CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 10 september 2009 [1]

1. Finland heeft vóór zijn toetreding tot de Europese Unie bilaterale investeringsovereenkomsten gesloten met de Russische Federatie [2], Wit-Rusland [3], China [4], Maleisië [5], Sri Lanka [6], en Oezbekistan [7]. Deze overeenkomsten bieden investeerders van elk der partijen de garantie dat met een investering verband houdende betalingen vrij kunnen worden overgemaakt in vrij convertibele munteenheid. [8]

2. De Commissie stelt zich op het standpunt dat een dergelijk onbeperkt vrij kapitaalverkeer onverenigbaar is met de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG, volgens welke de Raad onder bepaalde omstandigheden het kapitaal- en betalingsverkeer naar of uit derde landen kan beperken. Finland had volgens de Commissie op grond van artikel 307, tweede alinea, EG opnieuw over die overeenkomsten moeten onderhandelen om ze met het gemeenschapsrecht in overeenstemming te brengen, en had instrumenten moeten invoeren die de Raad in staat stellen om in de toekomst tot eventuele beperkingen te besluiten.

3. De Commissie verzoekt het Hof derhalve vast te stellen dat Finland, door niet de passende maatregelen te nemen om die onverenigbaarheid op te heffen, de krachtens artikel 307, tweede alinea, EG op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

4. De Commissie heeft reeds soortgelijke niet-nakomingsprocedures ingesteld tegen Oostenrijk en Zweden. In die zaken is arrest gewezen op 3 maart 2009. [9] Het gaat in deze niet-nakomingsprocedures in wezen om dezelfde vragen als in casu.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Nr. 58/1991, ondertekend op 8 februari 1989, in werking getreden op 15 augustus 1991.

3 — Nr. 89/1994, ondertekend op 28 oktober 1992, in werking getreden op 11 december 1994.

4 — Nr. 4/1986, ondertekend op 4 september 1984, in werking getreden op 26 januari 1986.

5 — Nr. 79/1987, ondertekend op 15 april 1985, in werking getreden op 3 januari 1988.

6 — Nr. 54/1987, ondertekend op 27 april 1985, in werking getreden op 25 oktober 1987.

7 — Nr. 74/1993, ondertekend op 1 oktober 1992, in werking getreden op 22 oktober 1993.

8 — Zie verder in het algemeen: Eilmansberger, T., „Bilateral Investment Treaties and EU Law", *Common Market Law Review* 2009, blz. 383-429, en specifiek over een aantal van de in casu spelende kwesties blz. 409-413.

9 — Arresten van 3 maart 2009, Commissie/Oostenrijk (C-205/06, Jurispr. blz I-1301), en 3 maart 2009, Commissie/Zweden (C-249/06, Jurispr. I-1335).

5. Ik zal daarom bij mijn analyse in deze conclusie voornamelijk het door het Hof in die arresten bepaalde tot uitgangspunt nemen. Wel zal ik specifiek ingaan op de nieuwe kwestie die zich in deze zaak voordoet, namelijk de gevolgen van een clausule die de bescherming van investeringen waarborgt *binnen de grenzen van de nationale wetgeving van de overeenkomstsluitende partij* (hierna: „bestreden clausule"), die Finland in de betrokken overeenkomsten heeft opgenomen [10]:

„Elke overeenkomstsluitende partij garandeert onder alle omstandigheden, binnen de door haar eigen wetten en besluiten toegestane grenzen en in overeenstemming met het internationale recht, een redelijke en passende behandeling van investeringen door burgers of ondernemingen van de andere overeenkomstsluitende partij." [11]

6. Ik zal met name onderzoeken of, zoals de Finse regering stelt, de zinsnede „binnen de door haar eigen wetten en besluiten toegestane grenzen" Finland de mogelijkheid geeft om beperkingen aan het kapitaal- en betalingsverkeer te stellen op basis van de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG.

7. Is dat het geval, dan maakt Finland geen inbreuk op zijn verplichtingen krachtens artikel 307, tweede alinea, EG. [12] Ingevolge deze bepaling dienen de lidstaten alle passende maatregelen te gebruiken om vastgestelde onverenigbaarheden van vóór hun toetreding gesloten overeenkomsten met het gemeenschapsrecht op te heffen. De lidstaten verlenen elkaar indien nodig bijstand teneinde dat doel te bereiken en volgen in voorkomende gevallen een gemeenschappelijke gedragslijn. [13]

Relevante bepalingen

Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht

8. Artikel 31 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht [14] bevat een algemene regel voor de uitlegging van verdragen:

„1. Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone bete-

10 — De Commissie merkt op dat de clausule niet in de overeenkomsten met Wit-Rusland, de Russische Federatie en Oezbekistan is opgenomen, terwijl Finland volhoudt dat ze onderdeel is van alle overeenkomsten met uitzondering van die met de Russische Federatie. Gezien de conclusie waartoe ik kom, heb ik dit punt niet nader onderzocht.

11 — Artikel 3 van de overeenkomst met Sri Lanka. Vaststaat dat dit een standaardversie is van de bestreden clausule.

12 — Behalve wellicht met betrekking tot de overeenkomsten met Wit-Rusland, de Russische Federatie en Oezbekistan: zie hierboven, voetnoot 10.

13 — Zie arresten Commissie/Oostenrijk, punten 32 en 34, en Commissie/Zweden, punten 33 en 35, beide aangehaald in voetnoot 9.

14 — Tot stand gekomen te Wenen op 23 mei 1969, in werking getreden op 27 januari 1980, UN Doc.A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) (hierna: „Verdrag van Wenen").

kenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.

2. Voor de uitlegging van een verdrag omvat de context, behalve de tekst, met inbegrip van preambule en bijlagen:

a) iedere overeenstemming die betrekking heeft op het verdrag en die bij het sluiten van het verdrag tussen alle partijen is bereikt;

b) iedere akte opgesteld door een of meer partijen bij het sluiten van het verdrag en door de andere partijen erkend als betrekking hebbende op het verdrag.

3. Behalve met de context dient ook rekening te worden gehouden met:

a) iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen;

b) ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan;

c) iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.

4. Een term dient in een bijzondere betekenis verstaan te worden als vaststaat, dat dit de bedoeling van de partijen is geweest."

9. Artikel 62 van het Verdrag van Wenen ziet op de mogelijkheden in geval van een wezenlijke verandering van de omstandigheden (clausula rebus sic stantibus):

„1. Een wezenlijke verandering der omstandigheden, ingetreden ten aanzien van die welke op het tijdstip van de totstandkoming van een verdrag bestonden en die niet door de partijen was voorzien, kan niet als grond voor de beëindiging van het verdrag of voor de terugtrekking daaruit worden aangevoerd, tenzij:

a) het bestaan van deze omstandigheden een wezenlijke grond vormde voor de instemming van de partijen om door het verdrag gebonden te worden; en

b) het gevolg van de wijziging is, dat de strekking van de krachtens het verdrag nog na te komen verplichtingen geheel en al wordt gewijzigd.

2. Een wezenlijke verandering der omstandigheden kan niet worden aangevoerd als grond voor de beëindiging van een verdrag of voor de terugtrekking daaruit:

a) indien het verdrag een grens vaststelt; of

b) indien de wezenlijke verandering een gevolg is van schending door de partij die de grond aanvoert, hetzij van een verplichting voortvloeiend uit het verdrag, hetzij van iedere andere internationale verplichting met betrekking tot iedere andere partij bij het verdrag.

3. Als een partij overeenkomstig de voorgaande leden als grond voor het beëindigen van een verdrag of het zich daaruit terugtrekken een wezenlijke verandering van omstandigheden kan aanvoeren, mag zij eveneens de wijziging aanvoeren als grond voor de opschorting van de werking van het verdrag."

EG-Verdrag

10. Artikel 57, lid 2, EG bepaalt:

„Hoewel de Raad tracht de doelstelling van een niet aan beperkingen onderworpen vrij kapitaalverkeer tussen lidstaten en derde landen zoveel mogelijk te bereiken, kan hij, onverminderd het bepaalde in de overige hoofdstukken van dit Verdrag, op voorstel van de Commissie met gekwalificeerde meerderheid van stemmen maatregelen nemen betreffende het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen — met inbegrip van investeringen in onroerende goederen —, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten. Voor maatregelen uit hoofde van dit lid die in het Gemeenschapsrecht een achteruitgang op het gebied van de liberalisatie van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen vormen, is eenparigheid van stemmen vereist."

11. Artikel 59 EG luidt:

„Wanneer, in uitzonderlijke omstandigheden, het kapitaalverkeer naar of uit derde landen ernstige moeilijkheden veroorzaakt of dreigt te veroorzaken voor de werking van de Economische en Monetaire Unie, kan de Raad op voorstel van de Commissie en na raadpleging van de ECB met gekwalificeerde meerderheid van stemmen ten aanzien van derde landen vrijwaringsmaatregelen nemen voor een periode van ten hoogste zes maanden, indien deze maatregelen strikt noodzakelijk zijn."

12. Artikel 60, lid 1, EG bepaalt:

„Indien in gevallen als bedoeld in artikel 301, een optreden van de Gemeenschap nodig wordt geacht, kan de Raad volgens de procedure van artikel 301 ten aanzien van de betrokken derde landen de nodige urgente maatregelen betreffende het kapitaalverkeer en het betalingsverkeer nemen."

13. Artikel 307 EG luidt:

„De rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór 1 januari 1958 of, voor de toetredende staten, vóór de datum van hun toetreding gesloten tussen één of meer lidstaten enerzijds en één of meer derde staten anderzijds, worden door de bepalingen van dit Verdrag niet aangetast.

Voor zover deze overeenkomsten niet verenigbaar zijn met dit Verdrag maakt de betrokken lidstaat of maken de betrokken lidstaten gebruik van alle passende middelen om de vastgestelde onverenigbaarheid op te heffen. Indien nodig verlenen de lidstaten elkaar bijstand teneinde dat doel te bereiken en volgen in voorkomende gevallen een gemeenschappelijke gedragslijn.

Bij de toepassing van de overeenkomsten, bedoeld in de eerste alinea, houden de lidstaten rekening met het feit dat de voordelen door elke lidstaat in dit Verdrag toegestaan, een wezenlijk bestanddeel uitmaken van de totstandkoming van de Gemeenschap en dientengevolge onverbrekelijk verbonden zijn met de oprichting van gemeenschappelijke instellingen, met het toekennen van bevoegdheden aan die instellingen en met het verlenen van dezelfde voordelen door de overige lidstaten."

Procedure

14. In haar antwoord op de aanmaningsbrief van 7 mei 2004, het met redenen omkleed advies van 16 maart 2005 en het aanvullende met redenen omkleed advies van 4 juli 2006 is de Finse regering bij haar standpunt gebleven dat de betrokken bepalingen in de bilaterale investeringsovereenkomsten geen afbreuk doen aan haar verplichtingen krachtens de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG. Zij achtte het daarom niet noodzakelijk om overeenkomstig artikel 307 EG maatregelen te nemen om de gestelde onverenigbaarheden op te heffen. [15]

15. De Commissie heeft het onderhavige beroep ingesteld op 20 februari 2007.

16. Zij verzoekt het Hof

— vast te stellen dat de Republiek Finland, door niet overeenkomstig artikel 307, tweede alinea, EG de passende maatregelen te nemen om de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht op te heffen waar het de bepalingen inzake overmakingen betreft in de bilaterale investeringsovereenkomsten die de Republiek Finland heeft gesloten met de Russische Federatie (de voormalige Sovjet-Unie), Wit-Rusland, China, Maleisië, Sri Lanka en Oezbekistan, de krachtens artikel 307 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Republiek Finland te verwijzen in de kosten.

17. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Oostenrijkse, de Finse, de Duitse, de Hongaarse, de Litouwse en de Zweedse regering alsook door de Commissie.

18. De Finse regering heeft verzocht om een mondelinge behandeling, welk verzoek zij nadien heeft ingetrokken. Bijgevolg heeft geen mondelinge behandeling plaatsgevonden.

Onverenigbaarheid van de overeenkomsten met het EG-Verdrag

19. Finland en de interveniërende lidstaten stellen dat bij gebreke van enige maatregel van de Raad tegen de betrokken derde landen de

15 — Bij brief van 27 oktober 2006 liet Finland de Commissie weten dat het een nieuwe investeringsovereenkomst was aangegaan met China, die in werking zou treden op 15 november 2006. Finland heeft de Commissie evenwel geen kopie van de tekst verstrekt en evenmin aangegeven of de datum van inwerkingtreding definitief was. Daar is het bij gebleven.

gestelde schending zuiver hypothetisch is, nu geen sprake is van een „vastgestelde onverenigbaarheid" in de zin van artikel 307, tweede alinea, EG. Uitsluitend indien en voor zover de Commissie het bestaan van een dergelijke onverenigbaarheid vaststelt, ontstaat de verplichting voor de lidstaten om de „vastgestelde onverenigbaarheid" op te heffen. Ditzelfde argument is door de Oostenrijkse en de Zweedse regering en door de interveniërende lidstaten, waaronder Finland, aangevoerd in de procedures die hebben geleid tot de arresten Commissie/Oostenrijk en Commissie/Zweden. [16]

20. Alhoewel het Hof niet expliciet op dat argument is ingegaan, stelde het vast dat om het nuttig effect van de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG te verzekeren, de maatregelen ter beperking van het kapitaalverkeer, wanneer deze door de Raad worden vastgesteld, onmiddellijk moeten kunnen worden toegepast ten aanzien van de staten waarop zij betrekking hebben, waartoe kunnen behoren de staten die een van de litigieuze overeenkomsten met de betrokken lidstaat hebben gesloten. Dit duidt erop dat het Hof het argument dat „(nog) geen onverenigbaarheid is vastgesteld" niet relevant achtte.

21. Het Hof vervolgde: „[d]eze bevoegdheden van de Raad om eenzijdig beperkende maatregelen ten aanzien van derde staten vast te stellen op een gebied dat identiek of verwant is aan een gebied dat in een eerdere overeenkomst tussen een lidstaat en een derde staat wordt geregeld, geven […] aanleiding tot een onverenigbaarheid met bedoelde overeenkomst, wanneer deze laatste geen bepaling bevat op grond waarvan de betrokken lidstaat zijn rechten en verplichtingen als lidstaat van de Gemeenschap kan uitoefenen en dit uit hoofde van een volkenrechtelijk mechanisme evenmin mogelijk is". [17]

22. Ik zal beide voorwaarden voor onverenigbaarheid achtereenvolgens bespreken.

Bevatten de litigieuze overeenkomsten een bepaling op grond waarvan Finland zijn rechten en verplichtingen als lidstaat van de Gemeenschap kan uitoefenen?

23. Vaststaat dat de litigieuze overeenkomsten geen bepaling bevatten, waarin aan de Gemeenschap uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt voorbehouden om beperkingen op het kapitaal- en betalingsverkeer toe te passen op basis van de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG.

16 — Arrest Commissie/Oostenrijk, punten 18-23, en arrest Commissie/Zweden, punten 17-21, beide aangehaald in voetnoot 9.

17 — Arrest Commissie/Oostenrijk, punt 37, en arrest Commissie/Zweden, punt 38, beide aangehaald in voetnoot 9.

24. De Finse en de Litouwse regering beweren niettemin dat de omstreden clausule Finland in staat stelt om door de Raad op basis van die verdragsbepalingen vastgestelde beperkende maatregelen na te leven.

25. Volgens de Finse regering kunnen die bepalingen onmiddellijk worden toegepast, omdat een door de Raad genomen beperkende maatregel via het beginsel van de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht deel uitmaakt van de in die clausule genoemde Finse wetgeving. Het is niet van belang dat de Gemeenschap zelf geen partij is bij de betrokken overeenkomsten. De Litouwse regering brengt nog in herinnering dat het gemeenschapsrecht deel uitmaakt van het nationale recht.

26. Het gaat echter, meen ik, niet om de vraag of het gemeenschapsrecht deel uitmaakt van het nationale recht (wat inderdaad het geval is). De crux van de zaak is of de mogelijkheid die Finland heeft om jegens de derde landen waarmee die overeenkomsten zijn gesloten een beroep te doen op de zinsnede „binnen de grenzen van zijn eigen wetten en besluiten", *een voldoende waarborg* vormt, dat de in de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG voorziene beperkingen van het kapitaal- en betalingsverkeer waarbij derde landen zijn betrokken, kunnen worden toegepast.

27. Mijns inziens is dat niet het geval. Net als advocaat-generaal Poiares Maduro ben ik van mening dat de toepassing van artikel 307 EG niet voldoende wordt gewaarborgd door de onzekere uitlegging van clausules in een internationale overeenkomst. [18] Artikel 307 EG heeft immers „een algemene strekking en geldt voor elke internationale overeenkomst, ongeacht haar voorwerp, die de toepassing van het Verdrag *kan beïnvloeden*". [19]

28. Op dit punt wil ik een parallel trekken met de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de ontoereikende implementatie van richtlijnen door een lidstaat.

29. Volgens vaste rechtspraak vereist de implementatie van een richtlijn weliswaar niet noodzakelijkerwijs een optreden van de wetgever van een lidstaat, doch dient het betrokken nationale recht *daadwerkelijk* de volledige toepassing van de richtlijn *te verzekeren*, moet de uit dit recht voortvloeiende rechtssituatie voldoende bepaald en duidelijk zijn, en moeten de begunstigden in staat zijn kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig geldend te maken voor de nationale rechterlijke instanties. [20]

18 — Conclusie in de zaken Commissie/Oostenrijk en Commissie/Zweden, beide aangehaald in voetnoot 9, punt 62.

19 — Arresten van 14 oktober 1980, Burgoa (812/79, Jurispr. blz. 2787, punt 6; mijn cursivering), en 5 november 2002, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-466/98, Jurispr. blz. I-9427, punt 23 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

20 — Zie arrest van 9 september 2004, Commissie/Spanje (C-70/03, Jurispr. blz. I-7999, punt 15 en de daarin aangehaalde rechtspraak). Het Hof heeft bijvoorbeeld bepaald dat voor de omzetting van de richtlijn „algemene beginselen van constitutioneel of administratief recht" (arrest van 23 mei 1985, Commissie/Duitsland, 29/84, Jurispr. blz. 1661, punt 23) of „een algemene juridische context" (arrest van 20 mei 1992, Commissie/Nederland, C-190/90, Jurispr. blz. I-3265, punt 17) voldoende kunnen zijn, mits zij deze minimumvoorwaarden vervullen.

30. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat het loutere bestaan van een administratieve praktijk die in overeenstemming is met de richtlijn [21], of de mogelijkheid van de rechter om nationaal recht in overeenstemming met de richtlijn uit te leggen [22], de lidstaat niet ontslaat van de verplichting om de geëigende, dwingende uitvoeringsmaatregelen te nemen. Volgens het Hof mag geen enkele — praktische of zelfs theoretische — mogelijkheid bestaan, dat de wijze waarop de richtlijn is omgezet, de correcte toepassing van de bij de betrokken richtlijn vastgestelde regeling in gevaar kan brengen. [23]

31. Het Hof heeft voorts duidelijk gesteld dat een lidstaat zich niet met een beroep op de rechtstreekse werking van richtlijnen kan verweren tegen het verwijt dat hij heeft verzuimd een richtlijn volledig om te zetten. [24]

32. Ik meen dat deze beginselen hier mutatis mutandis kunnen en moeten worden toegepast. In zijn arresten Commissie/Oostenrijk en Commissie/Zweden lijkt het Hof een maatstaf te hebben toegepast die in grote mate met die van voormelde rechtspraak overeenkomt, en verlangt het daadwerkelijk *een waarborg* dat de beperkingen van het kapitaal- en betalingsverkeer in de zin van de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG indien nodig kunnen worden toegepast. [25]

33. Mijns inziens kan Finland die waarborg niet bieden.

34. De mogelijkheid die Finland daartoe heeft, hangt uiteindelijk immers af van de uitlegging die een internationaal gerechtshof of scheidsgerecht geeft aan de zinsnede „binnen de door haar eigen wetten en besluiten toegestane grenzen". Volgens vaste rechtspraak moet een internationaal verdrag worden uitgelegd aan de hand van de bewoordingen waarin het is gesteld en in het licht van zijn doelstellingen. Artikel 31 van het Verdrag van Wenen [26], dat in die zin het algemene internationale gewoonterecht weergeeft [27], schrijft voor dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp en het doel van dat verdrag. [28] Mogelijk kan die bepaling in stelling worden gebracht om een internationaal gerechtshof of een scheidsgerecht ertoe te bewegen de bestreden clausule uit te leggen in de zin dat zij naar het gemeenschapsrecht verwijst.

21 — Zie bijvoorbeeld arrest van 15 maart 1990, Commissie/Nederland (C-339/87, Jurispr. blz. I-851, punt 36).

22 — Zie bijvoorbeeld arrest van 27 oktober 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Jurispr. blz. I-5475, punten 32-34).

23 — Zie bijvoorbeeld arrest van 9 april 1987, Commissie/Italië (363/85, Jurispr. blz. 1733, punten 10 en 12).

24 — Zie bijvoorbeeld arresten van 6 mei 1980, Commissie/België (102/79, Jurispr. blz. 1473, punt 12); 25 juli 1991, Emmott (C-208/90, Jurispr. blz. I-4269, punt 20), en 20 maart 1997, Commissie/Duitsland (C-96/95, Jurispr. blz. I-1653, punt 37).

25 — Zie arrest Commissie/Oostenrijk, punten 38 en 40, en arrest Commissie/Zweden, punten 39 en 41, beide aangehaald in voetnoot 9.

26 — Zie hierboven, punt 8 en voetnoot 14.

27 — Zie bijvoorbeeld arrest Internationaal Gerechtshof, Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesië/Maleisië), I.C.J. Reports 2002, blz. 625, punt 37.

28 — Zie arresten van 20 november 2001, Jany e.a. (C-268/99, Jurispr. blz. I-8615, punt 35), en 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 40).

35. In mijn visie is dat evenwel te onzeker. Ik geloof niet — en deze kwestie behoeft geen nadere bespreking — dat de toepassing van artikel 31 van het Verdrag van Wenen of een andere relevante regel betreffende verdragsuitlegging een voldoende waarborg kan bieden dat Finland overeenkomstig de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG beperkingen aan het kapitaal- en betalingsverkeer kan opleggen. De loutere mogelijkheid dat een internationaal gerechtshof of scheidsgerecht de bestreden clausule aldus zou kunnen uitleggen, volstaat niet ter vervulling van de verplichtingen van Finland.

36. In het arrest Commissie/Oostenrijk merkte het Hof op dat Oostenrijk voornemens was om in de investeringsovereenkomsten waarover werd onderhandeld, of bij de hernieuwing van bestaande overeenkomsten, een clausule op te nemen waarin sommige bevoegdheden van regionale organisaties werden voorbehouden, waardoor bijgevolg door de Raad vastgestelde maatregelen ter beperking van het kapitaal- en betalingsverkeer zouden kunnen worden toegepast. Het Hof erkende dat een dergelijke clausule de vastgestelde onverenigbaarheid in beginsel zou kunnen opheffen. [29] Een clausule met die kenmerken verschilt evenwel aanzienlijk van de thans omstreden clausule.

37. Wat het Hof heeft gezegd over de clausule die Oostenrijk in toekomstige overeenkomsten wilde opnemen, leent zich dan ook niet voor analoge toepassing.

38. De litigieuze overeenkomsten bevatten bijgevolg geen bepaling die Finland in staat stelt zijn rechten en verplichtingen als lidstaat van de Gemeenschap uit te oefenen.

Is er een volkenrechtelijk instrument dat Finland in staat stelt zijn rechten en verplichtingen als lidstaat van de Gemeenschap uit te oefenen?

39. Volgens de Litouwse en de Hongaarse regering kan een lidstaat beperkende maatregelen nemen door gebruik te maken van de mogelijkheden die in het volkenrecht zijn

29 — Arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 9, punten 40 en 41. Het Hof merkte evenwel op dat vaststond dat Oostenrijk had verzuimd stappen te ondernemen „binnen de termijn die [de Commissie] in haar met redenen omkleed advies had gesteld […] ten aanzien van de betrokken derde staten […] om te voorkomen dat de toepassing van de met die derde staten gesloten investeringsovereenkomsten in conflict zou komen met de maatregelen die de Raad op de voet van de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG kan vaststellen" (punt 42).

voorzien, zoals de opschorting of beëindiging van het verdrag op grond van de clausula rebus sic stantibus. [30]

40. In de procedures die hebben geleid tot de arresten Commissie/Oostenrijk en Commissie/Zweden, hebben de verwerende lidstaten verschillende volkenrechtelijke instrumenten aangevoerd, waaronder de clausula rebus sic stantibus, die hen volgens eigen zeggen in staat stellen om hun rechten en verplichtingen als lidstaten van de Gemeenschap uit te oefenen. [31]

41. Het Hof heeft deze argumenten zonder meer verworpen. [32] De door Oostenrijk en Zweden genoemde instrumenten bieden zijns inziens geen waarborg dat zij aan hun communautaire verplichtingen zullen kunnen voldoen, en wel om twee redenen: „In de eerste plaats zijn de termijnen die inherent zijn aan elke internationale onderhandeling en waaraan in geval van nieuwe onderhandelingen over de betrokken overeenkomsten dus niet kan worden ontkomen, naar hun aard onverenigbaar met het nuttig effect van deze maatregelen. […] In de tweede plaats is de mogelijkheid om een beroep te doen op andere door het volkenrecht geboden middelen, zoals opschorting van de overeenkomst of zelfs opzegging van de litigieuze overeenkomsten althans van sommige bepalingen ervan, te onzeker wat de gevolgen ervan betreft om te waarborgen dat de door de Raad genomen maatregelen op nuttige wijze kunnen worden toegepast." [33]

42. Er is bijgevolg geen volkenrechtelijk instrument dat waarborgt dat Finland zijn rechten en verplichtingen als lidstaat van de Gemeenschap zal kunnen uitoefenen.

Conclusie met betrekking tot de onverenigbaarheid van de overeenkomsten met het gemeenschapsrecht

43. De litigieuze overeenkomsten bevatten geen uitdrukkelijke bepaling op grond waarvan Finland zijn rechten en verplichtingen als lidstaat van de Gemeenschap kan uitoefenen. Bovendien is er geen volkenrechtelijk instrument dat waarborgt dat Finland daartoe in staat zal zijn. De litigieuze overeenkomsten zijn derhalve onverenigbaar met de bevoegdheden van de Raad om het kapitaal- en betalingsverkeer te beperken, zoals voorzien in de artikelen 57, lid 2, EG, 59 EG en 60, lid 1, EG, en Finland is gehouden de maatregelen te nemen bedoeld in artikel 307, tweede alinea, EG.

30 — Zie artikel 62 van het Verdrag van Wenen, hierboven aangehaald in punt 9.

31 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaken Commissie/Oostenrijk en Commissie/Zweden, beide aangehaald in voetnoot 9, punten 55-62.

32 — Arresten Commissie/Oostenrijk, punten 38-40, en Commissie/Zweden, punten 39-41, beide aangehaald in voetnoot 9.

33 — Zie verder Internationaal Gerechtshof, arrest betreffende het project Gabčíkovo-Nagymaros (Hongarije/Slowakije), I.C. J. Reports 1997, blz. 7, punt 104: „De negatieve en voorwaardelijke formulering van artikel 62 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht vormt bovendien een duidelijke aanwijzing dat de stabiliteit van de uit verdragen voortvloeiende verhoudingen verlangt, dat het middel betreffende een wezenlijke verandering van de omstandigheden alleen in uitzonderlijke gevallen toepassing vindt", waarnaar het Hof verwijst in het arrest van 16 juni 1998, Racke (C-162/96, Jurispr. blz. I-3655, punt 50).

Heeft Finland overeenkomstig artikel 307, tweede alinea, EG passende maatregelen genomen?

44. Finland heeft steeds vastgehouden aan het standpunt dat de betrokken bilaterale investeringsovereenkomsten niet onverenigbaar zijn met het Verdrag en dat derhalve geen handelen in de zin van artikel 307, tweede alinea, EG is vereist. Vaststaat dat Finland inderdaad geen maatregelen op de voet van die bepaling heeft genomen.

45. De Oostenrijkse, de Hongaarse en de Duitse regering merken op dat, gezien het economische en politieke belang van de betrokken bilaterale investeringsovereenkomsten, de beëindiging ervan om aan het gemeenschapsrecht te voldoen, alleen een laatste middel kan zijn. Daar beperkende maatregelen gewoonlijk tijdelijk van aard zijn, zou het definitief beëindigen van de bestaande overeenkomsten onevenredig zijn.

46. In de arresten Commissie/Oostenrijk en Commissie/Zweden heeft het Hof nergens gesteld dat de verwerende lidstaten de aldaar in geding zijnde bilaterale investeringsovereenkomsten moesten beëindigen.

47. Het Hof heeft enkel opgemerkt dat de onverenigbaarheden met het Verdrag waartoe de met derde staten gesloten bilaterale investeringsovereenkomsten leidden, niet beperkt waren tot de lidstaat die in de betrokken zaak verweer voerde. Het wees er daarom op dat overeenkomstig artikel 307, tweede alinea, EG de lidstaten elkaar indien nodig bijstand verlenen teneinde de vastgestelde onverenigbaarheden op te heffen en in voorkomend geval een gemeenschappelijke gedragslijn volgen. Het Hof voegde daaraan toe dat het in het kader van de haar krachtens artikel 211 EG toekomende verantwoordelijkheid om op de toepassing van de verdragsbepalingen toe te zien, aan de Commissie staat om elk initiatief te nemen om de wederzijdse bijstand tussen de betrokken lidstaten en het volgen van een gemeenschappelijke gedragslijn te vergemakkelijken. [34]

48. Die opmerkingen zijn evenzeer op deze zaak van toepassing.

49. Bovendien heeft het Hof in het arrest Commissie/Portugal [35] verduidelijkt hoe een inbreuk op artikel 307 EG kan worden gezuiverd. Het stelde vast dat in het kader van artikel 307 EG „de lidstaten […] weliswaar

34 — Arrest Commissie/Oostenrijk, punten 43 en 44 en arrest Commissie/Zweden, punten 43 en 44 (beide aangehaald in voetnoot 9).

35 — Arrest van 4 juli 2000 (C-62/98, Jurispr. blz. I-5171).

de keuze [hebben], welke passende maatregelen zij willen nemen, doch dit neemt niet weg dat zij verplicht zijn de onverenigbaarheid van een precommunautaire overeenkomst met het EG-Verdrag op te heffen. Stuit een lidstaat op moeilijkheden die wijziging van een overeenkomst onmogelijk maken, dan kan men [...] niet uitsluiten, dat hij die overeenkomst moet opzeggen." [36] In antwoord op het argument van Portugal dat die opzegging een onevenredige achterstelling van de buitenlandse belangen van de Portugese Republiek ten opzichte van het communautaire belang betekent, merkte het Hof op dat het evenwicht tussen de belangen op het gebied van het buitenlands beleid van een lidstaat en het communautaire belang reeds in aanmerking is genomen in artikel 307 EG, aangezien die bepaling „een lidstaat toestaat om een communautaire bepaling te negeren, teneinde de rechten van derde landen voortvloeiende uit een oudere overeenkomst te eerbiedigen en zijn daarmee samenhangende verplichtingen na te komen. Dit artikel laat hun tevens de keuze van passende middelen om de betrokken overeenkomst in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te brengen." [37]

50. Bijgevolg is de Republiek Finland, door niet overeenkomstig artikel 307, tweede alinea, EG de passende maatregelen te nemen om de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht op te heffen waar het de bepalingen inzake overmakingen betreft in de bilaterale investeringsovereenkomsten die de Republiek Finland heeft gesloten met de Russische Federatie (de voormalige Sovjet-Unie), Wit-Rusland, China, Maleisië, Sri Lanka, en Oezbekistan, de krachtens artikel 307 EG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

Non-discriminatiebeginsel

51. De Hongaarse en de Duitse regering betogen dat de vaststelling van een onverenigbaarheid op grond van artikel 307, tweede alinea, EG in strijd zou zijn met het beginsel van vrije mededinging binnen de interne markt en met het non-discriminatiebeginsel. Zowel Finland als de EU-burgers en -ondernemingen waarop de overeenkomsten van toepassing zijn, zouden in vergelijking met andere lidstaten en personen voor wie bilaterale investeringsovereenkomsten gelden die *niet* door de Commissie zijn bekritiseerd, worden benadeeld.

52. Volgens vaste rechtspraak vereist het non-discriminatiebeginsel dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare si-

36 — Arrest Commissie/Portugal, aangehaald in voetnoot 35, punt 49.

37 — Arrest Commissie/Portugal, aangehaald in voetnoot 35, punt 50.

tuaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld. [38]

53. De positie van lidstaten waartegen een procedure krachtens artikel 226 EG is ingeleid, verschilt evenwel objectief van die van lidstaten waartegen een dergelijke procedure niet aanhangig is gemaakt. Het tegengestelde standpunt zou de vrijheid van de Commissie om, indien zij dat nodig acht in haar taakvervulling als hoedster van het Verdrag, een niet-nakomingsprocedure te starten, ernstig ondermijnen.

54. In het kader van die taak is de Commissie bij uitsluiting bevoegd te beslissen of het opportuun is om een niet-nakomingsprocedure in te leiden, en op grond van welk aan de betrokken lidstaat toe te rekenen handelen of verzuim deze procedure moet worden ingeleid. De Commissie behoeft bij de uitoefening van haar aan artikel 226 EG ontleende bevoegdheden geen specifiek procesbelang aan te tonen. [39]

55. Bovendien staat vast dat een lidstaat de niet-nakoming van krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet kan rechtvaardigen met erop te wijzen dat andere lidstaten eveneens in gebreke zijn gebleven. In de door het Verdrag tot stand gebrachte communautaire rechtsorde kan de uitvoering van het gemeenschapsrecht niet afhankelijk worden gesteld van een wederkerigheidsvoorwaarde. De artikelen 226 EG en 227 EG voorzien in passende rechtsmiddelen voor het geval de lidstaten hun verplichtingen niet nakomen. [40]

56. Het aan het verbod van discriminatie ontleende argument moet derhalve worden verworpen.

Kosten

57. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten veroordeeld, voor zover dit is gevorderd. Finland dient derhalve overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

38 — Arrest van 14 mei 2009, Azienda Agricola Disarò Antonio e.a. (C-34/08, Jurispr. blz. I-4023, punt 67 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

39 — Zie arrest van 5 november 2002, Commissie/Duitsland (C-476/98, Jurispr. blz. I-9855, punt 38 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

40 — Zie arrest van 29 maart 2001, Portugal/Commissie (C-163/99, Jurispr. blz. I-2613, punt 22 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

Conclusie

58. Ik geef het Hof bijgevolg in overweging:

— vast te stellen dat de Republiek Finland, door niet overeenkomstig artikel 307, tweede alinea, EG de passende maatregelen te nemen om de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht op te heffen waar het de bepalingen inzake overmakingen betreft in de bilaterale investeringsovereenkomsten die de Republiek Finland heeft gesloten met de Russische Federatie (de voormalige Sovjet-Unie), Wit-Rusland, China, Maleisië, Sri Lanka, en Oezbekistan, de krachtens artikel 307 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Republiek Finland te verwijzen in de kosten.