT nemlig en international traktat, hvis »anvendelsesområde […] er begrænset til de fysiske eller juridiske personer, der er nævnt [heri]« [65], dvs. de fysiske personer, der er statsborgere i en af de kontraherende parter, og de juridiske personer, som er oprettet i henhold til deres lovgivning [66].

75. I denne forbindelse er den omstændighed, at de gensidige rettigheder og pligter, som følger af den omhandlede BIT, kun finder anvendelse på investorer hidrørende fra en af de to kontraherende medlemsstater, en naturlig følge af BIT'ers bilaterale karakter. Det følger heraf, at en ikke-nederlandsk investor ikke er i den samme situation som en nederlandsk investor hvad angår en investering i Slovakiet.

76. Desuden er den omhandlede BIT's artikel 8, ligesom artikel 25, stk. 3, i den nederlandsk-belgiske overenskomst, som Domstolen henviste til i præmis 62 i sin dom af 5. juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), ikke en fordel, der kan isoleres fra resten af BIT'en, men en så integreret del heraf, at en BIT uden en ISDS-ordning ikke giver nogen mening, da den ikke ville opfylde sit mål, nemlig at fremme og tiltrække udenlandske investeringer.

77. Som Domstolen fastslog i præmis 292 i udtalelse 2/15 (frihandelsaftale med Republikken Singapore) af 16. maj 2017 (EU:C:2017:376), kan den bestemmelse i frihandelsaftalen med Singapore, som fastlægger international voldgift som ISDS-ordning, »ikke være rent accessorisk«. Ifølge fast voldgiftsretspraksis er investorernes ret til at gøre brug af international voldgift den vigtigste bestemmelse i BIT'er, da den, til trods for sit processuelle indhold, i sig selv udgør en uundværlig garanti, som tilskynder til og beskytter investeringerne [67]. Det kan således næppe overraske, at de »gamle« BIT'er [68], som ikke indeholder en ISDS-ordning, der svarer til den omhandlede BIT's artikel 8, ikke har været til stor gavn for investorerne.

78. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at der skal sondres mellem den foreliggende sag og den sag, der gav anledning til dom af 5. juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), da den sidstnævnte vedrørte skattespørgsmål [69].

65 – Dom af 5.7.2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, præmis 54).

66 – Jf. den omhandlede BIT's artikel 1, litra b).

67 – Jf. i denne retning rettens afgørelse af 25.1.2000, Emilio Agustín Maffezini mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/97/7), om indsigelser med hensyn til manglende kompetence, præmis 54 og 55, rettens afgørelse af 17.6.2005, Gas Natural SDG SA mod Den Argentinske Republik (ICSID-sag nr. ARB/03/10), om indsigelser vedrørende manglende kompetence, præmis 31, afgørelse af 16.5.2006, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA og InterAguas Servicios Integrales del Agua SA mod Den Argentinske Republik (ICSID-sag nr. ARB/03/17), om kompetence, præmis 59, delkendelse af 27.3.2007, Eastern Sugar BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (SCC-sag nr. 088/2004), præmis 165 og 166, kendelse af 6.6.2007, Rupert Joseph Binder mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL), om kompetence, præmis 65, afgørelse af 30.4.2010, Jan Oostergetel & Theodora Laurentius mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL), om kompetence, præmis 77 og 78, kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 264, kendelse af 22.2.2017, WNC Factoring Ltd mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2014-34), præmis 300, endelig kendelse af 10.3.2017, Anglia Auto Accessories Limited mod Den Tjekkiske Republik (SCC-sag V 2014/181), præmis 116, og endelig kendelse af 10.3.2017, I.P. Busta og J.P. Busta mod Den Tjekkiske Republik (SCC-sag V 2015/014), præmis 116.

68 – Jf. bl.a. BIT mellem Tyskland og Grækenland (1961), BIT mellem Italien og Malta (1967), BIT mellem Tyskland og Malta (1974), BIT mellem Frankrig og Malta (1976) og BIT mellem Tyskland og Portugal (1980).

69 – Kommissionen har gjort gældende, at det skattemæssige område til forskel fra beskyttelse af investeringer fortsat er et rent nationalt ansvarsområde, og har i denne forbindelse navnlig henvist til dom af 16.7.2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471) der, i lighed med andre domme, ikke forbød juridisk dobbeltbeskatning. Dobbeltbeskatningsoverenskomster har efter min opfattelse netop til formål at give denne beskyttelse, der ikke ydes af EU-traktaten og EUF-traktaten. Det samme er tilfældet for BIT'er, idet EU-retten såvel på området for beskyttelse af investeringer som på området for direkte skatter hovedsageligt kun griber ind gennem bestemmelserne om den frie bevægelighed.

79. Efter min opfattelse er denne sondring ikke overbevisende. For det første gør jeg opmærksom på, at BIT'er ligner dobbeltbeskatningsoverenskomster på den måde, at de vedrører de samme økonomiske aktiviteter, nemlig både indgående og udgående kapital. En stat kan således tiltrække udenlandsk kapital ved at yde et højt juridisk beskyttelsesniveau for investeringer inden for rammerne af en BIT og ved at indrømme skattemæssige fordele [70]. Ligesom i dobbeltbeskatningsoverenskomster, som aldrig er blevet dømt uforenelige med EU-traktaten og EUF-traktaten, er staternes gensidige forpligtelser også et centralt element i en BIT [71].

80. Endvidere er retsgrundlaget for dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem medlemsstater i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, ikke artikel 293, andet led, EF. Hvis dette var tilfældet, hvilket grundlag skulle de overenskomster, som forhandles i dag, da have, eftersom artikel 293 EF ikke findes i Lissabontraktaten?

81. Der er dog intet, der udelukker muligheden for at erstatte de unionsinterne BIT'er med en enkelt multilateral BIT eller en EU-retsakt på grundlag af kompetencefordelingen mellem Unionen og dens medlemsstater, som ville gælde for investorer fra alle medlemsstaterne, sådan som det er foreslået i et »non-paper« af 7. april 2016 fra Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig og Republikken Finland [72].

82. Af disse grunde foreslår jeg, at Domstolen besvarer det tredje spørgsmål således, at en ISDS-ordning som den, der er fastslagt i den omhandlede BIT's artikel 8, der giver nederlandske investorer ret til at anvende international voldgift mod Den Slovakiske Republik, ikke udgør forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er forbudt efter artikel 18 TEUF.

83. Kun såfremt Domstolen er enig i dette forslag til besvarelse af spørgsmålet, er det nødvendigt at behandle det første og andet præjudicielle spørgsmål.

C. Det andet præjudicielle spørgsmål

84. Den forelæggende ret har med sit andet præjudicielle spørgsmål ønsket oplyst, hvorvidt artikel 267 TEUF, som en hovedhjørnesten i Unionens domstolssystem, der garanterer det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og autonomien for Unionens retsorden, er til hinder for anvendelsen af en bestemmelse som artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet.

85. Jeg vil behandle dette spørgsmål før det første spørgsmål, da det er min opfattelse, at en voldgiftsret, der er oprettet i henhold til denne BIT's artikel 8, udgør en ret som omhandlet i artikel 267 TEUF, som er fælles for to medlemsstater, dvs. Kongeriget Nederlandene og Den Slovakiske Republik, og således har kompetence til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål. Dette indebærer automatisk, at der på ingen måde er uforenelighed med artikel 344 TEUF, hvilket er genstand for det første præjudicielle spørgsmål.

70 – Konventionen mellem Kongeriget Nederlandene og Den Socialistiske Republik Tjekkoslovakiet med henblik på at undgå dobbeltbeskatning samt at forebygge skatteunddragelse for så vidt angår indkomst og formueskatter, undertegnet i Prag den 4.3.1974, fastsætter en kildeskat på 10% af udloddet udbytte, 0% af renter og 5% af royalties.

71 – Her forhandler staterne adskillige elementer såsom begrebet investering, hvorvidt der gælder en mestbegunstigelsesklausul for ISDS-ordningen, hvorvidt der gælder en »carve-out«-klausul for skatteforanstaltninger, og varigheden af afviklingsklausulen.

72 – Findes på webstedet for Transnational Institute https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. Dette er gjort på skatteområdet med visse direktiver, herunder Rådets direktiv 2003/49/EF af 3.6.2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (EUT 2003, L 157, s. 49), Rådets direktiv 2009/133/EF af 19.10.2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater (EUT 2009, L 310, s. 34) og Rådets direktiv 2011/96/EU af 30.11.2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater (EUT 2011, L 345, s. 8), som reelt udgør multilaterale dobbeltbeskatningskonventioner snarere end harmoniseringsforanstaltninger.

86. I henhold til fast retspraksis skal der for at bedømme, om et judicielt organ er en ret i artikel 267 TEUF's forstand, tages en hel række forhold i betragtning, nemlig »om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som en obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og om det er uafhængigt«[73]. Desuden skal »der versere[…] en tvist for [det], og [det] skal træffe afgørelse i en sag, som er bestemt til at resultere i en afgørelse, der har judiciel karakter«[74].

87. Ud fra disse kriterier er voldgiftsretter ikke automatisk udelukket fra begrebet »en ret i en medlemsstat« i artikel 267 TEUF's forstand. Selv om Domstolen adskillige gange har afvist at besvare et præjudicielt spørgsmål, der var forelagt af voldgiftsmænd[75], har den også, ud fra en undersøgelse fra sag til sag, antaget de præjudicielle spørgsmål til realitetsbehandling, som var forelagt af voldgiftsretterne i de sager, der gav anledning til dom af 17. oktober 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), og af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), samt kendelse af 13. februar 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. De to sidstnævnte sager lader ane en mulighed for at indføre kriterier for, hvornår en voldgiftssag mellem en borger og en stat (dom af 12.6.2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754)[76] og en international voldgiftssag (kendelse af 13.2.2014, Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92)[77] kan antages til realitetsbehandling.

89. Jeg vil således se nærmere på, hvad der karakteriserer de voldgiftsretter, som er oprettet i henhold til artikel 8 i den omhandlede BIT, på grundlag af de i punkt 86 i dette forslag til afgørelse anførte kriterier. Det er min opfattelse, at disse kriterier alle er opfyldt i den foreliggende sag[78].

1. Spørgsmålet, om de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, er oprettet ved lov

90. Størstedelen af de voldgiftssager, som er blevet forelagt Domstolen, vedrørte kun en bestemt type voldgift, nemlig handelsvoldgift, der i Domstolens praksis betegnes som voldgift, »der gennemføres på grundlag af en aftale«, da retsgrundlaget er en voldgiftsklausul i en privatretlig aftale[79].

73 – Dom af 31.1.2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes i denne retning dom af 12.6.2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, præmis 23), og af 6.10.2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, præmis 17).

74 – Dom af 31.1.2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes i denne retning dom af 12.6.2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, præmis 23).

75 – Jf. bl.a. dom af 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) og af 27.1.2005, Denuit og Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69).

76 – Sagen drejede sig om en voldgift på skatteområdet mellem en skattepligtig og Den Portugisiske Republik.

77 – Sagen drejede sig om en voldgift inden for farmaceutiske patenter, der var international, idet det var en sag mellem et canadisk selskab på den ene side og to portugisiske, et engelsk, et græsk og et nederlandsk selskab på den anden side.

78 – Jf. i denne retning J. Basedow, »EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice«, 2015, bd. 32(4), *Journal of International Arbitration*, s. 367; P. Paschalidis, »Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice«, 2016, *Arbitration International*, s. 1; M. Szpunar, »Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU«, offentliggjort i F. Ferrari (red.), *The Impact of EU Lax on International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2017, s. 85-123.

79 – Jf. bl.a. de sager, der gav anledning til dom af 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), af 25.7.1991, Rich (C-190/89, EU:C:1991:319), af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), af 27.1.2005, Denuit og Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), af 26.10.2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675), af 10.2.2009, Allianz og Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69), af 13.5.2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), og af 7.7.2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526).

91. Der findes andre typer af voldgift. Foruden de voldgiftstyper, som er omhandlet i artikel 272 TEUF, findes der voldgift mellem stater på grundlag af en international konvention [80] og voldgift mellem private og stater, idet disse to typer er meget forskellige fra voldgift mellem private med hensyn til lovgrundlag.

92. I det sidstnævnte tilfælde har voldgiftsrettens kompetence ikke hjemmel i en lov, men i en voldgiftsklausul, der indgår i en aftale.

93. Dette var bl.a. tilfældet i den voldgift, der gav anledning til dom af 23. marts 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), som vedrørte en »pulje-aftale« mellem flere private virksomheder indgået med det formål i forbindelse med et fælles program om bygning af 13 fabriksskibe til fiskeri, at alle tilskud, som aftalens parter modtog fra Den Europæiske Udviklings- og Garantifond for Landbruget (EUGFL), skulle fordeles mellem dem. Den voldgiftsret, som skulle træffe afgørelse i medfør af denne aftale, havde givet udtryk for tvivl med hensyn til, om aftalen var forenelig med EU-retten, og havde forelagt Domstolen dette spørgsmål.

94. Domstolen fastslog, at den »ikke havde kompetence« [81], og at voldgiftsretten ikke var en ret i en af medlemsstaterne i artikel 267 TEUF's forstand, hvilket der var to grunde til. For det første »[forelå] der hverken retligt eller faktisk […] en pligt for aftaleparterne til at afgøre deres tvister ved voldgift« [82], da de havde foretaget dette valg ved kontrakt. For det andet »[har] de tyske myndigheder ikke […] været inddraget ved valget af voldgift, [og de] har [ikke] pligt til ex officio at medvirke ved sagens behandling for voldgiftsmanden« [83].

95. Den omstændighed, at voldgiftsinstansens kompetence var baseret på en voldgiftsklausul, som indgik i en aftale mellem en forbruger og et rejsebureau, var i den sag, der gav anledning til dom af 27. januar 2005, Denuit og Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), tilstrækkeligt til, at den pågældende voldgiftsinstans ikke var omfattet af begrebet »ret« i artikel 267 TEUF's forstand, selv om voldgiftsklausulen var en del af rejsebureauets almindelige forretningsbestemmelser, og forbrugeren ikke kunne forhandle dette punkt.

96. Det kan derimod ikke bestrides, at en voldgiftsret, som er oprettet og er blevet forelagt en sag i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, er oprettet ved lov. Denne bestemmelse indgår ikke kun i en international traktat, men også i den nederlandske og tjekkoslovakiske lov til ratificering af den omhandlede BIT, hvorved den blev en del af disse landes retsorden. I modsætning til den sag, der gav anledning til dom af 23. marts 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), er inddragelsen af de offentlige myndigheder i valget af voldgift samt i selve voldgiftsproceduren (idet Den Slovakiske Republik var den sagsøgte i sagen) åbenbar.

97. Denne vurdering styrkes af dom af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), og kendelse af 13. februar 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

80 – Det skal bemærkes, at nogle internationale aftaler, der er indgået mellem medlemsstater, bestemmer, at Domstolens præsident fungerer som den myndighed, der udpeger voldgiftsmændene i forbindelse med tvister mellem medlemsstater eller mellem en offentlig enhed og disse medlemsstater. Jf. i denne retning artikel 27 i aftalen mellem Den Franske Republiks regering og Den Italienske Republiks regering om etablering og drift af en ny jernbanelinje mellem Lyon og Torino, undertegnet i Rom den 30.1.2012. Efter min opfattelse er disse voldgiftsretter også retter i en af medlemsstaterne i artikel 267 TEUF's forstand.

81 – Efter min opfattelse er det ikke et spørgsmål om kompetence, men om, hvorvidt sagen kan antages til realitetsbehandling.

82 – Jf. dom af 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, præmis 11). Jf. desuden i denne retning dom af 27.1.2005, Denuit og Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, præmis 13).

83 – Jf. dom af 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, præmis 12). Jf. desuden i denne retning dom af 27.1.2005, Denuit og Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, præmis 13).

98. Den voldgiftsret, som havde forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål i den sag, der gav anledning til dom af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), opfyldte kriteriet om, at den skulle være oprettet ved lov, da en portugisisk lov bestemte, at voldgift udgjorde en retslig tvistløsning af skattesager, og tillagde de skatteretlige voldgiftsretter en generel kompetence med henblik på bedømmelsen af lovligheden af alle skatteansættelser [84].

99. På samme måde fastslog Domstolen, at voldgiftsretten i den sag, som gav anledning til kendelse af 13. februar 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), opfyldte kriteriet om, at den skulle være oprettet ved lov, da »[dens] kompetence ikke [fulgte] af parternes vilje, men af [portugisisk] lov nr. 62/2011« [85], hvorefter voldgift udgjorde en mekanisme til bilæggelse af tvister om industriel ejendomsret vedrørende generiske lægemidler og referencelægemidler.

2. Den permanente karakter af de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8

100. International voldgift kan være en institutionel voldgift, hvori proceduren, mod vederlag, varetages og administreres af en voldgiftsinstitution [86] i overensstemmelse med dennes procesreglement, eller en ad hoc-voldgift, hvori parterne selv administrerer proceduren uden at gøre brug af en voldgiftsinstitution.

101. Det fremgår af præmis 25 og 26 i dom af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), og af præmis 24 i kendelse af 13. februar 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), at kriteriet om, at en voldgiftsret skal have permanent karakter, ikke vedrører voldgiftsrettens sammensætning som sådan, men institutionaliseringen af voldgift som en metode til bilæggelse af tvister. Med andre ord skal kriteriet om den permanente karakter vurderes i forhold til den voldgiftsinstitution, som administrerer voldgiftsproceduren, og ikke i forhold til voldgiftsretten, hvis sammensætning er kortvarig.

102. Hvad dette angår fastslog Domstolen i præmis 26 i dom af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), at »selv om sammensætningen af dommerkollegierne ved Tribunal Arbitral Tributário [voldgiftsret i skatteretlige sager, Portugal] er kortvarig, og dets aktiviteter afsluttes, efter at det har truffet afgørelse, står det allerede fast, at Tribunal Arbitral Tributário [voldgiftsret i skatteretlige sager] i sin helhed som en del af det nævnte system har en permanent karakter«. Det system, som Domstolen henviste til, er voldgiftsinstitutionen »Centro de Arbitragem Administrativa« (CAAD) (center for forvaltningsvoldgift, Portugal).

103. På samme måde fastslog Domstolen i præmis 24 i kendelse af 13. februar 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), at kriteriet om permanent karakter var opfyldt, eftersom voldgiftsretten »[var] oprettet i henhold til lov, at den permanent [havde] en bindende kompetence, og at den nationale lovgivning endvidere definere[de] og regulere[de] de procedureregler, retten anvend[te]«, også selv om den kunne variere i form, sammensætning og procedureregler afhængig af parternes valg, og selv om den blev opløst efter at have afsagt sin dom.

84 – Jf. dommens præmis 24.

85 – Jf. kendelsens præmis 19.

86 – Jf. bl.a. PCA i Haag (Nederlandene), ICSID i Washington DC (USA), SCC i Sverige, International Chamber of commerce (ICC) i Paris (Frankrig) og London Court of International Arbitration (LCIA) (Det Forenede Kongerige).

104. I denne sag var det tydeligt, at voldgiftsretten var en ad hoc-ret, og at der ikke fandtes en voldgiftsinstitution, som sikrede dens permanente karakter, men Domstolen udledte, at den var permanent, af artikel 2 i den portugisiske lov nr. 62/2011, der indførte voldgift som det eneste middel til bilæggelse af tvister om industriel ejendomsret vedrørende generiske lægemidler og referencelægemidler.

105. Den samme konklusion kan drages vedrørende de voldgiftsretter, som oprettes og forelægges sager i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, eftersom Kongeriget Nederlandene og Den Slovakiske Republik ligesom i de sager, der gav anledning til dom af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), og kendelse af 13. februar 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), har fastsat voldgift som en metode til bilæggelse af tvister mellem den ene af de to stater og en investor hidrørende fra den anden stat.

106. Den omhandlede BIT indeholder også andre elementer af institutionalisering af voldgift.

107. Den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 4, overdrager nemlig beføjelsen til at udpege voldgiftsmænd til voldgiftsinstituttet ved handelskammeret i Stockholm (SCC), der er en permanent voldgiftsinstitution, og stk. 5 bestemmer, at konventionen vedtaget af UNCITRAL finder anvendelse på voldgiftsproceduren.

108. Endvidere er sagen for den relevante voldgiftsret i den foreliggende sag behandlet i en permanent voldgiftsinstitutions regi. PCA i Haag, som er oprettet ved konventionerne til en fredelig løsning af internationale konflikter, der blev indgået i Haag i 1899 og i 1907 [87], er således blevet udpeget som den institution, der fungerer som justitskontor, ved den erklæring, der blev undertegnet af denne og af parterne i hovedsagen.

109. Følgelig er kriteriet om permanent karakter efter min opfattelse også opfyldt.

3. Spørgsmålet om, hvorvidt de voldgiftsretter, som er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, virker som obligatoriske retsinstanser

110. I henhold til fast retspraksis »[er retsinstansens virke som obligatorisk retsinstans et element[, der] mangler i sædvanlig voldgift, da der hverken retligt eller faktisk foreligger en pligt for aftaleparterne til at afgøre deres tvister ved voldgift, og myndighederne i den pågældende medlemsstat hverken er inddraget ved valget af voldgift eller har pligt til ex officio at medvirke ved sagens behandling for voldgiftsretten« [88].

111. Det er åbenbart ikke overraskende, at Domstolen fastslog, at voldgiftsretterne i de sager, der gav anledning til dom af 17. oktober 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), og kendelse af 13. februar 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), opfyldte betingelsen om, at de skulle virke som en obligatorisk retsinstans, da voldgift i henhold til dansk ret og portugisisk ret var obligatorisk.

112. I den sag, der gav anledning til dom af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), udelukkede den omstændighed, at det var valgfrit at gøre brug af voldgift, og at den skattepligtige havde valgt at gøre brug af denne mulighed mod Den Portugisiske Republik, selv om han havde kunnet anlægge sag direkte ved de ordinære domstole, ikke voldgiftsretten fra begrebet »en ret i en af medlemsstaterne« i artikel 267 TEUF's forstand.

87 – Alle Unionens medlemsstater er parter i disse konventioner. For så vidt angår den foreliggende sag har Kongeriget Nederlandene været medlem af PCA siden dens grundlæggelse, mens Den Slovakiske Republik blev medlem i 1993.

88 – Dom af 12.6.2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, præmis 27). Jf. ligeledes, i denne retning, dom af 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), og af 27.1.2005, Denuit og Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, præmis 13), samt kendelse af 13.2.2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92, præmis 17).

113. Ifølge Domstolen »[var dens] afgørelser bindende for parterne i medfør af artikel 24, stk. 1, i lovdekret nr. 10/2011[, og] dens kompetence afled[tes] direkte af bestemmelserne i lovdekret nr. 10/2011 og [var] dermed ikke afhængig af, at parterne forinden [havde] givet udtryk for et ønske om at indbringe sagen for voldgift […] Når den skattepligtige klager indbringer tvisten for skatteretlig voldgift, virker [voldgiftsretten] […] således som obligatorisk retsinstans for skatte- og afgiftsmyndigheden« [89].

114. Det samme er tilfældet hvad angår de voldgiftsretter, som er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8.

115. Artikel 8, stk. 7, bestemmer, at en afgørelse truffet af en voldgiftsret, der er oprettet i henhold til denne artikel, er »endelig og *bindende* for parterne i tvisten« [90]. Der er således ingen tvivl om, at en kendelse afsagt af en tilsvarende voldgiftsret er bindende for parterne som omhandlet i Domstolens praksis.

116. Endvidere fastsætter denne bestemmelses stk. 2, at »[b]egge parter […] herved [giver] deres *samtykke* til, at en tvist [mellem investor og stat] forelægges for en voldgiftsret, hvis tvisten ikke er bilagt i mindelighed senest seks måneder fra den dato, hvor en af tvistens parter har ønsket mindelig bilæggelse« [91].

117. Den omstændighed, at investoren kan vælge at være part i retssagen, hvad enten det er for retterne i den pågældende medlemsstat eller for voldgiftsretten [92], påvirker ikke voldgiftsrettens karakter af obligatorisk retsinstans, eftersom den skattepligtige i den sag, der gav anledning til dom af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), også havde dette valg.

118. Da Den Slovakiske Republik på forhånd har givet sit samtykke til voldgift, ligesom Den Portugisiske Republik havde gjort i den sag, der gav anledning til dom af 12. juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), har den voldgiftsret, som er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 2, karakter af obligatorisk retsinstans for denne medlemsstat og for investoren.

119. Som følge heraf opfylder de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, også kriteriet om, at de skal have karakter af obligatorisk retsinstans.

4. Spørgsmålet om, hvorvidt de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling og træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og hvorvidt voldgiftsmændene er uafhængige og upartiske

120. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, skal det bemærkes, at denne artikels stk. 5 bestemmer, at »[v]oldgiftsretten fastsætter sin egen procedure under anvendelse af [UNCITRAL's] voldgiftsregler« [93].

89 – Denne doms præmis 29. Jf. desuden, i denne retning, dom af 6.10.2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, præmis 23).

90 – Min fremhævelse.

91 – Min fremhævelse.

92 – Den omhandlede BIT indeholder ikke en bestemmelse om uigenkaldeligt valg (»fork-in-the-road«), hvorefter det valg af værneting, som en investor har truffet (mellem den pågældende stats interne retter og en international voldgiftsret), bliver uigenkaldeligt.

93 – Voldgiftsreglerne findes på UNCITRAL's websted (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html).

121. Disse reglers artikel 15, stk. 1, i deres affattelse af 1976, som var gældende på det tidspunkt, hvor den omhandlede BIT blev indgået, havde følgende ordlyd: »Sous réserve des dispositions du [r]èglement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et *qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens*« [»med forbehold af bestemmelserne i disse regler kan voldgiftsretten gennemføre voldgiften på den måde, som den finder hensigtsmæssig, forudsat at parterne behandles ens, *og at hver af parterne har mulighed for at gøre sine rettigheder gældende og fremkomme med sine anbringender på alle stadier af proceduren*«] [94]. Denne garanti gentages i artikel 17, stk. 1, i disse reglers affattelse af 2010 og af 2013.

122. Iagttagelsen af kontradiktionsprincippet er ligeledes sikret ved adskillige bestemmelser i disse regler vedrørende udveksling af indlæg, afholdelse af retsmøde og parternes deltagelse heri samt afslutningen af den mundtlige forhandling, nemlig artikel 18-20, 22, 24, 25 og 29 i reglerne af 1976 og artikel 20-22, 24, 28 og 31 i de ændrede regler af 2010 og 2013.

123. Hvad angår kriteriet om, at voldgiftsretterne skal træffe afgørelse på grundlag af retsregler, bestemmer den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 6, at »[v]oldgiftsretten træffer afgørelse på grundlag af retsregler«, og anfører en række retsregler, som retten skal tage hensyn til. Muligheden for at træffe afgørelse ud fra et rimeligt skøn er således udelukket.

124. Endelig, for så vidt angår kriteriet om uafhængighed og upartiskhed, fremgår det af fast retspraksis, at »[g]arantierne for uafhængighed og upartiskhed forudsætter, at der findes regler – om bl.a. organets sammensætning, medlemmernes udnævnelse og funktionsperiode, tilfælde, hvor organets medlemmer kan vige deres sæde, tilfælde, hvor de har pligt til at vige deres sæde, samt tilfælde, hvor de kan afsættes – som gør det muligt at fjerne enhver rimelig tvivl i offentligheden om, at organet er uimodtageligt for påvirkninger udefra og neutralt i forhold til de interesser, som står over for hinanden […] Med henblik på at opfylde kravet om organets uafhængighed kræves det navnlig ifølge retspraksis, at de tilfælde, hvor et organs medlemmer kan afsættes, er præciseret udtrykkeligt i lovbestemmelser« [95].

125. Jeg skal for det første gøre opmærksom på, at Domstolen ikke har bestridt voldgiftsmændene uafhængighed og upartiskhed i nogen af de sager, den har behandlet, og for det andet, at UNCITRAL's voldgiftsregler garanterer voldgiftsmænds uafhængighed og upartiskhed ved at pålægge dem en klar forpligtelse til at påpege enhver omstændighed, som kan rejse rimelig tvivl om deres upartiskhed eller uafhængighed [96], samt ved at indføre en procedure for, at voldgiftsmænd kan vige deres sæde, når sådanne omstændigheder er til stede [97].

126. Henset til det ovenstående udgør voldgiftsretter, der er oprettet ved den omhandlede BIT's artikel 8, retter i artikel 267 TEUF's forstand, men er de også retter »i en af medlemsstaterne« i denne bestemmelses forstand?

127. Det er de efter min opfattelse.

94 – Min fremhævelse.

95 – Dom af 9.10.2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis). Det bør præciseres, at voldgiftsmænd i modsætning til dommere ikke er ansat i faste stillinger. Den internationale voldgiftsret indeholder således ikke regler om afsættelse af voldgiftsmænd.

96 – Jf. artikel 9 i UNCITRAL's voldgiftsregler af 1976 og artikel 11 i UNCITRAL's ændrede voldgiftsregler af 2010 og 2013.

97 – Jf. artikel 10-12 i UNCITRAL's voldgiftsregler af 1976 og artikel 12 og 13 i UNCITRAL's ændrede voldgiftsregler af 2010 og 2013. Jf. desuden Det Internationale Advokatforbunds (IBA) retningslinjer om interessekonflikter i internationale voldgiftssager (findes på IBA's websted http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), der præciserer, hvilke grunde til interessekonflikt der kan medføre, at voldgiftsmænd må vige deres sæde.

128. Spørgsmålet om, hvilken egenskab en international ret, der er oprettet inden for rammerne af en international organisation, som er dannet ved en international traktat mellem medlemsstater, har, blev behandlet vedrørende Benelux-Domstolen i den sag, der gav anledning til dom af 4. november 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. I denne dom fastslog Domstolen, at »[d]er [ikke] er [nogen] gyldig grund til, at en ret, der er fælles for flere medlemsstater, ikke skulle kunne forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål i lighed med hver enkelt af disse medlemsstaters retter« [98].

130. Dette er også tilfældet hvad angår voldgiftsretter, som er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, da de er oprettet af Kongeriget Nederlandene og Den Slovakiske Republik som en tvistbilæggelsesordning.

131. Af disse grunde foreslår jeg, at Domstolen besvarer det andet spørgsmål med, at artikel 267 TEUF bør fortolkes således, at denne bestemmelse ikke er til hinder for en bestemmelse som den omhandlede BIT's artikel 8, som giver mulighed for bilæggelse af tvister mellem investorer og stater ved en voldgiftsret, der skal anses for »en ret i en af medlemsstaterne« i artikel 267 TEUF's forstand.

D. Det første præjudicielle spørgsmål

132. Med sit første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt artikel 344 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for anvendelsen af bestemmelser i unionsinterne BIT'er, såsom artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet, som giver mulighed for, at en voldgiftsret kan bilægge tvister mellem investorer og stater.

133. Det skal først og fremmest bemærkes, at hvis Domstolen følger mit forslag og fastslår, at voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til denne BIT's artikel 8, er retter i medlemsstaterne i artikel 267 TEUF's forstand, indgår de i den dialog mellem retsinstanser, som er omhandlet i præmis 176 i udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18. december 2014 (EU:C:2014:2454), og har pligt til at anvende EU-retten. Følgelig kan anvendelsen af international voldgift på de i artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet foreskrevne betingelser ikke berøre hverken artikel 344 TEUF eller det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og følgelig autonomien for Unionens retsorden.

134. I dette tilfælde har voldgiftsretterne nemlig pligt til – idet de ellers ville stride mod ordre public og være ugyldige – at iagttage de principper, som Domstolen formulerede i præmis 65-70 i udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8. marts 2011 (EU:C:2011:123) og i præmis 157-176 i udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18. december 2014 (EU:C:2014:2454), herunder navnlig EU-rettens forrang [99] for medlemsstaternes ret og alle internationale forpligtelser indgået mellem medlemsstaterne, den direkte virkning af en hel række bestemmelser gældende for deres statsborgere og for dem selv, den gensidige tillid mellem dem med hensyn til anerkendelsen af de fælles værdier, som Unionen er bygget på, og fuldstændig anvendelse og iagttagelse af EU-retten.

98 – Præmis 21. Jf. desuden, i denne retning, dom af 14.6.2011, Miles m.fl. (C-196/09, EU:C:2011:388, præmis 40).

99 – Adskillige voldgiftsretter, som har behandlet tvister mellem investorer/statsborgere i Unionen og medlemsstater, heriblandt den voldgiftsret, som den foreliggende sag vedrører, har allerede anerkendt EU-rettens forrang. Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 289, afgørelse af 30.11.2012, Electrabel SA mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/07/19), om kompetence, gældende ret og ansvar, præmis 4.189-4.191; endelig kendelse af 21.1.2016, Charanne BV og Construction Investments Sàrl. mod Kongeriget Spanien (SCC-sag nr. 062/2012), præmis 439 og 443, og afgørelse af 6.6.2016, RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl. mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/13/30), om kompetence, præmis 72 (det ville forholde sig anderledes, hvis investorerne hidrørte fra et tredjeland, jf. præmis 74-76).

135. I øvrigt ville det, hvis de voldgiftsretter, som er oprettet af medlemsstaterne, ikke anvendte EU-retten eller anvendte den forkert, ikke kun medføre, at de pågældende medlemsstater blev draget til ansvar, da det ifølge dom af 30. september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), er dem, der har oprettet dem, men det kunne i givet fald også medføre konstatering af traktatbrud fra de pågældende staters side i medfør af artikel 258 TEUF og 259 TEUF [100].

136. Hvis Domstolen derimod fastslår, at de voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, ikke udgør retter i medlemsstaterne i artikel 267 TEUF's forstand, skal det stadig undersøges, hvorvidt artikel 344 TEUF er til hinder for anvendelsen af den omhandlede BIT's artikel 8, og, i givet fald, om denne bestemmelse er uforenelig med det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og autonomien for Unionens retsorden.

137. I denne forbindelse kræves tre analyser, idet den anden kun er nødvendig, hvis den første munder ud i et bekræftende svar, og den tredje kun er nødvendig, hvis det første eller andet spørgsmål besvares benægtende:

– Er en tvist mellem en investor og en medlemsstat som den, den omhandlede BIT's artikel 8 vedrører, omfattet af artikel 344 TEUF?

– Giver genstanden for en sådan tvist mulighed for at karakterisere den som en tvist »vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne« som omhandlet i artikel 344 TEUF?

– Griber den omhandlede BIT, henset til formålet hermed, ind i det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og dermed i autonomien for Unionens retsorden?

1. Er en tvist mellem en investor og en medlemsstat som den, den omhandlede BIT's artikel 8 vedrører, omfattet af artikel 344 TEUF?

138. Dette spørgsmål bør efter min opfattelse, af de følgende grunde, besvares benægtende.

139. I henhold til artikel 344 TEUF »[forpligter m]edlemsstaterne […] sig til ikke at søge tvister vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne afgjort på anden måde end fastsat heri«.

140. Domstolen har ofte haft lejlighed til at fortolke artikel 344 TEUF og udtale sig om internationale aftalers forenelighed med denne artikel, selv om der var tale om internationale aftaler, som Unionen og dens medlemsstater havde indgået med tredjelande [101].

141. Det fremgår af fast retspraksis, »at en international aftale ikke må gribe ind i det ved traktaterne fastlagte kompetencesystem og dermed i autonomien for Unionens retsorden, som Domstolen skal værne om. Dette princip er bl.a. indført i artikel 344 TEUF, hvorefter medlemsstaterne forpligter sig til ikke at søge tvister vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne afgjort på anden måde end fastsat heri« [102].

100 – Jf. i denne retning afgørelse af 30.11.2012, Electrabel SA mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/07/19), om kompetence, gældende ret og ansvar, præmis 4.160-4.162.

101 – Jf. udtalelse 1/91 (første EØS-aftale) af 14.12.1991 (EU:C:1991:490), 1/92 (anden EØS-aftale) af 10.4.1992 (EU:C:1992:189), 2/94 (Fællesskabets tiltrædelse af EMRK) af 28.3.1996 (EU:C:1996:140), 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123), og 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454). Jf. desuden dom af 30.5.2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345).

102 – Udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 201). Jf. desuden i denne retning udtalelse 1/91 (første EØS-aftale) af 14.12.1991 (EU:C:1991:490, præmis 35) samt dom af 30.5.2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345, præmis 123), og af 3.9.2008, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen (C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461, præmis 282).

142. Ifølge Domstolen pålægger artikel 344 TEUF medlemsstaterne en forpligtelse »til at anvende [Unionens] retssystem og respektere Domstolens enekompetence, som udgør et fundamentalt træk ved dette system, [en forpligtelse, der] må ses som et særligt udtryk for deres mere generelle loyalitetsforpligtelse, som følger af artikel [4, stk. 3, TEU]« [103].

143. Det skal først og fremmest bemærkes, at den voldgiftsret, som afsagde kendelsen i hovedsagen, undersøgte Den Slovakiske Republiks og Kommissionens argumenter vedrørende artikel 344 TEUF meget grundigt. I denne henseende fastslog den på grundlag af dom af 30. maj 2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345), at tvisterne mellem investorer og stater, som var parter i BIT'en, ikke var omfattet af artikel 344 TEUF [104].

144. Den Slovakiske Republik har, med støtte fra adskillige medlemsstater og Kommissionen, anfægtet voldgiftsrettens bedømmelse i denne henseende. Ifølge Den Slovakiske Republik skal artikel 344 TEUF fortolkes udvidende, således at den finder anvendelse på tvister mellem en borger og en medlemsstat, især i lyset af dens ordlyd, som i modsætning til artikel 273 TEUF ikke udtrykkeligt begrænser anvendelsesområdet til tvister »mellem medlemsstaterne«.

145. Jeg er ikke enig i dette synspunkt.

146. Det fremgår klart af Domstolens praksis, at tvister mellem medlemsstater [105] og mellem medlemsstater og Unionen [106] er omfattet af artikel 344 TEUF. Det er tvister mellem private derimod ikke, selv om den ret, som forelægges sådanne tvister, skal tage hensyn til eller anvende EU-retten.

147. Som Domstolen fastslog vedrørende udkastet til aftalen om Domstolen for Europæiske Patenter og EF-patenter, »[kan i]ndførelsen af [Domstolen for Europæiske Patenter og EF-patenter] heller ikke være i strid med artikel 344 TEUF, eftersom denne artikel begrænser sig til at forbyde medlemsstaterne at søge tvister vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne afgjort på anden måde end fastsat heri. De kompetencer, som udkastet til aftalen tilsigter at overdrage [Domstolen for Europæiske Patenter og EF-patenter], vedrører dog kun tvister mellem private på patentområdet« [107].

148. For så vidt angår tvister mellem private og medlemsstater har Kommissionen anført, at det i udtalelse 1/91 (den første EØS-aftale) af 14. december 1991 (EU:C:1991:490) omhandlede retssystem også omfattede sager anlagt af privatpersoner mod Tilsynsmyndigheden for Den Europæiske Frihandelssammenslutning (EFTA) på konkurrenceområdet [108].

149. Der var dog ikke tale om sager, der var anlagt mod en medlemsstat, og der er ingen passager i Domstolens udtalelse, som kunne give anledning til at tro, at denne anså dette særlige aspekt af udkastet til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) for at være problematisk.

103 – Dom af 30.5.2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345, præmis 169).

104 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 276. Jf. desuden i denne retning kendelse af 22.10.2012, European American Investment Bank AG mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2010-17), om kompetence, præmis 248-267; afgørelse af 30.11.2012, Electrabel SA mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/07/19), om kompetence, gældende ret og ansvar, præmis 4.150-4.152; endelig kendelse af 21.1.2016, Charanne BV og Construction Investments Sàrl mod Kongeriget Spanien (SCC-sag nr. 062/2012), præmis 441-445, afgørelse af 6.6.2016, RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/13/30), om kompetence, præmis 80, og kendelse af 4.5.2017, Eiser Infrastructure Limited og Energía Solar Luxembourg Sàrl mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/13/36), præmis 204.

105 – Jf. dom af 30.5.2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345, præmis 128).

106 – Jf. udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 202 og 205).

107 – Udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123). Min fremhævelse.

108 – Jf. denne udtalelses præmis 6.

150. Det skal desuden fremhæves, at Unionen skulle være part i den i denne udtalelse omhandlede aftale, og at denne aftale følgelig ville blive en del af EU-retten, hvilket åbenbart ikke er tilfældet hvad angår den omhandlede BIT. Desuden var Domstolen, som det tydeligt fremgår af denne udtalelses præmis 13-29, bekymret over en systemisk risiko med hensyn til en ensartet fortolkning og anvendelse af retten i EØS som følge af artikel 6 i udkastet til aftale [109], og ikke over den omstændighed, at konkurrencesager anlagt af private mod EFTA-tilsynsmyndigheden havde henhørt under en domstols kompetence, der var placeret uden for Unionens retslige struktur.

151. Udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18. december 2014 (EU:C:2014:2454) er særlig vigtig i denne henseende, for selv om Unionens tiltrædelse af den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«) er fastsat i artikel 6, stk. 2, TEU, ville den være uforenelig med artikel 344 TEUF, hvis tvisterne mellem private og medlemsstater, som er de mest almindelige tvister, der indbringes for Menneskerettighedsdomstolen, var omfattet af sidstnævnte bestemmelse.

152. Dette er grunden til, at Domstolen i denne udtalelses præmis 201-214 kun behandlede tvister mellem medlemsstater og mellem medlemsstater og Unionen i lyset af artikel 344 TEUF [110], mens den var opmærksom på, at Unionen med sin tiltrædelse af EMRK var bundet af artikel 34, stk. 1, heri, som bestemmer, at Menneskerettighedsdomstolen »kan modtage klager fra enhver person, enhver ikkestatslig organisation eller gruppe af enkeltpersoner, der hævder at være blevet krænket af en af de [kontraherende parter] i de rettigheder, der er anerkendt ved denne konvention eller de dertil knyttede protokoller« [111].

153. Af disse grunde er en tvist mellem en investor og en medlemsstat som den, den omhandlede BIT's artikel 8 vedrører, efter min opfattelse ikke omfattet af artikel 344 TEUF.

154. Denne konklusion kan ikke ændres af Kommissionens argument om, at tvisterne mellem investorer og medlemsstater reelt er tvister mellem medlemsstater, eftersom en investor, der indleder en voldgiftssag mod en medlemsstat på grundlag af en bestemmelse som artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet, ikke udøver sin egen rettighed, men en rettighed, som denne BIT indrømmer investorens oprindelsesstat.

155. Kommissionen har i denne henseende støttet sit synspunkt på to voldgiftskendelser, som den har henvist til i punkt 81 i sine skriftlige indlæg [112]. Dens synspunkt modsiges dog af den selv samme voldgiftsretspraksis [113] og kan på ingen måde godkendes generelt [114].

109 – Artikel 6 i udkastet til aftale bestemte, at aftalebestemmelserne med henblik på deres gennemførelse og anvendelse skulle fortolkes i overensstemmelse med den domstolspraksis, som forelå *forud for* aftalens undertegnelse vedrørende de tilsvarende bestemmelser i EØF-traktaten, EKSF-traktaten og den afledte fællesskabsret, hvilket naturligvis skabte en risiko for divergens mellem Domstolens og EØS-Domstolens praksis. Jf. udtalelse 1/91 (første EØS-aftale) af 14.12.1991 (EU:C:1991:490, præmis 6 og 25-29).

110 – Jf. navnlig præmis 204, 205, 207 og 212.

111 – Jf. udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 17 og 18).

112 – Jf. kendelse af 26.6.2003, Loewen Group & Raymond L. Loewen mod Amerikas Forenede Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/98/3), præmis 233, og kendelse af 21.11.2007, Archer Daniels Midland Company og Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. mod De Forenede Mexicanske Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/04/05), præmis 178.

113 – Jf. kendelse af 26.6.2003, Loewen Group & Raymond L. Loewen mod Amerikas Forenede Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/98/3), præmis 223, hvor voldgiftsretten medgik, at kapitel 11 i den nordamerikanske frihandelsaftale (NAFTA) udgør en fremadskridende udvikling i folkeretten, idet den giver investoren mulighed for at gøre krav på *sine egne rettigheder* og forelægge *sit eget krav* i en international voldgiftssag (»*Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration*«).

114 – Jf. Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, s. 17-38.

156. Det er nemlig fast praksis inden for folkeretten, at bestemmelserne i en international traktat på visse betingelser kan tillægge private rettigheder [115]. Hvad dette angår har adskillige voldgiftsretter [116] samt statslige retter [117] fastslået, at BIT'er direkte tillægger investorerne rettigheder [118].

157. Dette er ganske givet tilfældet hvad angår den omhandlede BIT's artikel 3, som ifølge voldgiftsrettens voldgiftskendelse i hovedsagen er tilsidesat, eftersom den udtrykkeligt anfører, at investorerne hidrørende fra de kontraherende parter har ret til en fair og retfærdig behandling samt til mestbegunstigelsesbehandling.

158. Desuden er den ret, der finder anvendelse på de tvister, der er omfattet af den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 6 [119], ikke den samme som den ret, der finder anvendelse på tvister mellem de to parter i den omhandlede BIT, jf. dennes artikel 10, stk. 7 [120].

159. Henset til det ovenstående konkluderer jeg, at en tvist mellem en investor og en medlemsstat som den, der er omfattet af den omhandlede BIT's artikel 8, ikke er omfattet af artikel 344 TEUF, hvorfor det er overflødigt at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en sådan tvist »vedrører fortolkningen eller anvendelsen af [EU-traktaten eller EUF-traktaten]«. Såfremt Domstolen ikke er enig i min konklusion vedrørende det første punkt, skal jeg også analysere dette spørgsmål.

2. Er den omhandlede tvist en tvist »vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne«?

160. Med henvisning til præmis 140, 149 og 151-153 i dom af 30. maj 2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345), vurderer den forelæggende ret, at der kun kan være tale om overtrædelse af artikel 344 TEUF, hvis genstanden for den pågældende voldgiftskendelse er fortolkningen og anvendelsen af selve bestemmelserne i EU-retten, hvilket ifølge den forelæggende ret ikke er tilfældet i den i hovedsagen omhandlede voldgiftskendelse.

115 – Ud over EUF-traktaten og EMRK kan jeg som eksempel nævne Wienerkonventionen om konsulære forbindelser af 24.4.1963. Jf. i denne retning dom af 27.6.2001 i LaGrand-sagen (Tyskland mod Amerikas Forenede Stater), ICJ Reports 2001, s. 466, præmis 78.

116 – Jf. i denne retning kendelse af 21.2.1997, American Manufacturing & Trading Inc. mod Republikken Zaire (ICSID-sag nr. ARB/93/1), præmis 6.06, rettens afgørelse af 17.7.2003, CMS Gas Transmission Company mod Den Argentinske Republik (ICSID-sag nr. ARB/01/8), om indsigelser med hensyn til dens kompetence, præmis 45, kendelse af 15.1.2008, Corn Products International, Inc. mod De Forenede Mexicanske Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)04/01), præmis 174-176, af 18.9.2009, Cargill Inc. mod De Forenede Mexicanske Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)05/2), præmis 424-426, og af 22.10.2012, European American Investment Bank AG mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2010-17) om kompetence, præmis 445. Jf. ligeledes i denne retning G. Burdeau, »Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat«, 1995, *Revue de l'arbitrage*, s. 3-12; J. Paulsson, »Arbitration Without Privity«, 1995, bd. 10, *ICSID Review*– Foreign Investment Law Journal, s. 232-256, T. Wälde, »Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty«, 1996, *Arbitration International*, s. 429 og 435-437, og Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, s. 32-38.

117 – Jf. dom Occidental Exploration & Production Company mod Republikken Ecuador [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, præmis 22, hvor Court of Appeal (England & Wales) (appeldomstol (England og Wales), Det Forenede Kongerige) betegnede præmis 233 i kendelse af 26.6.2003 i voldgiftssag Loewen Group & Raymond L. Loewen mod Amerikas Forenede Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/98/3), som »kontroversiel« og tilføjede, at den ikke var enig i en fortolkning af denne kendelse, hvorefter BIT'erne ikke tillægger investorerne, men derimod deres oprindelsesstat, rettigheder.

118 – Ganske vist indeholder en BIT altid voldgiftsaftaler for tvister mellem de kontraherende stater (jf. i den foreliggende sag artikel 10 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet). Så vidt jeg ved, har der dog aldrig, siden den første BIT blev undertegnet i 1959, været en sådan voldgiftssag mellem stater. Dette er givetvis tilfældet hvad angår BIT'er mellem medlemsstater.

119 – Ifølge denne bestemmelse »[træffer v]oldgiftsretten […] afgørelse på grundlag af retsregler under hensyntagen til navnlig, men ikke begrænset til: den pågældende kontraherende parts gældende ret, bestemmelserne i nærværende aftale og enhver anden relevant aftale mellem de kontraherende parter, bestemmelserne i særlige aftaler om investering og almindelige folkeretlige principper«.

120 – »Voldgiftsretten træffer afgørelse på grundlag af nærværende aftale samt på grundlag af andre relevante aftaler mellem de to kontraherende parter, de almindelige folkeretlige principper og de almindelige retsregler, som retten anser for at finde anvendelse. De ovenstående bestemmelser berører ikke voldgiftsrettens beføjelse til at træffe afgørelse ud fra et rimeligt skøn, såfremt parterne samtykker heri« (»*The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aequo et bono if the Parties so agree*«).

161. Den Slovakiske Republik, hvis synspunkt støttes af adskillige medlemsstater og Kommissionen, har anfægtet den forelæggende rets bedømmelse. Ifølge Den Slovakiske Republik finder artikel 344 TEUF anvendelse på en tvist som den foreliggende mellem Achmea og Den Slovakiske Republik for så vidt angår fortolkningen og anvendelsen af EU-traktaten og EUF-traktaten, også som omhandlet i dom af 30. maj 2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. Jeg er ikke enig i dette synspunkt.

163. Ganske vist fastslog Domstolen i sin dom af 30. maj 2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345), og i sin udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18. december 2014 (EU:C:2014:2454), at tvister vedrørte fortolkningen og anvendelsen af EU-traktaten og EUF-traktaten, selv om de henhørte under internationale aftaler (henholdsvis De Forenede Nationers havretskonvention, indgået i Montego Bay den 10. december 1982, og EMRK).

164. Dette skyldtes dog udelukkende, at Unionen enten var part i den pågældende aftale (De Forenede Nationers havretskonvention), som således var en del af EU-retten, eller at den påtænkte at tiltræde den pågældende aftale (EMRK), som således ville blive en del af EU-retten.

165. Som Domstolen fastslog i præmis 126 og 127 i dom af 30. maj 2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345):

»Det er blevet fastslået, at de bestemmelser i [De Forenede Nationers havretskonvention], som er relevante for tvisten om MOX-anlægget, henhører under [Unionens] kompetence, som [denne] har udøvet ved at tiltræde konventionen, hvorfor disse bestemmelser udgør en integreret del af [Unionens] retsorden.

I det foreliggende tilfælde drejer det sig følgelig om en tvist om fortolkningen og anvendelsen af [EUF]-traktaten som omhandlet i artikel [344 TEUF].«

166. På samme måde fastslog Domstolen i udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18. december 2014 (EU:C:2014:2454), at »EMRK [ville] udgøre en integrerende del af EU-retten. Når der følgelig rejses spørgsmål om EU-retten, har Domstolen enekompetence til at påkende enhver tvist mellem medlemsstaterne og mellem medlemsstaterne og Unionen vedrørende overholdelsen af denne konvention«. På grundlag heraf fastslog Domstolen, at Unionens tiltrædelse af EMRK ville kunne berøre artikel 344 TEUF [121].

167. I modsætning til de aftaler, som var omhandlet i den sag, der gav anledning til dom af 30. maj 2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345), og i udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18. december 2014 (EU:C:2014:2454), er Unionen imidlertid ikke part i den omhandlede BIT, som således ikke udgør en del af EU-retten, hvilket er det kriterium, Domstolen definerede i disse to afgørelser.

168. Der er følgelig ikke tvivl om Domstolens enekompetence i henhold til artikel 344 TEUF.

169. Denne konstatering berøres ikke af Kommissionens argument om, at EU-retten udgør en del af den gældende ret for tvister mellem investorer og de stater, der er parter i den omhandlede BIT, og at Achmea i den foreliggende sag havde gjort gældende, at EU-retten var tilsidesat under voldgiftsproceduren.

121 – Jf. denne udtalelses præmis 205-214.

170. I denne henseende fastslog voldgiftsretten i den foreliggende sag, at den »[p]å ingen måde var forhindret i at tage hensyn til og anvende EU-retten, men [havde] pligt til at anvende den, for så vidt som den [udgjorde] en del af gældende ret, enten i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, til tysk ret eller på anden vis« [122]. Den tilføjede, at Domstolen havde »eneret til at foretage den endelige fortolkning og var myndighed hvad angår EU-retten« [123].

171. Jeg kan tilføje, at en voldgiftsret, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, ligeledes kan være nødsaget til at anvende EU-retten i henhold til denne BIT's artikel 3, stk. 5, som bl.a. bestemmer, at såfremt en fremtidig traktat mellem parterne [124] indeholder almindelige eller specifikke regler, der indrømmer investeringer foretaget af investorer fra den anden kontraherende part en gunstigere behandling end den, som er fastsat ved den omhandlede BIT, har disse regler forrang for BIT'en, i det omfang de er gunstigere [125].

172. I øvrigt indgår EU-traktaten og EUF-traktaten på alle måder i de retsregler, som voldgiftsretterne skal tage hensyn til, også selv om der ikke findes en bestemmelse som den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 6, da denne forpligtelse automatisk følger af artikel 31, stk. 3, litra a) og c), i Wienerkonventionen [126].

173. Den omstændighed, at EU-retten i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 6, udgør en del af den gældende ret for tvister mellem investorer og stater, medfører imidlertid ikke, at disse tvister vedrører fortolkningen og anvendelsen af EU-traktaten og EUF-traktaten, hvilket der er to grunde til: For det første er voldgiftsrettens kompetence begrænset til at træffe afgørelse om tilsidesættelse af den omhandlede BIT, og for det andet er anvendelsesområdet for denne BIT og de retsregler, som er fastsat heri, ikke identiske med EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde og retsregler.

a) Voldgiftsrettens kompetence er begrænset til at træffe afgørelse om tilsidesættelser af den omhandlede BIT

174. Som voldgiftsretten i den foreliggende sag fastslog, »[er] dens kompetence […] begrænset til at træffe afgørelse om påståede tilsidesættelser af BIT. Retten har ikke kompetence til at træffe afgørelse om påståede tilsidesættelser af EU-retten som sådan« [127].

122 – Kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 281 (»*Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise*«). Jf. tillige i denne retning kendelse af 12.7.2016, Isolux Infrastructure Netherlands BV mod Kongeriget Spanien (SCC-sag V 2013/153), præmis 654.

123 – Kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 282 (»*What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law*«).

124 – Såsom EU-traktaten og EUF-traktaten.

125 – Jf. i denne retning, vedrørende en lignende bestemmelse (energichartertraktatens artikel 16, stk. 2), kendelse af 4.5.2017, Eiser Infrastructure Limited og Energía Solar Luxembourg Sàrl mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/13/36), præmis 202.

126 – Ifølge denne bestemmelse skal der med henblik på fortolkningen af en traktat tages hensyn til en eventuel efterfølgende aftale mellem deltagerne vedrørende traktatens fortolkning eller anvendelsen af dens bestemmelser (i den foreliggende sag EU-traktaten og EUF-traktaten) samt enhver relevant folkeretlig retsregel, som finder anvendelse i forholdet mellem deltagerne (i den foreliggende sag EU-retten).

127 – Kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 290 (»*the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such*«). Jf. tillige i denne retning kendelse af 12.7.2016, Isolux Infrastructure Netherlands BV mod Kongeriget Spanien (SCC-sag V 2013/153), præmis 651.

175. Det er således ikke rettens opgave at fastslå, hvorvidt medlemsstaten med den af investoren anfægtede adfærd har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EU-traktaten eller EU-retten generelt. Dens opgave er derimod at fastslå, hvorvidt den medlemsstat, hvori investeringen er foretaget, har tilsidesat den omhandlede BIT, idet EU-retten er et af de relevante elementer, som der skal tages hensyn til ved bedømmelsen af denne stats adfærd i forhold til den omhandlede BIT [128].

176. I denne forstand »[kan] EU-retten påvirke rækkevidden af de rettigheder og forpligtelser, der følger af BIT i den foreliggende sag, i medfør af sin rolle som en del af gældende ret i henhold til BIT's artikel 8, stk. 6, og tysk ret, som er lex loci arbitri« [129].

177. EU-retten har dog ingen indvirkning på realiteten i tvisten mellem Achmea og Den Slovakiske Republik. Det fremgår nemlig ikke af de to voldgiftskendelser, der er afsagt i hovedsagen, at Achmea har påberåbt sig EU-retsakter for voldgiftsretten med henblik på fortolkningen og anvendelsen heraf inden for rammerne af en sag, hvorved selskabet tilsigtede at få fastslået, at Den Slovakiske Republik havde tilsidesat bestemmelser i disse retsakter [130]. Achmea havde derimod hævdet, at de lovgivningsforanstaltninger, som Den Slovakiske Republik traf på sygeforsikringsområdet [131], som på ingen måde havde oprindelse eller grundlag i EU-retten, tilsidesatte den omhandlede BIT's artikel 3-5.

178. Som voldgiftsretten fastslog, støttede desuden hverken Achmea eller Den Slovakiske Republik sig på EU-retlige bestemmelser, som havde kunnet indvirke på voldgiftsrettens ræsonnement eller afgørelse hvad angår realiteten i deres tvist. Dens kendelse kunne således ikke have nogen indvirkning på EU-retlige spørgsmål [132].

b) Den omhandlede BIT's anvendelsesområde og de retsregler, som indføres herved, er ikke identiske med EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde og retsregler

179. Kommissionens synspunkt, som den har udtrykt i sine skriftlige indlæg [133] og i retsmødet, hviler på den forudsætning, at EU-retten yder investorer fuldstændig beskyttelse på investeringsområdet, navnlig gennem de grundlæggende frihedsrettigheder og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

128 – Jf. bl.a. kendelse af 13.11.2000, Emilio Agustín Maffezini mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/97/7), præmis 65-71, hvor en investor gjorde gældende, at Kongeriget Spanien havde tilsidesat sin pligt til at indrømme hans investering en fair og retfærdig behandling. Ifølge den pågældende investor havde hans investering medført ekstra omkostninger i form af en undersøgelse af dens virkninger på miljøet. Voldgiftsretten gjorde opmærksom på, at forpligtelsen til at foretage denne undersøgelse fulgte af EU-retten, og at Kongeriget Spanien blot havde sikret, at denne forpligtelse blev overholdt. Den forkastede derfor denne påstand.

129 – Kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 279, (»*EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the BIT in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under BIT Article 8(6) and German law as the* Lex loci arbitri«). Under alle omstændigheder kan jeg ikke se, hvorfor man bør forbyde voldgiftsretterne at tage hensyn til EU-retten, eftersom et sådant forbud ville fratage dem muligheden for i givet fald at foretage en fortolkning af den pågældende BIT i overensstemmelse med EU-retten for at undgå konflikter hermed.

130 – Som det derimod fremgår af præmis 151 i dom af 30.5.2006, Kommissionen mod Irland (C-459/03, EU:C:2006:345), »[havde] Irland […] forelagt voldgiftsdomstolen fællesskabsretlige instrumenter med henblik på disse instrumenters fortolkning og anvendelse inden for rammerne af en sag, hvorved det tilsigtede at få fastslået, at Det Forenede Kongerige havde tilsidesat bestemmelser i disse instrumenter«.

131 – Jf. punkt 24 i dette forslag til afgørelse.

132 – Jf. endelig kendelse af 7.12.2012, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), præmis 275 og 276.

133 – Jf. punkt 13, 18, 57, 101 og 130 i dens skriftlige indlæg.

180. Jeg ved ikke, hvad Kommissionen forstår ved udtrykket »fuldstændig beskyttelse«, men sammenligningen mellem den omhandlede BIT og EU-traktaten og EUF-traktaten viser, at den beskyttelse, som disse traktater yder investeringer, er langtfra fuldstændig. Efter min opfattelse indfører de unionsinterne BIT'er, og nærmere bestemt den i hovedsagen omhandlede BIT, rettigheder og forpligtelser, som hverken gentager eller strider mod de garantier for beskyttelsen af grænseoverskridende investeringer, som EU-retten yder [134].

181. Den i hovedsagen omhandlede BIT kan analyseres ud fra tre forskellige synsvinkler. For det første er dens anvendelsesområde bredere end EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde (1). For det andet er visse af den pågældende BIT's retsregler uden sidestykke i EU-retten (2). For det tredje overlapper nogle af disse regler delvis EU-retten uden dog at medføre resultater, som er uforenelige med EU-traktaten og EUF-traktaten (3).

182. Inden jeg foretager denne analyse, vil jeg identificere de vigtigste retsregler i denne BIT:

– princippet om investeringens lovlighed [135] (artikel 2)

– fair og retfærdig behandling (artikel 3, stk. 1)

– fuld beskyttelse og sikkerhed (artikel 3, stk. 2)

– mestbegunstigelsesklausul (artikel 3, stk. 2 og 3)

– klausul om opfyldelse af kontraktlige forpligtelser, den såkaldte »paraplyklausul« (»umbrella clause«) [136] (artikel 3, stk. 4)

– fri overførsel af betalinger (artikel 4)

  – forbud mod ulovlig ekspropriation (artikel 5)

  – erstatning ved krig, væbnet konflikt, nødsituationer og andre særlige omstændigheder (artikel 6)

  – forsikringsgiverens indtrædelse i investorens rettigheder i forbindelse med en forsikring for ikke-kommercielle risici (artikel 7)

  – ISDS-ordningen (artikel 8)

  – ordningen for bilæggelse af tvister mellem stater (artikel 10) og

134 – Jf. ligeledes i denne retning delkendelse af 27.3.2007, Eastern Sugar BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (SCC-sag nr. 088/2004), præmis 159-172, kendelse af 6.6.2007, Rupert Joseph Binder mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL), om kompetence, præmis 63; afgørelse af 30.4.2010, Jan Oostergetel & Theodora Laurentius mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL), om kompetence, præmis 74-79, kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 245-267, af 22.10.2012, European American Investment Bank AG mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2010-17), om kompetence, præmis 178-185, og af 22.2.2017, WNC Factoring Ltd mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2014-34), præmis 298-308, endelig kendelse af 10.3.2017, Anglia Auto Accessories Limited mod Den Tjekkiske Republik (SCC-sag V 2014/181), præmis 115 og 116, endelig kendelse af 10.3.2017, I.P. Busta og J.P. Busta mod Den Tjekkiske Republik (SCC-sag V 2015/014), præmis 115 og 116.

135 – Ifølge dette princip kan en investor kun opnå BIT's beskyttelse af en investering, som overholdt værtsmedlemsstatens ret på det tidspunkt, hvor den blev foretaget. Jf. bl.a. kendelse af 31.7.2001, Salini Costruttori SpA og Italstrade SpA mod Kongeriget Marokko (ICSID-sag nr. ARB/00/4), om kompetence, præmis 46, og af 29.6.2004, Tokios Tokelés mod Ukraine (ICSID-sag nr. ARB/02/18), om kompetence, præmis 84.

136 – Tilsidesættelse af en aftale, der er indgået mellem en stat og en udenlandsk investor, udgør ikke i sig selv en tilsidesættelse af folkeretten. Virkningen af en klausul om opfyldelse af kontraktlige forpligtelser, som den stat, hvori investeringerne er foretaget, har undertegnet vedrørende investorer fra den anden stat, som er part i BIT, er således, at pligten til at opfylde disse forpligtelser bliver en del af BIT. Når investorerne anser disse forpligtelser for at være tilsidesat, kan de følgelig drage fordel af den beskyttelse, som de indrømmes ved BIT, bl.a. retten til at anvende international voldgift, hvilket havde været umuligt uden klausulen om opfyldelse af forpligtelser, for så vidt som folkeretten ikke kræver dette.

– afviklingsklausulen (»sunset clause«) [137] (artikel 13, stk. 3).

1) BIT's anvendelsesområde er bredere end EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde

183. Medmindre der udtrykkeligt er fastsat en begrænsning heraf, omfatter BIT'er enhver handling eller udeladelse fra statens side, som har en indvirkning på en udenlandsk investor og dennes investering. I denne forstand finder de anvendelse på situationer, som ikke er omfattet af EU-traktaten og EUF-traktaten.

184. De bedste eksempler er den ordning, som sikrer stabilitet i euroområdet, strafferetten og direkte beskatning.

185. Jeg henviser her til de voldgiftssager, der er indledt på grundlag af unionsinterne BIT'er, som Den Hellenske Republik og Republikken Cypern henviste til i retsmødet, vedrørende foranstaltninger, som de traf i overensstemmelse med konditionalitetskravene i forbindelse med deres finansielle støttefacilitet fastsat i aftalememorandummerne og andre instrumenter, der blev forhandlet enten inden for rammerne af traktaten om oprettelse af den europæiske stabilitetsmekanisme (ESM) eller under den ordning, der gik forud for ESM (dvs. den europæiske finansielle stabilitetsfacilitet (EFSF). Disse foranstaltninger henhører enten under ESM eller under medlemsstaternes kompetenceområde, men ikke under EU-traktaten og EUF-traktaten [138], som ikke kan være ramme for privates anfægtelse heraf som uforenelige med EU-retten.

186. I denne forbindelse gav de foranstaltninger, som blev truffet af den græske regering, kendt som »Private Sector Involvement« (herefter »PSI«), der nærmere bestemt bestod i en ensidig reducering med tilbagevirkende kraft af obligationer udstedt af denne regering imod visse obligationsindehaveres vilje, anledning til en voldgiftssag mellem en slovakisk og en cypriotisk investor på den ene side og Den Hellenske Republik på den anden [139]. Ifølge disse investorer udgjorde deres »tvungne« deltagelse i reduceringen af obligationer i henhold til PSI en indirekte ekspropriation samt en uretfærdig og unfair behandling i strid med BIT mellem Grækenland og Tjekkoslovakiet og BIT mellem Grækenland og Cypern.

187. PSI var blevet forhandlet mellem den græske regering og »trojkaen« (Kommissionen, ECB og Den Internationale Valutafond (IMF)) og derefter godkendt af Eurogruppen [140]. Som Domstolen fastslog, fandt Kommissionens og ECB's deltagelse i trojkaen sted uden for EU-traktaten og EUF-traktaten, og Eurogruppen er ikke et EU-organ [141]. BIT'er har ikke en sådan begrænsning. De finder anvendelse på alle statens foranstaltninger.

137 – Ifølge denne klausul drager investeringer, der er foretaget i løbet af BIT's gyldighedsperiode, fortsat fordel af den materielle beskyttelse, som indrømmes herved, selv om den ikke længere er gyldig, i en yderligere periode, som er fastsat i BIT. Denne periode begynder på BIT's ophørsdato.

138 – Ifølge Domstolens praksis er de særlige foranstaltninger, der blev pålagt medlemsstaterne som betingelse for den finansielle støtte, de havde anmodet om inden for rammerne af ESM-traktaten, ikke omfattet af EU-retten, selv om de skal overholde denne ret. Jf. i denne retning dom af 27.11.2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, præmis 151, 164, 179 og 180), og af 20.9.2016, Mallis m.fl. mod Kommissionen og ECB (C-105/15 P – C-109/15 P, EU:C:2016:702, især præmis 59 og 61). Det aftalememorandum, som blev undertegnet af Kommissionen og Den Europæiske Centralbank (ECB) på Den europæiske stabilitetsmekanismes (ESM) vegne, er nemlig en ESM-retsakt og kan som sådan ikke underlægges EU's retsinstansers legalitetskontrol. Den konstatering, at disse foranstaltninger ikke henhører under EU-retten, berøres dog ikke af muligheden for at anlægge en erstatningssag mod Unionen, for så vidt som Kommissionen og ECB underskrev dette aftalememorandum, hvilket kunne udgøre en karakteriseret tilsidesættelse af EU-retten fra deres side, som har medført et tab. Jf. i denne retning dom af 20.9.2016, Ledra Advertising m.fl mod Kommissionen og ECB (C-8/15 P – C-10/15 P, EU:C:2016:701, præmis 52-55).

139 – Jf. kendelse af 9.4.2015, Poštová banka, a.s. og Istrokapital SE mod Den Hellenske Republik (ICSID-sag nr. ARB/13/8) præmis 60-76.

140 – Jf. Eurogruppens presseerklæring af 21.2.2012.

141 – Jf. dom af 20.9.2016, Ledra Advertising m.fl. mod Kommissionen og ECB (C-8/15 P – C-10/15 P, EU:C:2016:701, præmis 52), og af 20.9.2016, Mallis m.fl. mod Kommissionen og ECB (C-105/15 P – C-109/15 P, EU:C:2016:702, præmis 52-61).

188. Det samme er tilfældet hvad angår Republikken Cyperns kapitalkontrolforanstaltninger under bankkrisen, som er genstand for voldgiftssagen Theodoros Adamakopoulos m.fl. mod Republikken Cypern (ICSID-sag nr. ARB/15/49). I retsmødet medgik den cypriotiske regering, at den selv havde vedtaget disse foranstaltninger på grundlag af artikel 65, stk. 1, TEUF, som giver medlemsstaterne mulighed for, og således ikke pålægger dem, at indføre restriktioner for de frie kapitalbevægelser.

189. Som formanden for ECB anførte, kan disse foranstaltninger ganske vist tillades i henhold til artikel 65, stk. 1, TEUF som restriktioner for de frie kapitalbevægelser, men der er ikke desto mindre tale om »nationale foranstaltninger[, der er] *unilaterale og suveræne*, truffet af det cypriotiske parlament, den cypriotiske regering og/eller Cyperns centralbank« [142]. Selv om medlemsstaterne under udøvelsen af deres kompetence ikke må tilsidesætte EU-retten, kan en BIT yde investorerne en hensigtsmæssig beskyttelse i de tilfælde, hvor foranstaltninger, som henhører under medlemsstaternes enekompetence, er til skade for dem, idet den dog ikke må være til hinder for EU-retten.

190. På samme måde omfattede de saneringsforanstaltninger for den cypriotiske banksektor, som blev vedtaget inden for rammerne af ESM og godkendt af Eurogruppen, en afvikling af banken Laïki, dens spaltning i en god bank og en dårlig bank samt banken Trapeza Kyprous overtagelse af den sidstnævnte [143]. Disse foranstaltninger medførte en forhøjelse af Republikken Cyperns andel i Laïkis kapital på bekostning af Marfin Egnatia Bank, som tidligere var indehaver af aktiemajoriteten. Disse foranstaltninger mundede også ud i en straffesag mod de af Marfin Egnatia Bank udnævnte ledere i Laïki samt i beslaglæggelse af aktiver tilhørende Marfin Egnatia Bank og disse ledere. Da Marfin Egnatia Bank anså foranstaltningerne for at være en indirekte ekspropriation af dens investeringer i Laïki samt en vilkårlig forskelsbehandling i strid med BIT mellem Grækenland og Cypern, indledte den en voldgiftssag mod Republikken Cypern [144].

191. Det er åbenbart, at den tvist, som denne voldgiftssag vedrører, heller ikke er omfattet af EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde, hverken den strafferetlige del eller den del, der vedrører saneringen. I retsmødet foreholdt den cypriotiske regering voldgiftsretten, at den havde pålagt den »ikke at udstede eller fuldbyrde visse europæiske arrestordrer« mod visse græske statsborgere, selv om formålet var at give dem mulighed for at deltage i retsmøder som vidner for voldgiftsretten.

192. Som det fremgår af pressemeddelelsen fra Republikken Cyperns juridiske tjeneste, er spørgsmålet om, hvorvidt der skal udstedes sådanne arrestordrer eller ikke, imidlertid en afgørelse, der henhører under medlemsstaternes enekompetence. Jeg kan således ikke se, hvordan voldgiftsrettens afgørelse havde forhindret Republikken Cypern i at opfylde sine forpligtelser i henhold til Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13. juni 2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne [145], som i alt væsentligt vedrører fuldbyrdelsen i de øvrige medlemsstater af arrestordrer udstedt af en medlemsstat (i dette tilfælde Republikken Cypern) samt procedurerne for overgivelse af de pågældende personer. Hvad angår suspension af fuldbyrdelsen af mandater indeholder denne rammeafgørelse ikke nogen bestemmelse om fuldbyrdelse af mandater i

142 – Jf. skrivelse af 13.7.2015 fra Mario Draghi, formand for ECB, til medlem af Europa-Parlamentet, Sven Giegold, som findes på ECB's websted https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475. Min fremhævelse.

143 – Disse foranstaltninger henhører ikke under EU-retten. Jf. dom af 20.9.2016, Mallis m.fl mod Kommissionen og ECB (C-105/15 P – C-109/15 P, EU:C:2016:702).

144 – Jf. verserende voldgiftssag Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos m.fl. mod Republikken Cypern (ICSID-sag nr. ARB/13/27). Jf. desuden pressemeddelelse fra Republikken Cyperns juridiske tjeneste, der findes på dens presse- og informationskontors websted (http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G).

145 – EUT 2002, L 190, s. 1. Rammeafgørelsen definerer de strafbare handlinger, for hvilke der kan udstedes en europæisk arrestordre, men omhandler ikke de øvrige strafferetlige betingelser, som skal opfyldes i en sådan procedure, som henhører under den medlemsstats enekompetence, der har udstedt arrestordren.

udstedelseslandet. Derfor henhører dette spørgsmål også under medlemsstaternes enekompetence. Under alle omstændigheder trak den pågældende voldgiftsret efter anmodning fra den cypriotiske statsadvokat åbenbart sin afgørelse, hvorefter de pågældende græske statsborgere skulle fremstille sig for de cypriotiske retter – som var genstanden for de relevante europæiske arrestordrer – tilbage [146].

193. Hvad angår direkte beskatning finder den omhandlede BIT fuld anvendelse på dette område. Det henhører ikke under EU-traktaten og EUF-traktaten, eftersom direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, selv om de skal udøve kompetencen under overholdelse af EU-retten [147]. Den beskyttelse, som de grundlæggende frihedsrettigheder yder inden for direkte beskatning [148], omfatter kun forbuddet mod forskelsbehandling af skatteydere, der befinder sig i objektivt sammenlignelige situationer, eller ensartet behandling af skatteydere, der befinder sig i forskellige situationer [149].

194. Kommissionen henviste i retsmødet til dom af 5. februar 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47), skønt denne dom viser, at EU-retten – modsat Kommissionens opfattelse – ikke yder en »fuldstændig« beskyttelse på investeringsområdet [150]. Det fremgår nemlig tydeligt af denne doms præmis 23 og 30, at EU-retten kun yder beskyttelse mod forskelsbehandling på det område, som denne dom vedrørte, nemlig direkte beskatning.

195. Desuden er chartrets bestemmelser, ifølge dets artikel 51, stk. 1, kun rettet til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten. Som Domstolen har fastslået, finder chartrets bestemmelser ikke anvendelse på foranstaltninger inden for direkte beskatning, eftersom disse ikke henhører under EUF-traktatens bestemmelser eller under direktiverne vedrørende beskatning [151].

196. Den beskyttelse inden for direkte beskatning, som investorerne indrømmes af BIT'erne, er derimod mere omfattende end den, EU-retten indrømmer, idet den ikke udelukkende vedrører en skattemæssig forskelsbehandling, men også enhver beskatning, som tilsidesætter garantierne for en fair og retfærdig behandling, for mestbegunstigelsesbehandling og fuld beskyttelse og sikkerhed samt indirekte ekspropriation, der gennemføres som en beskatning [152].

146 – Jf. avisartiklen »Bouloutas og Foros skal fremstille sig for retten« på avisen *Politis*' websted https://politis.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros.

147 – Jf. dom af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 21), af 12.12.2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, præmis 36), og af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 14).

148 – Med de tilfælde, hvor EUF-traktaten indeholder bestemmelser herom (artikel 110 TEUF – 112 TEUF), eller hvor Unionen har lovgivet herom, som en sjælden undtagelse. Jeg kan som eksempel nævne diverse direktiver, nemlig direktiv 2003/49/EF, direktiv 2009/133/EF, direktiv 2011/16/EU af 15.2.2011 om administrativt samarbejde på beskatningsområdet og om ophævelse af direktiv 77/799/EØF (EUT 2011, L 64, s. 1); direktiv 2011/96/EU og Rådets direktiv (EU) 2015/2060 af 10.11.2015 om ophævelse af direktiv 2003/48/EF om beskatning af indtægter fra opsparing i form af rentebetalinger (EUT 2015, L 301, s. 1). Jf. ligeledes i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse C (C-122/15, EU:C:2016:65, punkt 42-50). Der er intet til hinder for, at Unionen og/eller medlemsstaterne på grundlag af kompetencefordelingen på de pågældende områder fastlægger en fælles lovramme for beskyttelse af investeringer på hele Unionens område, som ville erstatte BIT'erne.

149 – Jf. i denne retning dom af 14.11.1995, Svensson og Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379, præmis 12-19), af 1.4.2014, Felixstowe Dock and Railway Company m.fl. (C-80/12, EU:C:2014:200, præmis 20, 21 og 25), af 17.7.2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, præmis 19 og 24), af 3.2.2015, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2015:50, præmis 21 og 24), og af 24.11.2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, præmis 54).

150 – Ved at henvise til denne dom vedrørende direkte skatter for at påvise, at EU-retten yder en fuldstændig beskyttelse på investeringsområdet, modsiger Kommissionen sig selv, fordi den samtidig har forfægtet den opfattelse, at dom af 5.7.2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424) – der ligeledes vedrører spørgsmålet om, hvorvidt EUF-traktaten forbyder forskelsbehandling på området for direkte skatter – ikke er relevant ved bedømmelsen af, om den pågældende BIT's artikel 8 er forenelig med artikel 18 TEUF, fordi området for direkte skatter henhører under medlemsstaternes kompetence. Jf. punkt 78 i nærværende forslag til afgørelse.

151 – Jf. dom af 2.6.2016, C (C-122/15, EU:C:2016:391, præmis 28 og 29), og kendelse af 15.4.2015, Burzio (C-497/14, EU:C:2015:251, præmis 26-33).

152 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 251. Jf., vedrørende ekspropriation, bl.a. kendelse af 16.12.2002, Marvin Feldman mod De Forenede Mexicanske Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/99/1), præmis 101-107, af 3.2.2006, EnCana Corporation mod Republikken Ecuador (UNCITRAL), præmis 173 og 177, og af 5.10.2012, Occidental Petroleum Corporation og Occidental Exploration and Production Company mod Republikken Ecuador (ICSID-sag nr. ARB/06/11), præmis 455.

197. F.eks. er en minoritetsaktionær i et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, og som ekspropriereres [153] ved brug af direkte beskatning, ikke beskyttet af de grundlæggende frihedsrettigheder i henhold til EUF-traktaten, eftersom aktionærens kapitalandel ikke giver ham kontrollen over det selskab, som er genstand for ekspropriationsforanstaltningerne, og derfor ikke er omfattet af etableringsfriheden. Da skatteforanstaltningerne kun vedrører dette ene selskab, finder de desuden anvendelse på en rent intern situation, hvilket indebærer, at EUF-traktatens bestemmelser om de frie kapitalbevægelser ikke finder anvendelse. Da de EU-retlige bestemmelser ikke finder anvendelse, gør chartret og dets artikel 17 det heller ikke.

198. Da en minoritetsandel er en direkte investering i den omhandlede BIT's forstand, kan en minoritetsaktionær derimod drage fuld nytte af artikel 5, som forbyder ulovlig ekspropriation [154].

2) Den omhandlede BIT's retsregler, som er uden sidestykke i EU-retten, og som ikke er uforenelige hermed

199. Adskillige retsregler i den omhandlede BIT er uden sidestykke i EU-retten. Det drejer sig om mestbegunstigelsesklausulen, klausulen om opfyldelse af kontraktlige forpligtelser, afviklingsklausulen samt ISDS-ordningen.

i) Mestbegunstigelsesklausulen

200. Den omhandlede BIT's artikel 3, stk. 2, indfører princippet om, at de kontraherende parter indrømmer investeringer foretaget af investorer hidrørende fra den anden part fuld sikkerhed og beskyttelse, som i alle henseender ikke må være ringere end den, der indrømmes investeringer foretaget af deres egne investorer eller investeringer foretaget af tredjelandsinvestorer, hvis dette er gunstigere for den pågældende investor.

201. Selv om EU-retten anerkender princippet om national behandling [155], indeholder den ikke en mestbegunstigelsesklausul, som giver en medlemsstats statsborgere mulighed for i en anden medlemsstat at modtage den samme behandling som den sidstnævnte indrømmer statsborgere hidrørende fra et tredjeland på grundlag af en bilateral aftale [156].

ii) Klausulen om opfyldelse af kontraktlige forpligtelser, den såkaldte »paraplyklausul«

202. Virkningen af klausulen om opfyldelse af kontraktlige forpligtelser, »paraplyklausulen«, i den omhandlede BIT's artikel 3, stk. 5, er, at statens tilsidesættelse af en kontraktlig forpligtelse, som den har indgået skriftligt i forhold til en investor, udgør en tilsidesættelse af BIT'en. Der er ikke en tilsvarende bestemmelse i EU-retten, hvorefter en tilsidesættelse af en kontraktlig forpligtelse automatisk udgør en tilsidesættelse af EU-traktaten og EUF-traktaten.

153 – Jf. punkt 217-226 i dette forslag til afgørelse med henblik på flere detaljer om sammenligningen af den omhandlede BIT og EU-traktaten og EUF-traktaten hvad angår beskyttelsen mod ulovlig ekspropriation.

154 – Jf. i denne retning kendelse af 20.7.2012, Quasar de Valores SICAV SA m.fl. mod Fédération de Russie (SCC-sag nr. 24/2007), og endelig kendelse af 12.9.2010, RosInvestCo UK Ltd mod Den Russiske Føderation (SCC-sag nr. V 079/2005), der blev ophævet af de svenske domstole af andre grunde.

155 – Jf. bl.a. dom af 21.9.1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, præmis 59).

156 – Jf. punkt 66-72 i dette forslag til afgørelse.

iii) Afviklingsklausulen

203. EU-traktaten og EUF-traktaten indeholder, i modsætning til den omhandlede BIT's artikel 13, stk. 3, ikke en afviklingsklausul. Tværtimod bestemmer artikel 50, stk. 3, TEU, at »[t]raktaterne ophører med at finde anvendelse på den pågældende medlemsstat på datoen for udtrædelsesaftalens ikrafttræden eller, hvis en sådan aftale ikke foreligger, to år efter meddelelsen i stk. 2«, medmindre denne frist forlænges. Den beskyttelse, som EU-retten indrømmer unionsborgernes økonomiske aktiviteter i en medlemsstat, ophører følgelig øjeblikkeligt, når den pågældende medlemsstat beslutter at udtræde af Unionen, selv om deres investeringer er foretaget, mens traktaterne stadig var gældende i denne medlemsstat, og vice versa.

iv) Anvendelse af international voldgift som ISDS-ordning

204. Den omhandlede BIT's artikel 8 indeholder et stående tilbud (»standing offer«) fra Kongeriget Nederlandene og Den Slovakiske Republik til investorer hidrørende fra den anden kontraherende part om, at de kan indbringe enhver tvist vedrørende deres investeringer til international voldgift i overensstemmelse med UNCITRAL's voldgiftsregler, idet voldgiftsinstituttet ved handelskammeret i Stockholm, SCC, handler i egenskab af myndighed med beføjelse til at udpege voldgiftsmænd.

205. Ifølge den voldgiftsret, som voldgiften i hovedsagen blev forelagt, kan retten til at anvende international voldgift ganske enkelt ikke sidestilles med søgsmål for statens ordinære domstole [157], eftersom EU-traktaten og EUF-traktaten (ligesom medlemsstaternes lovgivning) ikke fastsætter retsmidler, der svarer til en ISDS-ordning. Selv om artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU pålægger medlemsstaterne at tilvejebringe den nødvendige adgang til domstolsprøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten, fastsætter EU-traktaten og EUF-traktaten ikke retsmidler, som giver retssubjekter mulighed for at sagsøge medlemsstaterne direkte ved Domstolen [158]. Desuden er den omhandlede BIT's anvendelsesområde bredere end EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde og finder således også anvendelse, hvor de forpligtelser, der følger af artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU, ikke gør det.

206. I øvrigt er voldgiftsretterne det mest passende værneting til bilæggelse af tvister mellem investorer og stater på grundlag af BIT, da de statslige retter ofte fastsætter betingelser om, at investorerne skal påberåbe sig folkeretten, hvilket i realiteten er umuligt at opfylde [159], samt frister, der er vanskelige at forene med erhvervslivet og de beløb, der er på spil.

207. Hvis den omhandlede BIT ikke gav mulighed for at anvende international voldgift som ISDS, ville den følgelig være helt uden effektiv virkning. Hvad dette angår har de intervenerende medlemsstater i den foreliggende sag og Kommissionen ikke givet et eneste eksempel på en investor, som har anlagt sag ved de ordinære domstole på grundlag af gamle BIT'er, der, som BIT'erne mellem Tyskland og Grækenland og mellem Tyskland og Portugal, ikke indeholder ISDS-ordninger.

157 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 264. Jf. ligeledes i denne retning kendelse af 22.2.2017, WNC Factoring Ltd mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2014-34), præmis 300.

158 – Jf. delkendelse af 27.3.2007, Eastern Sugar BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (SCC-sag nr. 088/2004), præmis 180, kendelse af 6.6.2007, Rupert Joseph Binder mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) om kompetence, præmis 40, afgørelse af 30.4.2010, Jan Oostergetel & Theodora Laurentius mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL), om kompetence, præmis 77, kendelse af 22.2.2017, WNC Factoring Ltd mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2014-34), præmis 299, endelig kendelse af 10.3.2017, Anglia Auto Accessories Limited mod Den Tjekkiske Republik (SCC-sag V 2014/181), præmis 116, endelig kendelse af 10.3.2017, I.P. Busta og J.P. Busta mod Den Tjekkiske Republik (SCC V-sag 2015/014), præmis 116.

159 – Jf. bl.a. dom nr. 280264 af 21.12.2007 afsagt af Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig), som fastslog, at bestemmelserne i artikel 3 i aftalen mellem Den Franske Republiks regering og Den Demokratiske Folkerepublik Algeriets regering om gensidig fremme og beskyttelse af investeringer, undertegnet i Algier den 13.2.1993, kun medførte forpligtelser mellem de to signatarstater, og at de derfor ikke kunne påberåbes af borgere. Der kan drages en parallel til kontrollen af EU-retsakters gyldighed i forhold til folkeretten. Jf. i denne retning dom af 21.12.2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864).

208. Det er således ikke overraskende, at investorernes ret til at anvende international voldgift er anerkendt i international investeringsret som den vigtigste bestemmelse i BIT'er, da den ud over sit processuelle indhold i sig selv også udgør en garanti, der fremmer og beskytter investeringer [160].

209. Domstolen bekræftede denne bedømmelse i præmis 292 i udtalelse 2/15 (frihandelsaftale med Singapore) af 16. maj 2017 (EU:C:2017:376), hvor den fastslog, at ISDS-ordninger »ikke [kan] være rent accessorisk[e]«.

3) Overlapningen mellem de øvrige bestemmelser i den omhandlede BIT og visse bestemmelser i EU-traktaten og EUF-traktaten er kun delvis

210. For så vidt angår de øvrige regler om materiel beskyttelse af investeringer, dvs. fuld beskyttelse og sikkerhed, fair og retfærdig behandling af investeringer samt forbud mod ulovlig ekspropriation, skal det fremhæves, at deres overlapning med EU-retten kun er delvis, uden at de dog er uforenelige med denne. Ligesom de grundlæggende frihedsrettigheder fremmer disse regler derimod også frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne. De er a priori forenelige med det indre marked.

i) Fuld beskyttelse og sikkerhed for investeringer

211. Ved denne regel pålægges staten den positive forpligtelse at træffe foranstaltninger for at beskytte investeringer, herunder fysisk beskyttelse af investoren og hans investering mod voldelige handlinger fra privates [161] eller statslige organers [162] side samt retlig beskyttelse [163] af investoren og hans investering [164].

212. EU-retten indeholder ikke nogen regler, som svarer direkte hertil [165]. Ganske vist kan de grundlæggende frihedsrettigheder finde anvendelse inden for de samme faktuelle rammer som garantien for fuld beskyttelse og sikkerhed, da de har direkte vertikal og horisontal virkning [166]. Indholdet er imidlertid forskelligt både hvad angår den fysiske beskyttelse af investoren og den retlige beskyttelse, som omfatter statens pligt til at sikre, at det beskyttelses- og sikkerhedsniveau for investeringer, som er aftalt med de udenlandske investorer, ikke fjernes eller mindskes ved enten lovændring eller administrative handlinger [167]. EU-retten indeholder ikke noget så specifikt.

160 – Jf. rettens afgørelse af 25.1.2000, Emilio Agustín Maffezini mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/97/7), om indsigelser med hensyn til manglende kompetence, præmis 54 og 55, rettens afgørelse af 17.6.2005, Gas Natural SDG SA mod Den Argentinske Republik (ICSID-sag nr. ARB/03/10), om indsigelser med hensyn til manglende kompetence, præmis 31, afgørelse af 16.5.2006, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA og InterAguas Servicios Integrales del Agua SA mod Den Argentinske Republik (ICSID-sag nr. ARB/03/17), om kompetence, præmis 60, delkendelse af 27.3.2007, Eastern Sugar BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (SCC-sag nr. 088/2004), præmis 165 og 166, kendelse af 6.6.2007, Rupert Joseph Binder mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL), om kompetence, præmis 65, afgørelse af 30.4.2010, Jan Oostergetel & Theodora Laurentius mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL), om kompetence, præmis 77 og 78, kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 264, afgørelse af 22.2.2017, WNC Factoring Ltd mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2014-34), præmis 300; endelig kendelse af 10.3.2017, Anglia Auto Accessories Limited mod Den Tjekkiske Republik (SCC-sag V 2014/181), præmis 116, og endelig kendelse af 10.3.2017, I.P. Busta og J.P. Busta mod Den Tjekkiske Republik (SCC V-sag 2015/014), præmis 116.

161 – Jf. bl.a. kendelse af 8.12.2000, Wena Hotels Ltd mod Den Arabiske Republik Egypten (ICSID-sag nr. ARB/98/4), præmis 84, og af 29.5.2003, Técnicas Medioambientales TECMED SA mod De Forenede Mexicanske Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/00/2), præmis 175-177.

162 – Jf. bl.a. kendelse af 24.7.2008, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd mod Den Forenede Republik Tanzania (ICSID-sag nr. ARB/05/22), præmis 730, og delkendelse af 19.8.2005, Eureko BV mod Republikken Polen (ad hoc-voldgift), præmis 236 og 237.

163 – Jf. delkendelse af 13.9.2001, CME Czech Republic BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL), præmis 613, og kendelse af 20.8.2007, Compañiá de Aguas del Aconquija SA og Vivendi Universal SA mod Den Argentinske Republik (ICSID-sag nr. ARB/97/3), præmis 7.4.15 og 7.4.16.

164 – Jf., med henblik på en mere fyldestgørende analyse, C. Schreuer, »Full Protection and Security«, 2010, *Journal of International Dispute Settlement*, s. 1.

165 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 260.

166 – Jf. bl.a. dom af 11.12.2007, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union (C-438/05, EU:C:2007:772, præmis 56-59, 62 og 66). Det samme er tilfældet hvad angår forordninger, men ikke direktiver.

167 – Jf. delkendelse af 17.3.2006, Saluka Investments BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2001-04), præmis 484.

ii) Fair og retfærdig behandling af investeringer

213. En fair og retfærdig behandling af investeringer er et vidt begreb, som omfatter retten til en retfærdig rettergang og de grundlæggende garantier for god tro, ikke-forskelsbehandling [168] og proportionalitet [169] samt begreberne gennemsigtighed, utvetydighed, ingen vilkårlig behandling, beskyttelse af den berettigede forventning og beskyttelse mod tvang og chikane [170]. Endelig beskytter begrebet fair og retfærdig behandling investoren mod retsnægtelse [171] fra de statslige domstoles side [172].

214. Der er åbenlyse fællespunkter med adskillige EU-retlige principper såsom princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning samt retten til god forvaltning, til en effektiv domstolsprøvelse og til en upartisk domstol.

215. Selv taget under ét indebærer disse EU-retlige regler ikke, at EU-retten indeholder et princip om fair og retfærdig behandling som sådan. Som adskillige voldgiftsretter har fastslået, kan en behandling være unfair og uretfærdig, selv om den vedrører alle de erhvervsdrivende uanset deres nationalitet eller andre særpræg [173], såsom en fast selskabsskat. Det bør fremhæves, at Den Slovakiske Republik under voldgiftssagen i hovedsagen anerkendte, at en sådan skat kunne være i strid med BIT's krav om en fair og retfærdig behandling, selv om den ikke ville være uforenelig med EU-retten [174].

216. Et andet eksempel er beskyttelse mod retsnægtelse, som også omfatter tilfælde med tydeligt misbrug af national ret. EU-retten tilbyder ikke en tilsvarende beskyttelse, da Unionens retsinstanser ikke har kompetence til at fortolke national ret.

iii) Forbud mod ulovlig ekspropriation

217. I henhold til den omhandlede BIT's artikel 5 er ekspropriation kun lovlig, hvis den er begrundet i hensyn til almenvellet, overholder de gældende retsregler, ikke er diskriminerende og sker mod betaling af en rimelig kompensation.

168 – Begrebet forskelsbehandling i international investeringsret svarer til det EU-retlige begreb, idet det vedrører en ugunstig behandling af investoren, som ikke med rimelighed kan begrundes. Jf. i denne retning dom Elettronica Sicula SPA (ELSI), ICJ Reports 1989, s. 15, præmis 122; delkendelse af 17.3.2006, Saluka Investments BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2001-04), præmis 460, og kendelse af 24.7.2008, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd mod Den Forenede Republik Tanzania (ICSID-sag nr. ARB/05/22) præmis 695.

169 – Jf. kendelse af 25.5.2004, MTD Equity Sdn. Bhd. og MTD Chile SA mod Republikken Chile (ICSID-sag nr. ARB/01/7), præmis 109, delkendelse af 17.3.2006, Saluka Investments BV mod Den Tjekkiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2001-04), præmis 303 og 460, kendelse af 27.8.2008, Plama Consortium Limited mod Republikken Bulgarien (ICSID-sag nr. ARB/03/24), præmis 184, og af 8.10.2009, EDF (Services) Limited mod Rumænien (ICSID-sag nr. ARB/05/13), præmis 303.

170 – Jf. kendelse af 29.5.2003, Técnicas Medioambientales TECMED SA mod De Forenede Mexicanske Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/00/2), præmis 154, af 1.6.2009, Waguih Elie George Siag og Clorinda Vecchi mod Den Arabiske Republik Egypten (ICSID-sag nr. ARB/05/15), præmis 450, og af 29.7.2008, Rumeli Telekom A.S. og Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. mod Republikken Kasakhstan (ICSID-sag nr. ARB/05/16), præmis 609. Jf. ligeledes i denne retning M. Dolzer og C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, s. 133-149; K. Yannaca-Small, »Fair and equitable Treatment Standard«, offentliggjort i K. Yannaca-Small, (red.), *Arbitration under International Investment Agreements* – A Guide to the Key Issues, Oxford University Press, 2010, s. 385, s. 393-410. Jf. ligeledes udtalelse 2/15 (frihandelsaftale med Singapore) af 16.5.2017 (EU:C:2017:376, præmis 89).

171 – Begrebet »retsnægtelse« i folkeretten omfatter statens pligt til ikke at drive sit retsvæsen på en måde, som tydeligvis er uretfærdig. Jf. i denne retning J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, s. 67. Denne pligt er tilsidesat, hvis de statslige domstole f.eks. afviser at behandle en sag, hvis de fastsætter urimelige frister herfor, hvis retsvæsenet drives på en klart utilstrækkelig måde, eller der endog er tale om tydeligt misbrug af national ret. Jf. kendelse af 1.11.1999, Robert Azinian m.fl. mod De Forenede Mexicanske Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/97/2), præmis 102 og 103.

172 – Jf. kendelse af 29.7.2008, Rumeli Telekom A.S. og Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. mod Republikken Kasakhstan (ICSID-sag nr. ARB/05/16), præmis 651, og af 8.5.2008, Victor Pey Casado og President Allende Foundation mod Republikken Chile (ICSID-sag nr. ARB/98/2), præmis 653-657. Jf. desuden i denne retning C. McLachlan, L. Shore og M. Weiniger, International Investment Arbitration – Substantive Principles, Oxford University Press, 2007, s. 227.

173 – Jf. delkendelse af 13.11.2000, S.D. Myers Inc. mod Canada (UNCITRAL), præmis 259; afgørelse af 3.10.2006, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., og LG&E International, Inc mod Den Argentinske Republik (ICSID-sag nr. ARB/02/1), om ansvar, præmis 162, og kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 250 og 251.

174 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 119 og 251.

218. Der er en åbenlys overlapning med ejendomsretten som fastsat i chartrets artikel 17, stk. 1 [175]. Ifølge denne bestemmelse »[må i]ngen […] berøves sin ejendom, medmindre det skønnes nødvendigt i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov, og mod rimelig og rettidig erstatning for tabet«.

219. Overlapningen er dog kun delvis, da den beskyttelse, som indrømmes ved BIT'er, i mindst to henseender er mere omfattende end beskyttelsen i henhold til EU-retten.

220. For det første er chartrets artikel 17, i henhold til dets artikel 51, stk. 1, kun rettet til medlemsstaterne, når de gennemfører EU-retten. Det finder således ikke anvendelse i andre tilfælde. Selv om Kommissionen i retsmødet henviste til de verserende sager SEGRO og Horváth (sagerne C-52/16 og C-113/16) som eksempler på sager, hvor EU-retten yder beskyttelse mod ekspropriation, er denne beskyttelse langtfra fuldstændig, da den aldrig kan anvendes selvstændigt [176]. Forbuddet mod ulovlig ekspropriation i den omhandlede BIT's artikel 5 er derimod selvstændigt og bindende for staten uden begrænsninger.

221. For det andet beskytter BIT'er ikke kun ved direkte [177], men også ved indirekte ekspropriation, dvs. ekspropriation ved lovgivning og såkaldt »snigende« ekspropriation (»creeping expropriations«) [178].

222. Begrebet »indirekte ekspropriation« er mere vagt og omfatter foranstaltninger, der er indgreb, uden rådighedsberøvelse, i ejendomsretten og retten til investeringer. Voldgiftsretterne har opstillet adskillige kriterier for sondringen mellem en indirekte ekspropriation og statens almindelige regulerende beføjelse, dvs. graden af indgreb i ejendomsretten, de pågældende statslige foranstaltningers formål og sammenhæng og tilsidesættelsen, ved disse foranstaltninger, af rimelige forventninger til investeringens økonomiske resultater [179].

223. Det samme er tilfældet hvad angår snigende ekspropriation, dvs. indirekte ekspropriation, som foregår gradvist ved en række foranstaltninger, der ikke udgør ekspropriation i sig selv, men hvis samlede virkning er en udhuling af investeringens værdi [180].

224. Domstolens praksis hvad angår chartrets artikel 17 er ikke så omfattende. Det er således slet ikke sikkert, at den beskytter investorerne mod indirekte ekspropriation på en måde, der svarer til BIT'ers beskyttelse.

225. For det tredje skal der ifølge chartrets artikel 17 kun betales en rimelig erstatning, mens den omhandlede BIT's artikel 5, litra c), bestemmer, at erstatningen skal svare til investeringens *faktiske* værdi.

175 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 261.

176 – Jf. generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse SEGRO og Horváth (C-52/16 og C-113/16, EU:C:2017:410, punkt 121), hvori han foreslår, at Domstolen ikke besvarer de præjudicielle spørgsmål vedrørende chartrets artikel 17, da »den hævdede tilsidesættelse af [denne] artikel […] ikke kan undersøges uafhængigt af spørgsmålet om tilsidesættelse af de frie bevægelser«. Jf. desuden, i denne retning, dom af 21.12.2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, præmis 65).

177 – Ved direkte ekspropriation forstås nationaliserings- eller rådighedsberøvelsesforanstaltninger ved en formel overførsel af ejendomsretten eller en fysisk beslaglæggelse.

178 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 261. Jf. ligeledes, i denne henseende, dom af 15.9.2011, Kommissionen mod Slovakiet (C-264/09, EU:C:2011:580, præmis 47-50), hvori Domstolen fastslog, at Den Slovakiske Republiks ophævelse af en kontrakt, som den havde indgået med en schweizisk investor, der var nødvendig for, at den kunne overholde forpligtelserne i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26.6.2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF (EUT 2003, L 176, s. 37), kunne udgøre en ekspropriation som omhandlet i artikel 6 i BIT mellem Schweiz og Slovakiet.

179 – Jf. i denne henseende et sammendrag af den relevante internationale retspraksis i K. Yannaca-Small, »»Indirect expropriation« and the »Right to Regulate« in International Investment Law«, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, s. 10-20.

180 – Jf. bl.a. kendelse af 29.5.2003, Técnicas Medioambientales TECMED SA mod De Forenede Mexicanske Stater (ICSID-sag nr. ARB(AF)/00/2), præmis 114, og kendelse af 16.9.2003, Generation Ukraine Inc. mod Ukraine (ICSID-sag nr. ARB/00/9), præmis 20.22.

226. Endelig har Kommissionen ikke givet et eneste eksempel på en sag for Domstolen, hverken i form af et annullationssøgsmål eller en anmodning om præjudiciel afgørelse, hvori en investor har gjort krav på sin ejendomsret som følge af en ulovlig ekspropriation af sin investering [181].

227. Kommissionen har heller ikke forklaret, hvordan forbuddet mod ulovlig ekspropriation er uforeneligt med EU-traktaten og EUF-traktaten.

228. Det fremgår af det ovenstående, at den omhandlede BIT's anvendelsesområde er bredere end EU-traktatens og EUF-traktatens anvendelsesområde, og at de garantier for beskyttelsen af investeringer, som er fastsat heri, er forskellige fra de garantier, som indrømmes i EU-retten, uden at være uforenelige med denne. Af denne grund er en tvist mellem en nederlandsk investor og Den Slovakiske Republik inden for den omhandlede BIT ikke en tvist vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af EU-traktaten og EUF-traktaten.

3. Griber BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet, henset til formålet hermed, ind i det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og dermed i autonomien for Unionens retsorden?

229. Såfremt Domstolen fastslår, at en tvist som den i hovedsagen omhandlede mellem Achmea og Den Slovakiske Republik ikke er en tvist vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af traktaterne i henhold til artikel 344 TEUF, skal det derefter undersøges, hvorvidt artikel 8 i BIT mellem Nederlandene og Tjekkoslovakiet griber ind i det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og autonomien for Unionens retsorden [182].

230. Jeg vil først og fremmest minde om de grundlæggende principper vedrørende dette spørgsmål, som Domstolen anførte i præmis 65-70 i udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8. marts 2011 (EU:C:2011:123) og i præmis 157-176 i udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18. december 2014 (EU:C:2014:2454).

231. Ifølge fast retspraksis har Unionens grundlæggende traktater indført en ny retsorden, der har egne institutioner, til hvis fordel medlemsstaterne på flere og flere områder har begrænset deres suverænitet, og hvis subjekter ikke kun er medlemsstaterne, men også deres statsborgere, idet EU-retten er kendetegnet ved sin forrang i forhold til medlemsstaternes retssystemer samt den direkte virkning af en række bestemmelser, der gælder for medlemsstaternes borgere og for staterne selv [183].

232. Unionens retsorden og domstolssystem er baseret på den grundlæggende præmis, at hver medlemsstat deler en række fælles værdier, som Unionen er bygget på, med samtlige andre medlemsstater og anerkender, at disse deler dem med den, hvilket forudsætter og begrunder, at der foreligger en gensidig tillid mellem medlemsstaterne med hensyn til anerkendelsen af disse værdier og dermed under iagttagelse af EU-retten, der gennemfører disse [184].

181 – I retsmødet henviste den cypriotiske regering til præmis 62-76 i dom af 20.9.2016, Ledra Advertising m.fl. mod Kommissionen og EIB (C-8/15 P – C-10/15 P, EU:C:2016:701), hvor Domstolen kun udtalte sig om, hvorvidt Kommissionen ved at underskrive aftalememorandummet på ESM's vegne havde medvirket til en tilsidesættelse af appellanternes ejendomsret, der er garanteret i chartrets artikel 17, stk. 1. Spørgsmålet om, hvorvidt Republikken Cypern havde tilsidesat denne ret, blev ikke afgjort, idet chartret under alle omstændigheder ikke gælder for medlemsstaterne uden for området for EU-rettens gennemførelse (jf. denne doms præmis 67).

182 – Jf. udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 63-89), udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 183) og 2/15 (frihandelsaftale med Singapore) af 16.5.2017 (EU:C:2017:376, præmis 301).

183 – Jf. i denne retning dom af 5.2.1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, s. 12); af 15.7.1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66, s. 593), af 17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, præmis 3), udtalelse 1/91 (første EØS-aftale), af 14.12.1991 (EU:C:1991:490, præmis 21) og 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 65), dom af 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, præmis 59), samt udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 166).

184 – Jf. udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 168).

233. I medfør af princippet om loyalt samarbejde som fastsat i artikel 4, stk. 3, første afsnit, TEU sikrer medlemsstaterne, at EU-retten anvendes og overholdes på deres område. I medfør af samme stykkes andet afsnit træffer medlemsstaterne desuden alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne [185].

234. Med henblik på at sikre Unionens retssystems særlige karakteristika og autonomi er der ved traktaterne indført et retsligt system, der har til formål at sikre en sammenhæng og enhed ved fortolkningen af EU-retten, som pålægger de nationale domstole og Domstolen at garantere, at EU-retten anvendes fuldt ud i alle medlemsstaterne, og at garantere retsbeskyttelsen af borgernes rettigheder [186].

235. I denne sammenhæng »udgøres kernen i det således udformede domstolssystem af den i artikel 267 TEUF fastsatte procedure med præjudicielle forelæggelser, der ved at indføre en dommerdialog mellem netop Domstolen og medlemsstaternes domstole har til formål at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten […], hvorved EU-rettens sammenhæng, fulde virkning og autonomi og i sidste ende den særegne karakter af den ved traktaterne indførte ret sikres […]« [187].

236. Endelig sikrer medlemsstaternes domstole, i deres rolle som EU-rettens vogtere, overholdelsen af de regler og principper, som hører til selve grundlaget for Unionens retsorden, heriblandt EU-rettens forrang, de fire grundlæggende friheder, unionsborgerskabet, området med frihed, sikkerhed og retfærdighed, konkurrence- og statsstøttereglerne samt de grundlæggende rettigheder [188].

237. Efter min opfattelse tilsidesætter den mulighed for at anvende international voldgift, som den omhandlede BIT's artikel 8 giver de nederlandske og slovakiske investorer, hverken det kompetencesystem, der er fastlagt i EU-traktaten og EUF-traktaten, eller autonomien for Unionens retsorden, selv om Domstolen skulle fastslå, at de ved denne artikel oprettede voldgiftsretter ikke er retter i medlemsstaterne i artikel 267 TEUF's forstand.

238. Det skal først og fremmest bemærkes, at selv om en voldgiftskendelse er bindende, kan den aldrig fuldbyrdes uden medvirken fra staten, som, når der er tale om investeringsvoldgift, stiller sine fuldbyrdelsesordninger til investorens rådighed.

239. Hvad angår den omhandlede BIT's artikel 8 kan de kendelser, som afsiges af voldgiftsretterne, ikke undgå de statslige domstoles kontrol. Denne kontrol kan udføres inden for rammerne af et annullationssøgsmål til prøvelse af voldgiftskendelsen for domstolene på stedet for voldgiften eller inden for rammerne af en indsigelse mod en anmodning om anerkendelse og fuldbyrdelse heraf for domstolene i de lande, hvor der er anmodet om anerkendelse og fuldbyrdelse af kendelsen, i overensstemmelse med konventionen om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser udfærdiget den 10. juni 1958 i New York [189] (herefter »New Yorkkonventionen af 1958«).

185 – Jf. dom af 16.7.1998, Oelmühle og Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, præmis 23), samt udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 68) og 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 173).

186 – Jf. artikel 19, stk. 1, TEU. Jf. desuden udtalelse 1/91 (første EØS-aftale) af 14.12.1991 (EU:C:1991:490, præmis 35), dom af 13.3.2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, præmis 38), og udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 66 og 68), samt udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 173).

187 – Udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 176). Jf. desuden i denne retning dom af 16.1.1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, præmis 2 og 3), og af 12.6.2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, præmis 20), samt udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 83).

188 – Jf. i denne retning dom af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 36-39), af 28.3.2000, Krombach (C-7/98, EU:C:2000:164, præmis 21), af 3.9.2008, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen (C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461, præmis 304), og udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 172). Vedrørende en nærmere analyse af udtrykket »europæisk ordre public« henviser jeg til mine forslag til afgørelse, ligeledes vedrørende voldgiftskendelser, Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414, punkt 166-177) og Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177, punkt 55-72).

189 – *United Nations Treaty Series*, bd. 330, s. 3.

240. Domstolen har gentagne gange fastslået, at »såfremt der i en voldgiftssag, der gennemføres på grundlag af en aftale, opstår spørgsmål om [EU-]retten, kan de ordinære domstole komme i den situation at måtte tage stilling til disse spørgsmål i forbindelse med en efterprøvelse af voldgiftskendelsen, som det påhviler dem at foretage i tilfælde af appel, indsigelser, begæring om fuldbyrdelsespåtegning eller ethvert andet retsmiddel, som er hjemlet i den gældende nationale lovgivning« [190].

241. Denne konstatering danner grundlag for den faste retspraksis, hvorefter »det tilkommer disse nationale retter at efterprøve, om de bør forelægge sagen for Domstolen i medfør af […] artikel 267 TEUF] for at indhente en fortolkning eller gyldighedsbedømmelse af [EU-retlige] bestemmelser, som de muligvis skal anvende i forbindelse med den retslige efterprøvelse« [191], idet disse retter er endeligt pålagt at sikre den ensartede anvendelse af EU-retten og overholdelsen af europæiske ordre public-bestemmelser [192].

242. Domstolen fandt det ikke engang hensigtsmæssigt at gøre udtrykkeligt opmærksom herpå i sin dom af 13. maj 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), og af 7. juli 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526), hvor den traf direkte afgørelse om realiteten, idet begge sager vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede voldgiftskendelse var uforenelig med Unionens konkurrenceregler.

243. I disse sager anså hverken medlemsstaterne eller Kommissionen de konkurrenceretlige spørgsmål, som var rejst for voldgiftsmændene, for at kunne gøres til genstand for voldgift, ligesom de heller ikke vurderede, at der var nogen som helst uforenelighed mellem EU-retten og de voldgiftsklausuler, som de pågældende borgere havde indsat i deres kontrakter [193].

244. Endvidere indgik de sager, der gav anledning til dom af 1. juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), og af 7. juli 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526), i et annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af en voldgiftskendelse, mens den sag, der gav anledning til dom af 13. maj 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), var anlagt som følge af en indsigelse mod anmodningen om anerkendelse og fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse. Dette viser, at medlemsstaternes og Unionens domstole, uanset hvilke procedurer der er tale om, har mulighed for at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten og overholdelsen af de europæiske ordre public-bestemmelser, hvad enten det er på konkurrenceområdet [194] eller på andre EU-retlige områder.

245. De voldgiftsretter, der er oprettet i henhold til den omhandlede BIT's artikel 8, navnlig voldgiftsretten i den foreliggende sag, er af en sådan beskaffenhed, at de giver medlemsstaternes ordinære domstole mulighed for at sikre overholdelsen af disse principper, sådan som de gør inden for rammerne af international handelsvoldgift.

190 – Dom af 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, præmis 14). Jf. desuden i denne retning dom af 27.4.1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171, præmis 22 og 23), og af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 32).

191 – Dom af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 33). Jf. desuden i denne retning dom af 23.3.1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, præmis 15).

192 – Jf. i denne retning punkt 59-62 i mit forslag til afgørelse Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177).

193 – Jf. ligeledes, i denne retning, dom af 21.5.2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, præmis 57-72), hvori Domstolen ikke fulgte generaladvokat Jääskinens synspunkt i punkt 124 i hans forslag til afgørelse CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2014:2443), nemlig at henvisningen til voldgift som sådan kunne berøre artikel 101 TEUF.

194 – Jf. dom af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 37 og 40).

246. Den omhandlede BIT's artikel 8 pålægger formanden for voldgiftsinstituttet SCC, som er beliggende i en medlemsstat, at udnævne voldgiftsmændene, såfremt de ikke er udnævnt inden for de i den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 3, fastsatte frister. Desuden bestemmer den, at UNCITRAL's voldgiftsregler finder anvendelse på de voldgiftsprocedurer, som afvikles i overensstemmelse med denne artikel. I henhold til artikel 16 i voldgiftsreglerne af 1976 tilkommer det voldgiftsretten selv at fastsætte stedet for voldgiften og vælge den institution, der skal fungere som justitskontor, efter at have hørt parterne [195].

247. Voldgiftsretten fastsatte ved kendelse af 19. marts 2009 stedet, hvor voldgiftssagen skulle finde sted, på en medlemsstats område, nemlig i Frankfurt am Main. I henhold til § 1059 i Zivilprozessordnung kan dens kendelse således gøres til genstand for et annullationssøgsmål for de tyske domstole, der således inden for denne ramme kan sikre, at EU-retten fortolkes ensartet, og at de europæiske ordre public-bestemmelser overholdes. Det er et sådant søgsmål, den forelæggende ret og Domstolen er blevet anmodet om at tage stilling til.

248. Desuden henhører anerkendelsen og fuldbyrdelsen af voldgiftskendelser afsagt af voldgiftsretter, der er oprettet i medfør af den omhandlede BIT's artikel 8, under New Yorkkonventionen, som alle medlemsstaterne har tiltrådt. I henhold til denne konvention kan de statslige domstole nægte at anerkende og fuldbyrde disse kendelser af de i artikel V fastsatte grunde, bl.a. at voldgiftssagen ikke var i overensstemmelse med parternes aftale [196], og at anerkendelse og fuldbyrdelse er i strid med ordre public [197], herunder europæisk ordre public.

249. Hvis det således antages, at Achmea ville søge at opnå anerkendelse og fuldbyrdelse af den i den foreliggende sag omhandlede voldgiftskendelse i en anden medlemsstat, er den pågældende stats domstole ligeledes pålagt at sikre, at kendelsen ikke er uforenelig med EU-retten.

250. Det samme er tilfældet inden for rammerne af et annullationssøgsmål som i den foreliggende sag. En ensartet anvendelse af EU-retten kan sikres med udgangspunkt i flere grunde, hvoraf de mest relevante er voldgiftsprocedurens manglende overensstemmelse med parternes aftale, og at anerkendelse og fuldbyrdelse er i strid med ordre public [198], herunder europæisk ordre public.

251. Kommissionen har desuden påberåbt sig risikoen for, at stedet for voldgiften potentielt kan fastsættes i et tredjeland, eller at der anmodes om anerkendelse og fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse, der er uforenelig med EU-retten, i et tredjeland, således at Unionens retsinstanser ikke involveres i disse tilfælde, og Domstolen derfor aldrig forelægges præjudicielle spørgsmål.

252. Det samme er ifølge Kommissionen tilfældet med unionsinterne BIT'er, som udpeger Det Internationale Center til Bilæggelse af Investeringstvister (ICSID), med hjemsted i Washington D.C., som den institution, der fungerer som justitskontor i voldgiftssagen. I et sådant tilfælde er voldgiftskendelsen bindende for parterne og kan ikke gøres til genstand for appel eller andet søgsmål end dem, der er fastsat i ICSID-konventionen [199]. Der findes følgelig ikke retsmidler, som giver medlemsstaternes domstole mulighed for at kontrollere, hvorvidt en ICSID-voldgiftskendelse er forenelig med EU-retten.

195 – Jf. kendelse af 26.10.2010, Achmea BV (tidligere Eureko BV) mod Den Slovakiske Republik (UNCITRAL) (PCA-sag nr. 2008-13), om kompetence, formaliteten og udsættelse, præmis 16.

196 – Jf. artikel V, stk. 1, litra d), i New Yorkkonventionen, hvilket kunne være tilfældet, hvis en voldgiftsret, i strid med den omhandlede BIT's artikel 8, stk. 6, ikke tog hensyn til EU-retten.

197 – Jf. artikel V, stk. 2, litra b), i New Yorkkonventionen og dom af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 38).

198 – Jf. § 1059, stk. 2, nr. 1, litra d), og § 1059, nr. 2, litra b), i Zivilprozessordnung.

199 – Jf. denne konventions artikel 53, stk. 1. Jeg gør dog opmærksom på, at disse hensyn ikke har forhindret EU-institutionerne i at vælge ICSID som voldgiftsinstitution i artikel 9.16 i frihandelsaftalen mellem EU og Singapore.

253. Skønt medlemsstaterne efter min opfattelse bør undgå at vælge ICSID i deres BIT'er, er de af Kommissionen anførte risici rent hypotetiske i den foreliggende sag, idet den pågældende BIT ikke udpeger ICSID som den institution, der fungerer som justitskontor i voldgiftssagen, idet parterne har valgt PCA i Haag som den institution, der fungerer som sådan, idet voldgiftsretten har fastsat stedet for voldgiften i en medlemsstat, og idet der ikke er anmodet om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen i tredjelande [200], men er tale om et annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af voldgiftskendelsen for domstolene i en medlemsstat, hvoraf den ene har forelagt Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse.

254. Der er heller ikke tale om uforenelighed med EU-retten hvad angår voldgiftskendelsens realitet, idet Den Slovakiske Republiks argumenter for den forelæggende ret kun vedrører spørgsmålet om, hvorvidt tvistbilæggelsesordningen i den omhandlede BIT's artikel 8 er forenelig med EU-traktaten og EUF-traktaten.

255. Unionens domstolssystem vil imidlertid stadig være effektivt, også for det tilfælde, at en medlemsstat ikke ønsker at anfægte en voldgiftskendelses forenelighed med EU-traktaten og EUF-traktaten ved et annullationssøgsmål eller en indsigelse mod en anmodning om anerkendelse og fuldbyrdelse. I dette tilfælde ville artikel 258 TEUF og 260 TEUF nemlig give Kommissionen mulighed for at retsforfølge denne medlemsstat, som havde efterkommet en voldgiftskendelse, der var uforenelig med EU-retten [201].

256. Af disse grunde griber den omhandlede BIT's artikel 8 efter min opfattelse ikke ind i det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og dermed i autonomien for Unionens retsorden.

257. Denne konstatering berøres ikke af adskillige regeringers og Kommissionens argumenter vedrørende risikoen for, at voldgiftsretterne træffer afgørelser, der er uforenelige med EU-retten og med princippet om gensidig tillid.

258. Disse argumenter gælder ikke kun i forbindelse med international investeringsvoldgift, men også ved international handelsvoldgift, eftersom den sidstnævnte også kan føre til kendelser, der er uforenelige med EU-retten, og være baseret på en angivelig manglende tillid til medlemsstaternes domstole. På trods af disse risici har Domstolen aldrig anfægtet dens gyldighed, mens voldgift vedrørende EU-konkurrenceretlige spørgsmål mellem borgere ikke er ukendt [202].

259. Hvis international voldgift mellem private således ikke berører det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og dermed autonomien for Unionens retsorden, selv om staten er part i voldgiftssagen [203], bør det samme efter min opfattelse gælde i forbindelse med international voldgift mellem investorer og stater, navnlig da statens uundgåelige deltagelse medfører større gennemsigtighed [204], og der fortsat er mulighed for at kræve overholdelse af de forpligtelser, der følger af EU-retten, ved en traktatbrudsprocedure på grundlag af artikel 258 TEUF og 259 TEUF.

200 – Selv hvis dette var tilfældet, ville der ikke være nogen egentlig risiko, medmindre den medlemsstat, som var sagsøgt i voldgiften, var indehaver af aktiver beliggende i et tredjeland, og disse ikke var omfattet af de immuniteter, som folkeretten anerkender i andre lande. Selv hvis stedet for voldgiften fastsættes i et tredjeland, eller hvis der anmodes om anerkendelse og fuldbyrdelse af kendelsen i et tredjeland, kan investoren ikke undgå at anmode om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen for domstolene i den sagsøgte medlemsstat.

201 – Jf. afgørelse af 30.11.2012, Electrabel SA mod Ungarn (ICSID-sag nr. ARB/07/19), om kompetence, gældende ret og ansvar, præmis 4.160-4.162.

202 – Jf. i denne retning dom af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) af 7.7.2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526), og dom afsagt af Tribunal fédéral (forbundsdomstol, Schweiz) af 8.3.2006, 4P.278/2005 i et annullationssøgsmål til anfægtelse af en voldgiftskendelse afsagt i Schweiz vedrørende to italienske selskaber for tilsidesættelse af Unionens konkurrenceregler.

203 – Jf. voldgiftssag mellem Gazprom og det litauske energiministerium, som var genstand for den sag, der gav anledning til dom af 13.5.2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 – Størstedelen af kendelserne er offentlige, mens dette ikke er tilfældet med international handelsvoldgift. Det er således endnu vanskeligere at efterprøve, om EU-retten er tilsidesat.

260. Hvis Kommissionens tankegang skulle følges, ville voldgift altid kunne gribe ind i det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og dermed i autonomien for Unionens retsorden.

261. Desuden kan jeg ikke se, hvordan den i hovedsagen omhandlede voldgiftssag er i strid med princippet om gensidig tillid, da den kun fandt sted takket være de pågældende medlemsstaters samtykke og Achmeas frit udtrykte valg med hensyn til at gøre brug af den mulighed, som disse medlemsstater gav det.

262. Princippet om gensidig tillid »[pålægger f]or så vidt angår bl.a. et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed […] hver af medlemsstaterne at lægge til grund, medmindre der er tale om helt særlige omstændigheder, at samtlige andre medlemsstater overholder EU-retten og navnlig de i denne ret anerkendte grundlæggende rettigheder« [205].

263. Jeg kan ikke se forbindelsen mellem dette princip og den omhandlede BIT's artikel 8. Som den nederlandske regering bemærkede i retsmødet, indebærer international voldgift som ISDS på ingen måde, at Kongeriget Nederlandene og Den Slovakiske Republik nærede tvivl om den anden parts overholdelse af EU-retten og de grundlæggende rettigheder, den anerkender.

264. Ligesom alle ISDS-ordninger i BIT'er opretter den omhandlede BIT's artikel 8 et værneting, hvor investoren kan sagsøge staten med henblik på at gøre krav på de rettigheder, som han i henhold til folkeretten indrømmes af BIT'en, idet han ikke ville have denne mulighed uden denne artikel [206].

265. Det er heller ikke sikkert, at en borger kan påberåbe sig bestemmelserne i en international traktat for de statslige domstole, da disse enten udelukker denne mulighed ex officio ud fra den betragtning, at traktaterne ikke skaber rettigheder mellem staterne, eller fastlægger mere eller mindre strenge betingelser for påberåbelse i hver enkelt sag, som ikke garanterer borgere muligheden for at påberåbe sig traktatbestemmelser [207].

266. Følgelig er anvendelsen af international voldgift på ingen måde udtryk for mistillid til den anden medlemsstats retsorden, men er det eneste middel, der kan give BIT'er en fuld og anvendelig virkning ved at skabe et særligt værneting, hvor investorer kan påberåbe sig de rettigheder, som de indrømmes ved BIT'erne.

267. Efter min opfattelse er den omhandlede BIT's artikel 8 følgelig ikke i strid med princippet om gensidig tillid.

268. Endelig er jeg ikke videre overbevist af Kommissionens argumenter om, at den omstændighed, at der ikke findes BIT'er mellem de medlemsstater, der har grundlagt Unionen, eller som tiltrådte den før 2004, er bevis på, at disse traktater er baseret på et fravær af gensidig tillid.

269. For det første er det ikke korrekt, at de medlemsstater, som grundlagde Unionen, og de medlemsstater, som tiltrådte den før 2004, ikke er bundet af andre aftaler svarende til BIT'erne end EU-traktaten og EUF-traktaten [208].

205 – Udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 191 og den deri nævnte retspraksis).

206 – Jf. i denne retning kendelse afsagt af Bundesverfassungsgericht (forbundsdomstol i forfatningsretlige sager, Tyskland), anden afdeling, af 8.5.2007, 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, præmis 54.

207 – Jf. punkt 206 i dette forslag til afgørelse.

208 – Jf. de eksempler, jeg har anført i punkt 42 og 43 i dette forslag til afgørelse.

270. For det andet er BIT'erne langt mindre anvendelige mellem stater, som er eksportører af kapital. Eksempelvis kan det ifølge den nyeste statistik konstateres, at Frankrig hverken er blandt de ti øverste på listen over lande, der modtager kapitalstrømme fra Tyskland, eller blandt de ti øverste på listen over lande, der er udgangspunkt for kapitalstrømme til Tyskland, mens Polen er nr. 10 på listen over lande, der modtager kapitalstrømme fra Tyskland [209].

271. Jeg spørger derfor mig selv, om den omstændighed, at der ikke findes BIT'er mellem de gamle medlemsstater, ikke snarere skyldes, at størstedelen af medlemsstaterne i denne kategori er store eksportører af kapital snarere end lande, der modtager investeringer, og derfor ikke reelt har haft behov for at indgå BIT'er.

272. Af disse grunde er den tvistbilæggelsesordning, som er fastlagt i den omhandlede BIT's artikel 8, efter min opfattelse i overensstemmelse med artikel 344 TEUF samt med det ved EU-traktaten og EUF-traktaten fastlagte kompetencesystem og autonomien for Unionens retsorden.

VI. Forslag til afgørelse

273. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer de af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) forelagte spørgsmål således:

»Artikel 18 TEUF, 267 TEUF og 344 TEUF skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for anvendelsen af en ordning for bilæggelse af tvister mellem en investor og en stat, som er fastlagt i en bilateral investeringsbeskyttelsesaftale indgået før en af de kontraherende staters tiltrædelse af Den Europæiske Union, og hvorefter en investor, som er hjemmehørende i en af de kontraherende stater, i forbindelse med en tvist vedrørende investeringer i den anden kontraherende stat kan indlede en sag mod sidstnævnte ved en voldgiftsret.«

209 – Jf. kommuniké af 1.3.2017 udsendt af den franske ambassade i Tyskland om udenlandske direkte investeringer i Tyskland i 2014-2015 på grundlag af statistik opstillet af UNCTAD og Deutsche Bundesbank (Tysklands forbundsbank), som findes på webadressen http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035. Jf. navnlig tabel 5.