FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT E. SHARPSTON

fremsat den 10. september 2009 [1]

1. Finland indgik før sin tiltrædelse af Den Europæiske Union bilaterale investeringsaftaler med Den Russiske Føderation [2], Belarus [3], Kina [4], Malaysia [5], Sri Lanka [6], og Usbekistan [7]. Disse aftaler sikrer begge parters investorer en ret til at foretage betalingsoverførsler i frit konvertibel valuta i forbindelse med deres investeringer [8].

2. Kommissionen er af den opfattelse, at frie kapitaloverførsler af denne art er uforenelige med artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF, som bestemmer, at Rådet under visse omstændigheder kan begrænse kapitalbevægelser og betalinger til og fra tredjelande. Efter Kommissionens opfattelse skulle Finland have genforhandlet disse aftaler i henhold til artikel 307, stk. 2, EF for at bringe dem i overensstemmelse med fællesskabsretten og have indført mekanismer, der gør det muligt for Rådet at træffe afgørelse om eventuelle fremtidige begrænsninger.

3. Kommissionen har derfor bedt Domstolen om at fastslå, at Finland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 307, stk. 2, EF, idet den ikke har bragt egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne disse uoverensstemmelser med fællesskabsretten.

4. Kommissionen har anlagt tilsvarende traktatbrudssøgsmål mod Republikken Østrig og Kongeriget Sverige. Der blev afsagt dom i disse sager den 3. marts 2009 [9]. Den foreliggende traktatbrudssag vedrører i det væsentlige de samme spørgsmål.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Nr. 58/1991, underskrevet den 8.2.1989, som trådte i kraft den 15.8.1991.

3 — Nr. 89/1994, underskrevet den 28.10.1992, som trådte i kraft den 11.12.1994.

4 — Nr. 4/1986, underskrevet den 4.9.1984, som trådte i kraft den 26.1.1986.

5 — Nr. 79/1987, underskrevet den 15.4.1985, som trådte i kraft den 3.1.1988.

6 — Nr. 54/1987, underskrevet den 27.4.1985, som trådte i kraft den 25.10.1987.

7 — Nr. 74/1993, underskrevet den 1.10.1992, som trådte i kraft den 22.10.1993.

8 — Jf. også generelt T. Eilmansberger, »Bilateral Investment Treaties and EU Law«, *Common Market Law Review*, 2009, s. 383-429, og vedrørende visse aspekter af den foreliggende sag navnlig s. 409-413.

9 — Jf. domme af 3.3.2009, sag C-205/06, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 1301, og sag C-249/06, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 1335.

5. Gennemgangen i nærværende forslag til afgørelse vil derfor i det væsentlige blive baseret på Domstolens afgørelse i disse to sager. Jeg vil dog særskilt tage stilling til det nye spørgsmål i den foreliggende sag, nemlig virkningen af en klausul, der sikrer investeringsbeskyttelse *inden for rammerne af den kontraherende parts nationale lovgivning* (herefter »den anfægtede klausul«), som Finland har indføjet i de berørte aftaler [10]:

»Alle kontraherende parter sikrer under alle omstændigheder inden for de grænser, som er fastsat i partens egne love og dekreter og i overensstemmelse med folkeretten en rimelig og passende behandling af investeringer foretaget af statsborgere eller virksomheder i den anden kontraherende part.« [11]

6. Jeg vil navnlig undersøge, om ordlyden »inden for de grænser, som er fastsat i partens egne love og dekreter« gør det muligt for Finland at anvende restriktioner for kapitalbevægelser og betalinger som fastsat i artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF, således som den finske regering har gjort gældende.

7. Er dette tilfældet, har Finland ikke tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 307, stk. 2, EF [12]. Denne bestemmelse forpligter medlemsstaterne til at anvende alle egnede midler med henblik på at fjerne de uoverensstemmelser med fællesskabsretten, som er indeholdt i aftaler, der er indgået før deres tiltrædelse. I henhold til bestemmelsen bistår medlemsstaterne om fornødent hinanden i dette øjemed og indtager i påkommende tilfælde en fælles holdning [13].

Relevante lovbestemmelser

Wienerkonventionen om traktatretten

8. Artikel 31 i Wienerkonventionen om traktatretten [14] indeholder en almen regel om traktatfortolkning:

»1. En traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning,

10 — Kommissionen har anført, at klausulen ikke er indføjet i aftalerne med Belarus, Den Russiske Føderation og Usbekistan. Finland har anført, at den er indføjet i alle aftaler på nær aftalen med Den Russiske Føderation. I lyset af det resultat, jeg kommer frem til, har jeg ikke undersøgt dette forhold yderligere.

11 — Artikel 3 i aftalen med Sri Lanka. Det er ubestridt, at dette er en typisk version af den anfægtede klausul.

12 — Eventuelt bortset fra aftalerne med Belarus, Den Russiske Føderation og Usbekistan, jf. fodnote 10.

13 — Jf. dommene i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 32 og 34, og i sagen Kommissionen mod Sverige, præmis 33 og 35, begge nævnt i fodnote 9.

14 — Udfærdiget i Wien den 23.5.1969, som trådte i kraft den 27.1.1980, UN Doc.A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) (herefter »Wienerkonventionen«).

der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål.

2. Med henblik på fortolkningen af en traktat indgår i sammenhængen foruden selve teksten inklusive dens præambel og bilag:

a) enhver aftale vedrørende traktaten, som er indgået mellem samtlige deltagere i forbindelse med traktatens indgåelse

b) ethvert dokument, som er udarbejdet af en eller flere deltagere i forbindelse med traktatens indgåelse og godkendt af de øvrige deltagere som et dokument i tilknytning til traktaten.

3. Jævnsides med sammenhængen skal der tages hensyn til:

a) en eventuel efterfølgende aftale mellem deltagerne vedrørende traktatens fortolkning eller anvendelsen af dens bestemmelser

b) enhver efterfølgende praksis vedrørende traktatens anvendelse, som fastslår en enighed mellem deltagerne vedrørende dens fortolkning

c) enhver relevant folkeretlig retsregel, som finder anvendelse i forholdet mellem deltagerne.

4. Der skal tillægges et udtryk en særlig betydning, hvis det er godtgjort, at dette var deltagernes hensigt.«

9. Artikel 62 i Wienerkonventionen fastsætter kriterierne for, hvornår der forligger en fundamental ændring af omstændigheder (clausula rebus sic stantibus):

»1. En indtruffet fundamental ændring af de omstændigheder, der forelå ved traktatens indgåelse, og som ikke var forudset af deltagerne, kan ikke påberåbes som grund til at bringe traktaten til ophør eller træde tilbage fra den, medmindre:

a) disse omstændigheders eksistens udgjorde et væsentligt grundlag for deltagernes samtykke til at være bundet af traktaten, og

b) virkningen af ændringen gennemgribende vil forandre omfanget af forpligtelser, som stadig skal opfyldes i henhold til traktaten.

2. En fundamental ændring af omstændigheder kan ikke påberåbes som grund til at bringe traktaten til ophør eller træde tilbage fra den:

a) hvis traktaten fastlægger en grænse, eller

b) hvis den grundlæggende ændring er resultatet af et brud fra den deltagers side, som påberåber sig den, enten på en forpligtelse i henhold til traktaten eller på nogen anden mellemfolkelig forpligtelse over for en anden deltager i traktaten.

3. Hvis en deltager i henhold til de foregående stykker kan påberåbe sig en grundlæggende ændring af omstændigheder som grund til at bringe traktaten til ophør eller træde tilbage fra den, kan deltageren også påberåbe sig ændringen som grund til at suspendere traktaten.«

EF-traktaten

10. Artikel 57, stk. 2, EF bestemmer:

»Idet det tilstræbes at virkeliggøre målsætningen om fri kapitalbevægelighed mellem medlemsstater og tredjelande i den størst mulige udstrækning, og uden at de øvrige kapitler i denne traktat berøres heraf, kan Rådet, der træffer afgørelse med kvalificeret flertal på forslag af Kommissionen, vedtage foranstaltninger om kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, herunder investering i fast ejendom, etablering, levering af finansielle tjenesteydelser eller værdipapirers adgang til kapitalmarkeder. Der kræves enstemmighed ved vedtagelse i henhold til dette stykke af foranstaltninger, som er et tilbageskridt i fællesskabslovgivningen med hensyn til liberaliseringen af kapitalbevægelser til eller fra tredjelande.«

11. Artikel 59 EF bestemmer:

»Hvis kapitalbevægelser til eller fra tredjelande under ganske særlige omstændigheder medfører eller truer med at medføre alvorlige vanskeligheder for Den Økonomiske og Monetære Unions funktion, kan Rådet, der træffer afgørelse med kvalificeret flertal på forslag af Kommissionen og efter høring af ECB, træffe beskyttelsesforanstaltninger for en periode på højst seks måneder over for tredjelande, hvis sådanne foranstaltninger er strengt nødvendige.«

12. Artikel 60, stk. 1, EF bestemmer:

»Hvis en handling fra Fællesskabets side i de i artikel 301 omhandlede tilfælde skønnes nødvendig, kan Rådet efter fremgangsmåden i artikel 301 træffe de nødvendige hasteforanstaltninger med hensyn til kapitalbevægelser og betalinger over for de berørte tredjelande.«

13. Artikel 307 EF bestemmer:

»De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før den 1. januar 1958 eller før tiltrædelsesdatoen for tiltrædende medlemsstaters vedkommende er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i denne traktat.

I det omfang, disse konventioner er uforenelige med denne traktat, bringer den eller de pågældende medlemsstater alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser. Om fornødent bistår medlemsstaterne hinanden i dette øjemed og indtager i påkommende tilfælde en fælles holdning.

Ved anvendelsen af de konventioner, der omtales i stk. 1, tager medlemsstaterne i betragtning, at de fordele, hvorom de hver især har givet tilsagn i denne traktat, indgår som integrerende dele af Fællesskabets tilblivelsesproces, og derfor uløseligt hænger sammen med oprettelsen af fælles institutioner, med overdragelsen af beføjelser til disse og med de andre medlemsstaters indrømmelse af samme fordele.«

Procedure

14. I sit svar på åbningsskrivelsen af 7. maj 2004, den begrundede udtalelse af 16. marts 2005 og den supplerende begrundede udtalelse af 4. juli 2006 fastholdt den finske regering, at de omtvistede bestemmelser i de bilaterale investeringsaftaler er i overensstemmelse med forpligtelserne i henhold til artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF. Den fandt det derfor ufornødent at træffe foranstaltninger i henhold til artikel 307 EF for at bringe de påståede uforeneligheder til ophør [15].

15. Kommissionen anlagde nærværende sag den 20. februar 2007.

16. Den har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Republikken Finland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 307 EF, idet den ikke, i overensstemmelse med artikel 307, stk. 2, EF har bragt egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de uoverensstemmelser med fællesskabsretten, som følger af de bestemmelser om betalingsoverførsler, der er indeholdt i de bilaterale investeringsaftaler, som Finland har indgået med Den Russiske Føderation (tidligere Sovjetunionen), Belarus, Kina, Malaysia, Sri Lanka og Usbekistan.

— Finland tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17. Den østrigske, den finske, den tyske, den ungarske, den litauiske og den svenske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

18. Den finske regering har indgivet en anmodning om en høring, som den efterfølgende har trukket tilbage. En høring er følgelig ikke blevet afholdt.

Aftalernes uforenelighed med EF-traktaten

19. Finland og de intervenerende medlemsstater har anført, at den omstændighed, at Rådet ikke har vedtaget nogen regler for de

15 — I skrivelse af 27.10.2006 oplyste Finland Kommissionen om, at den havde indgået en ny bilateral investeringsaftale med Kina, som skulle træde i kraft den 15.11.2006. Den fremsendte dog ikke en kopi af teksten til Kommissionen eller angav, hvornår ikrafttrædelsen ville være endelig. Dette er sagens omstændigheder.

berørte tredjelande, gør den påståede overtrædelse rent hypotetisk, fordi der ingen »konstaterede uoverensstemmelser« er som omhandlet i artikel 307, stk. 2, EF. Kun hvis og når Kommissionen konstaterer, at der foreligger en sådan uoverensstemmelse, har medlemsstaten en forpligtelse til at fjerne den »konstaterede uoverensstemmelse«. Det samme argument blev fremført af den østrigske og den svenske regering samt af de intervenerende medlemsstater, herunder Finland, under sagen Kommissionen mod Østrig og Kommissionen mod Sverige [16].

20. Uden at tage udtrykkelig stilling til dette argument fastslog Domstolen, at for at sikre den effektive virkning af artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF er det nødvendigt, at foranstaltninger om begrænsning af de frie kapitalbevægelser, såfremt Rådet vedtager dem, straks kan anvendes i forhold til de stater, de vedrører, hvilket kan omfatte nogle af de stater, der har indgået en af de omtvistede aftaler med den berørte medlemsstat. Det ser derfor ud som om, at argumentet om, at der »ingen konstaterede uoverensstemmelser« var, ikke blev anset for relevant.

21. Domstolen fastslog endvidere, at »Rådets beføjelser til ensidigt at vedtage restriktive foranstaltninger over for tredjelande inden for et område, som svarer til eller er forbundet med det, der er reguleret ved en tidligere aftale indgået mellem en medlemsstat og et tredjeland, afslører følgelig en uforenelighed med nævnte aftale, dels når denne ikke indeholder bestemmelser, der giver den pågældende medlemsstat mulighed for at udøve sine rettigheder og opfylde sine forpligtelser som medlem af Fællesskabet, og dels når heller ingen folkeretlig mekanisme tillader det« [17].

22. Jeg vil undersøge disse betingelser for uoverensstemmelse hver for sig.

Indeholder de omtvistede aftaler en bestemmelse, hvorefter Finland har ret til at udøve sine rettigheder og opfylde sine forpligtelser som medlem af Fællesskabet?

23. Det er ubestridt, at de omtvistede aftaler ikke indeholder en bestemmelse, som udtrykkeligt forbeholder Fællesskabet en ret til at anvende restriktioner for kapitalbevægelser og betalinger som omhandlet i artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF.

16 — Jf. dommene i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 18-23, og i sagen Kommissionen mod Sverige, præmis 17-21, begge nævnt i fodnote 9.

17 — Jf. dommene i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 37, og i sagen Kommissionen mod Sverige, præmis 38, begge nævnt i fodnote 9.

24. Den finske og den litauiske regering har ikke desto mindre gjort gældende, at den anfægtede klausul giver Finland mulighed for at overholde de restriktive foranstaltninger, som Rådet har vedtaget på grundlag af disse bestemmelser i EF-traktaten.

25. Den finske regering har gjort gældende, at disse bestemmelser straks kan anvendes, fordi enhver restriktiv foranstaltning, som Rådet vedtager, udgør en del af den finske lovgivning, som den anfægtede klausul vedrører, som følge af princippet om fællesskabsrettens direkte virkning. Det er ikke afgørende, at Fællesskabet i sig selv ikke er part i de omtvistede aftaler. Den litauiske regering har anført, at fællesskabsretten er en del af den nationale retsorden.

26. Spørgsmålet drejer sig efter min opfattelse dog ikke om, hvorvidt fællesskabsretten er en del af den nationale retsorden (hvilket den er). Sagens kerne består i at afgøre, om Finlands eventuelle mulighed for at påberåbe sig sætningen »inden for de grænser, som er fastsat i partens egne love og dekreter« over for de tredjelande, med hvilke den har indgået disse aftaler, udgør en *tilstrækkelig sikring* af, at restriktioner for kapitalbevægelser og betalinger over for tredjelande som omhandlet i artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF finder anvendelse.

27. Det gør den efter min opfattelse ikke. Ligesom generaladvokat Poiares Maduro er jeg af den opfattelse, at anvendelsen af artikel 307 EF ikke er tilstrækkeligt sikret ved den usikre fortolkning af bestemmelser i en international aftale [18]. Artikel 307 EF har snarere »et generelt sigte, og den gælder for enhver international aftale, uanset formål, når aftalen *kan have virkning* for traktatens anvendelse« [19].

28. I denne forbindelse vil jeg drage en parallel til Domstolens praksis vedrørende medlemsstaternes utilstrækkelige gennemførelse af direktiver.

29. Det følger af fast retspraksis, at selv om der ikke nødvendigvis kræves lovgivning med henblik på gennemførelsen af et direktiv i hver enkelt medlemsstat, skal de pågældende nationale retsforskrifter imidlertid give en *sikker hjemmel* for, at direktivet efterleves fuldt ud, at retstilstanden med hjemmel i nævnte retsforskrifter er tilstrækkelig bestemt og klar, og at de af direktivet omfattede sættes i stand til at få fuldt kendskab til deres rettigheder og i givet fald kan håndhæve rettighederne ved de nationale domstole [20].

18 — Jf. forslag til afgørelse i sagerne Kommissionen mod Østrig og Kommissionen mod Sverige, nævnt i fodnote 9, punkt 62.

19 — Jf. dom af 14.10.1980, sag 812/79, Attorney General mod Burgoa, Sml. s. 2787, præmis 6 (min fremhævelse), og af 5.11.2002, sag C-466/98, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 9427, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis.

20 — Jf. dom af 9.9.2004, sag 70/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 7999, præmis 15 og den deri nævnte retspraksis. Domstolen har f.eks. fastslået, at »almindelige forfatnings- eller forvaltningsretlige retsgrundsætninger« (dom af 23.5.1985, sag 29/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1661, præmis 23) eller et »generelt retligt grundlag« (dom af 20.5.1992, sag C-190/90, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 3265, præmis 17) kan være tilstrækkeligt til at gennemføre direktivet, såfremt de opfylder disse mindstekrav.

30. Domstolen har også fastslået, at det faktum, at en administrativ praksis er i overensstemmelse med direktivet [21], eller at retsinstansen har mulighed for at fortolke den nationale retsforskrift i overensstemmelse med direktivet [22], ikke fritager medlemsstaten for at træffe passende, bindende gennemførelsesforanstaltninger. Ifølge Domstolen må der ikke være nogen hverken praktisk eller teoretisk mulighed for, at den måde, hvorpå direktivet er blevet gennemført, kan medføre, at direktivets bestemmelser må anses for ikke at være korrekt gennemført [23].

31. Domstolen har endvidere fastslået, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig den direkte virkning af direktiver som forsvar mod en påstand om, at den ikke fuldt ud har sikret gennemførelsen af direktivet [24].

32. Efter min opfattelse kan og bør disse principper finde tilsvarende anvendelse i den foreliggende sag. Domstolen har i sagerne Kommissionen mod Østrig og Kommissionen mod Sverige truffet en afgørelse, som er meget lig den tidligere retspraksis, og har faktisk krævet *en garanti for*, at restriktioner for kapitalbevægelser og betalinger, som fastsat i artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF, om nødvendigt kan anvendes [25].

33. Jeg er ikke overbevist om, at Finland kan give en sådan garanti.

34. Det vil i sidste instans helt klart afhænge af, hvordan en international domstol eller voldgiftsret vil fortolke sætningen »inden for de grænser, som er fastsat i partens egne love og dekreter«. Ifølge Domstolens faste retspraksis skal en international aftale fortolkes både efter sin ordlyd og på baggrund af sine formål. Det fremgår af artikel 31 i Wienerkonventionen [26], som i den henseende fastsætter en almindelig regel om folkeretlig sædvaneret [27], at en traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål [28]. Et argument om anvendelse af denne bestemmelse ville kunne fremføres for at overbevise en international domstol eller voldgiftsdomstol om, at den anfægtede klausul henviser til fællesskabsretten.

21 — Jf. f.eks. dom af 15.3.1990, sag C-339/87, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 851, præmis 36.

22 — Jf. f.eks. dom af 27.10.1993, sag C-338/91, Steenhorst-Neerings, Sml. I, s. 5475, præmis 32-34.

23 — Jf. f.eks. dom af 9.4.1987, sag 363/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1733, præmis 10 og 12.

24 — Jf. f.eks. dom af 6.5.1980, sag 102/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1473, præmis 12, af 25.7.1991, sag C-208/90, Emmott, Sml. I, s. 4269, præmis 20, og af 20.3.1997, sag C-96/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1653, præmis 37.

25 — Jf. dommene i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 38 og 40, og i sagen Kommissionen mod Sverige, præmis 39 og 41, begge nævnt i fodnote 9.

26 — Jf. punkt 8 og fodnote 14.

27 — Jf. f.eks. Den Internationale Domstols dom, Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesien/Malaysia), I.C. J. Reports, 2002, s. 625, præmis 37.

28 — Jf. dom af 20.11.2001, sag C-268/99, Jany m.fl., Sml. I, s. 8615, præmis 35, og af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 40.

35. Det er dog efter min opfattelse for usikkert. Uden at det er nødvendigt at undersøge dette forhold nærmere, mener jeg, at anvendelsen af artikel 31 i Wienerkonventionen eller en anden relevant bestemmelse om traktatfortolkning ikke i fornødent omfang kan sikre, at Finland kan anvende restriktioner for kapitalbevægelser og betalinger i overensstemmelse med artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF. Den blotte mulighed for, at en international domstol eller voldgiftsret kan fortolke den anfægtede klausul på denne måde, er ikke tilstrækkelig til at frigøre Finland for sine forpligtelser.

36. I sagen Kommissionen mod Østrig bemærkede Domstolen, at Østrig, i investeringsaftalerne under forhandling eller ved fornyelse af de eksisterende aftaler, havde påtænkt at indføre en klausul, der forbeholder regionale organisationer visse beføjelser og følgelig gør det muligt at anvende de restriktive foranstaltninger for kapitalbevægelser og betalinger, som måtte blive vedtaget af Rådet. Domstolen fastslog, at en sådan klausul i princippet må anses for at fjerne den konstaterede uoverensstemmelse [29]. En klausul af denne art adskiller sig imidlertid i høj grad fra den anfægtede klausul.

29 — Kommissionen mod Østrig, nævnt i fodnote 9, præmis 40 og 41. Domstolen anførte dog, at det stod fast, at Østrig ikke »inden for den af Kommissionen fastsatte frist i den begrundede udtalelse har taget skridt i forhold til de berørte tredjestater for at fjerne den risiko, som anvendelsen af investeringsaftalerne med disse tredjestater kan skabe for konflikt med de foranstaltninger, Rådet kan vedtage i henhold til artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF« (præmis 42).

37. Hvad Domstolen anførte om den klausul, som Østrig påtænkte at indføje i fremtidige aftaler, kan derfor ikke anvendes analogt.

38. Jeg konkluderer derfor, at de omtvistede aftaler ikke indeholder en bestemmelse, hvorefter Finland har ret til at udøve sine rettigheder og opfylde sine forpligtelser som medlem af Fællesskabet.

Findes der en folkeretlig mekanisme, som gør det muligt for Finland at udøve sine rettigheder og opfylde sine forpligtelser som medlem af Fællesskabet?

39. Den litauiske og den ungarske regering er af den opfattelse, at en medlemsstat kan træffe restriktive foranstaltninger under anvendelse af bestemmelser i folkeretten, f.eks. suspendere eller bringe traktaten til ophør, hvis der

foreligger en fundamental ændring af omstændigheder (clausula rebus sic stantibus) [30].

40. I sagerne Kommissionen mod Østrig og Kommissionen mod Sverige fremsatte medlemsstaterne argumenter om forskellige mekanismer i henhold til folkeretten, herunder doktrinen clausula rebus sic stantibus, som efter deres opfattelse gør det muligt for dem at udøve deres rettigheder og opfylde deres forpligtelser som medlem af Fællesskabet [31].

41. Domstolen forkastede kategorisk disse argumenter [32]. Den fastslog, at de af Østrig og Sverige foreslåede ordninger af to grunde ikke sikrede, at de ville kunne opfylde deres fællesskabsforpligtelser: »For det første er de frister, der er forbundet med alle internationale forhandlinger, og som er nødvendige for at genforhandle de pågældende aftaler, uforenelige med disse foranstaltningers effektive virkning. For det andet har muligheden for at anvende andre midler i henhold til folkeretten, såsom ophævelse af aftalen eller eventuelt opsigelse af de pågældende aftaler eller af visse af deres bestemmelser, for usikker en virkning til at sikre, at Rådets foranstaltninger kan anvendes effektivt.« [33]

42. Jeg konkluderer, at der ikke findes nogen folkeretlig bestemmelse, som sikrer, at Finland ville kunne udøve sine rettigheder og opfylde sine forpligtelser som medlem af Fællesskabet.

Konklusion vedrørende aftalernes uforenelighed med fællesskabsretten

43. De omtvistede aftaler indeholder ikke en udtrykkelig bestemmelse, hvorefter Finland har ret til at udøve sine rettigheder og opfylde sine forpligtelser som medlem af Fællesskabet. Endvidere er der ingen bestemmelser i folkeretten, som sikrer, at Finland vil kunne gøre dette. Jeg konkluderer derfor, at de omtvistede aftaler er uforenelige med Rådets beføjelser til at vedtage restriktive foranstaltninger for kapitalbevægelser og betalinger i henhold til artikel 57, stk. 2, EF, artikel 59 EF og artikel 60, stk. 1, EF, og Finland har derfor pligt til at træffe de foranstaltninger, som foreskrives i artikel 307, stk. 2, EF.

30 — Jf. artikel 62 i Wienerkonventionen, nævnt i punkt 9 ovenfor.

31 — Jf. generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 10.7.2008 i sagerne Kommissionen mod Østrig og Kommissionen mod Sverige, begge nævnt i fodnote 9, punkt 55-62.

32 — Jf. dommene i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 38-40, og i sagen Kommissionen mod Sverige, præmis 39-41, begge nævnt i fodnote 9.

33 — Jf. også Den Internationale Domstols dom, Gabčikovo-Nagymaros Project (Ungarn/Slovakiet), I.C.J. Reports, 1997, s. 7, præmis 104: »Den negative og betingede ordlyd af artikel 62 i Wienerkonventionen om traktatretten er endvidere en klar indikation af, at fastheden i de traktatmæssige forbindelser kræver, at et anbringende, der fremsættes med henvisning til grundlæggende ændrede omstændigheder, kun kan tages til følge i undtagelsestilfælde«, således som Domstolen har anført i dom af 16.6.1998, sag C-162/96, Racke, Sml. I, s. 3655, præmis 50.

Har Finland truffet de fornødne foranstaltninger i henhold til artikel 307, stk. 2, EF?

44. Finland har under hele sagen gjort gældende, at de bilaterale investeringsaftaler ikke er uforenelige med traktaten, og at det derfor ikke er nødvendigt at træffe nogen foranstaltninger i henhold til artikel 307, stk. 2, EF. Det er ubestridt, at Finland ingen foranstaltninger har truffet i henhold til denne bestemmelse.

45. Den østrigske, den ungarske og den tyske regering har anført, at ophævelse af de omhandlede bilaterale investeringsaftaler for at opnå overensstemmelse med fællesskabsretten kun kan komme på tale som en sidste udvej på grund af deres økonomiske og politiske vigtighed. Da restriktive foranstaltninger generelt er af midlertidig karakter, vil en ophævelse af de eksisterende aftaler være en uforholdsmæssig foranstaltning.

46. I sagerne Kommissionen mod Østrig og Kommissionen mod Sverige har Domstolen intet sted anført, at de sagsøgte medlemsstater havde pligt til at ophæve de pågældende bilaterale investeringsaftaler.

47. Domstolen anførte kun, at uforenelighederne med traktaten, som disse bilaterale investeringsaftaler medførte, ikke var begrænset til den sagsøgte medlemsstat i hvert enkelt tilfælde. Domstolen fastslog derfor, at medlemsstaterne i overensstemmelse med artikel 307, stk. 2, EF om fornødent skal bistå hinanden med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser og i påkommende tilfælde indtage en fælles holdning. Domstolen tilføjede, at som led i det ansvar, der påhviler Kommissionen i henhold til artikel 211 EF for at overvåge anvendelsen af traktatens bestemmelser, tilkommer det denne at tage ethvert initiativ, der kan lette, at de berørte medlemsstater bistår hinanden, samt at de nævnte medlemsstater indtager en fælles holdning [34].

48. Disse bemærkninger gælder tilsvarende i den foreliggende sag.

49. Endvidere forklarede Domstolen i sagen Kommissionen mod Portugal [35], hvordan en tilsidesættelse af artikel 307 EF kan afhjælpes. Den fastslog, at selv om medlemsstaterne

34 — Jf. dommene i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 43 og 44, og i sagen Kommissionen mod Sverige, præmis 43 og 44, begge nævnt i fodnote 9.

35 — Jf. dom af 4.7.2000, sag C-62/98, Sml. I, s. 5171.

inden for rammerne af artikel 307 EF »kan vælge, hvilke egnede midler der skal anvendes, er de stadig forpligtet til at fjerne uoverensstemmelserne mellem en konvention indgået før deres tiltrædelse og traktaten. Støder en medlemsstat på problemer, som gør det umuligt at ændre en aftale, kan det derfor ikke udelukkes, at den må opsige aftalen« [36]. Som svar på Portugals argument om, at en sådan opsigelse i uforholdsmæssig grad ville tilsidesætte Portugals udenrigspolitiske interesser i forhold til Fællesskabets interesser, påpegede Domstolen, at der i traktatens artikel 307 EF allerede er foretaget en afvejning af en medlemsstats udenrigspolitiske interesser over for Fællesskabets interesser, idet bestemmelsen »giver en medlemsstat ret til at undlade at anvende en fællesskabsbestemmelse for at kunne respektere tredjelandes rettigheder, som følger af en tidligere konvention, og overholde sine deraf følgende forpligtelser. Artiklen giver tillige medlemsstaterne ret til at vælge de egnede midler til at gøre aftalen forenelig med fællesskabsretten« [37].

50. Jeg konkluderer derfor, at Republikken Finland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 307 EF, idet den ikke har bragt egnede midler i anvendelse i henhold til artikel 307, stk. 2, EF med henblik på at fjerne de uoverensstemmelser med fællesskabsretten, som følger af de bestemmelser om betalingsoverførsler, der er indeholdt i de bilaterale investeringsaftaler, som Finland har indgået med Den Russiske Føderation (tidligere Sovjetunionen), Belarus, Kina, Malaysia, Sri Lanka og Usbekistan.

Tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling

51. Den ungarske og den tyske regering har anført, at fastslås der en uforenelighed på grundlag af artikel 307, stk. 2, EF, vil dette være i strid med princippet om fri konkurrence på det indre marked og princippet om forbud mod forskelsbehandling. Både Finland og de EU-borgere og -virksomheder, som aftalerne finder anvendelse på, ville blive stillet ringere i forhold til andre medlemsstater og personer, der er omfattet af bilaterale investeringsaftaler, som Kommissionen *ikke* har kritiseret.

52. Ifølge fast retspraksis kræver princippet om forbud mod forskelsbehandling, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og

36 — Dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, nævnt i fodnote 35, præmis 49.

37 — Dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, nævnt i fodnote 35, præmis 50.

at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet [38].

53. Medlemsstater, der har været genstand for sager i medfør af artikel 226, EF, befinder sig i en objektivt anden situation end medlemsstater, som ikke har været genstand for sådanne sager. Det modsatte ville alvorligt underminere Kommissionens frihed til at anlægge sådanne traktatbrudssøgsmål, som den finder nødvendige for at opfylde sin forpligtelse til at overvåge, at traktaten overholdes.

54. Kommissionen har enekompetence til at afgøre, hvorvidt det må anses for formålstjenligt at indlede en traktatbrudsprocedure mod en medlemsstat, og til at fastlægge, på grundlag af hvilken handlemåde eller undladelse fra den pågældende medlemsstats side denne procedure bør iværksættes. Som led i dens udøvelse af sine beføjelser påhviler det i henhold til artikel 226 EF ikke Kommissionen at påvise, at den har en særlig søgsmålsinteresse [39].

55. Endvidere følger det af fast retspraksis, at en medlemsstat ikke som begrundelse for at undlade at gennemføre de forpligtelser, der påhviler den i medfør af traktaten, kan påberåbe sig, at andre medlemsstater heller ikke overholder deres forpligtelse. I Fællesskabets retsorden, som er indført ved traktaten, kan medlemsstaternes gennemførelse af fællesskabsretten ikke betinges af gensidighed. Artikel 226 EF og 227 EF indeholder de nødvendige søgsmålsprocedurer til at gøre op med traktatbrud [40].

56. Argumentet om forbud mod forskelsbehandling må derfor forkastes.

Sagens omkostninger

57. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Finland tilpligtes at betale sagens omkostninger. Finland bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger.

38 — Jf. dom af 14.5.2009, sag C-34/08, Azienda Agricola Disarò Antonio m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis.

39 — Jf. dom af 5.11.2002, sag C-476/98, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 9855, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis.

40 — Jf. dom af 29.3.2001, sag C-163/99, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 2613, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis.

Forslag til afgørelse

58. Henset til de ovenstående betragtninger mener jeg, at Domstolen bør fastslå følgende:

»— Republikken Finland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 307 EF, idet den ikke, i overensstemmelse med artikel 307, stk. 2, EF, har bragt egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de uoverensstemmelser med fællesskabsretten, som følger af de bestemmelser om betalingsoverførsler, der er indeholdt i de bilaterale investeringsaftaler, som Finland har indgået med Den Russiske Føderation (tidligere Sovjetunionen), Belarus, Kina, Malaysia, Sri Lanka og Usbekistan.

— Finland tilpligtes at betale sagens omkostninger.«