FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 10 september 2009 [1]

1. Republiken Finland ingick före sin anslutning till Europeiska unionen bilaterala investeringsskyddsavtal med Ryska federationen, [2] Vitryssland, [3] Kina, [4] Malaysia, [5] Sri Lanka, [6] och Uzbekistan. [7] Dessa avtal garanterar att investerare från den andra parten fritt får överföra betalningar med anknytning till en investering i en fritt konvertibel valuta. [8]

2. Kommissionen anser att sådana obegränsade fria kapitalrörelser är oförenliga med artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG, enligt vilka rådet under vissa förutsättningar får begränsa kapitalrörelser och betalningar till eller från tredjeland. Den anför att Republiken Finland borde ha omförhandlat dessa avtal med hänsyn till artikel 307 andra stycket EG för att göra dem förenliga med gemenskapsrätten och införa mekanismer som gör det möjligt för rådet att besluta om möjliga framtida begränsningar.

3. Kommissionen har därför yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Finland, genom att inte vidta lämpliga åtgärder för att undanröja dessa oförenligheter, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 andra stycket EG.

4. Kommissionen har även fört motsvarande fördragsbrottstalan mot Österrike och Sverige. Dom i dessa mål meddelades den 3 mars 2009. [9] Förevarande fördragsbrottsförfarande rör huvudsakligen samma frågor som var föremål för domstolens prövning i dessa mål.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Nr 58/1991, undertecknad den 8 februari 1989, som trädde i kraft den 15 augusti 1991.

3 — Nr 89/1994, undertecknad den 28 oktober 1992, som trädde i kraft den 11 december 1994.

4 — Nr 4/1986, undertecknad den 4 september 1984, som trädde i kraft den 26 januari 1986.

5 — Nr 79/1987, undertecknad den 15 april 1985, som trädde i kraft den 3 januari 1988.

6 — Nr 54/1987, undertecknad den 27 april 1985, som trädde i kraft den 25 oktober 1987.

7 — Nr 74/1993, undertecknad den 1 oktober 1992, som trädde i kraft den 22 oktober 1993.

8 — Se vidare T. Eilmansberger, ”Bilateral Investment Treaties and EU Law”, *Common Market Law Review* 2009, i allmänhet s. 383–429, och specifikt angående vissa av de frågor som aktualiseras i förevarande mål, s. 409–413.

9 — Dom av den 3 mars 2009 i mål C-205/06, kommissionen mot Österrike (REG 2009, s. I-1301), och av den 3 mars 2009 i mål C-249/06, kommissionen mot Sverige (REG 2009, s. I-1335).

5. Jag kommer därför väsentligen att grunda mitt förslag till avgörande i detta mål på vad domstolen anförde i dessa domar. Jag ska emellertid även specifikt beröra den nya fråga som uppkommer i förevarande mål, nämligen inverkan av den klausul om att säkerställa investeringsskydd *inom ramen för den avtalsslutande partens nationella lagstiftning* (nedan kallad den omtvistade klausulen) som infördes av Finland i de avtal målet rör. [10] Den har följande lydelse:

”Fördragsslutande part garanterar under alla omständigheter, inom ramen för de begränsningar som följer av dess egen lagstiftning och andra författningar och i enlighet med folkrätten, en rimlig och lämplig behandling av investeringar som gjorts av medborgare eller företag från den andra fördragsslutande parten.” [11]

6. Jag ska specifikt pröva huruvida frasen ”inom ramen för de begränsningar som följer av dess egna lagar och författningar” skulle, såsom Finlands regering påstår, göra det möjligt för Finland att tillämpa begränsningar för kapitalrörelser och betalningar i enlighet med vad som föreskrivs i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG.

7. Om så är fallet har Finland inte underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 andra stycket EG. [12] Enligt den bestämmelsen är medlemsstaterna skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja oförenligheter mellan gemenskapsrätten och avtal som de ingått före sin anslutning. De ska vid behov bistå varandra i detta syfte och i förekommande fall inta en gemensam hållning. [13]

Tillämpliga bestämmelser

Wienkonventionen om traktaträtten

8. Artikel 31 i Wienkonventionen om traktaträtten [14] innehåller en allmän tolkningsregel med följande lydelse:

”1. En traktat skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av

10 — Kommissionen har gjort gällande att klausulen inte förekommer i avtalen med Vitryssland, Ryska federationen och Uzbekistan, medan Finland påstår att den återfinns i samtliga avtal förutom det med Ryska federationen. Mot bakgrund av min uppfattning i målet har jag inte prövat denna fråga.

11 — Artikel 3 i avtalet med Sri Lanka. Det är ostridigt att detta är en typisk lydelse av den omtvistade klausulen.

12 — Förutom möjligen med avseende på avtalen med Vitryssland, Ryska federationen och Uzbekistan, se ovan fotnot 10.

13 — Se domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9), punkterna 32 och 34, samt domen i målet kommissionen mot Sverige (ovan fotnot 9), punkterna 33 och 35.

14 — Undertecknad i Wien den 23 maj 1969, som trädde i kraft den 27 januari 1980, UN Doc.A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) (nedan kallad Wienkonventionen).

traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte.

2. I sammanhanget ingår vid tolkningen av en traktat, förutom texten inklusive dess preambel och bilagor,

a) överenskommelser rörande traktaten som träffats mellan alla parter i samband med traktatens ingående,

b) dokument som upprättats av en eller flera parter i samband med traktatens ingående och godtagits av de andra parterna som dokument sammanhörande med traktaten.

3. Utöver sammanhanget skall hänsyn tagas till

a) efterföljande överenskommelser mellan parterna rörande traktatens tolkning eller tillämpningen av dess bestämmelser,

b) efterföljande praxis vid traktatens tillämpning, som ådagalägger enighet mellan parterna om traktatens tolkning,

c) relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna.

4. Ett uttryck skall tilläggas en speciell mening, om det fastställts att detta var parternas avsikt."

9. I artikel 62 i Wienkonventionen anges möjligheterna när en fundamental förändring av omständigheterna har inträffat (*clausula rebus sic stantibus*):

"1. En fundamental förändring av omständigheter som inträffat i förhållande till dem som förelåg vid tiden för en traktats ingående och som icke var förutsedd av parterna kan ej åberopas som skäl till att sätta traktaten ur kraft eller frånträda den, såvida icke

(a) förhandenvaron av dessa omständigheter utgjorde en väsentlig förutsättning för parternas samtycke till att vara bundna av traktaten, och

(b) verkningarna av denna förändring genomgripande ändrar räckvidden av de förpliktelser som återstår att fullgöra enligt traktaten.

2. En fundamental förändring av omständigheter kan ej åberopas som skäl till att sätta en traktat ur kraft eller frånträda den

(a) om traktaten fastställer en gräns, eller

(b) den fundamentala förändringen av omständigheter är följden av ett brott av den part som åberopar den antingen mot en förpliktelse enligt traktaten eller mot någon annan internationell förpliktelse gentemot en annan part i traktaten.

3. Om en part enligt de föregående bestämmelserna kan åberopa en fundamental förändring av omständigheter som skäl till att sätta en traktat ur kraft eller frånträda den, kan den också åberopa förändringen som skäl för suspendering av traktaten.”

EG-fördraget

10. I artikel 57.2 EG föreskrivs följande:

”Utan att göra avkall på sin strävan att i största möjliga utsträckning förverkliga målet om fria kapitalrörelser mellan medlemsstater och tredje land och utan att det påverkar tillämpningen av andra kapitel i detta fördrag, får rådet med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen besluta om åtgärder beträffande kapitalrörelser till eller från tredje land som gäller direktinvesteringar, inbegripet investeringar i fast egendom, etablering, tillhandahållande av finansiella tjänster eller emission och introduktion av värdepapper på kapitalmarknader. Enhällighet krävs för sådana åtgärder enligt denna punkt som utgör ett steg tillbaka inom gemenskapsrätten när det gäller liberaliseringen av kapitalrörelser till eller från tredje land.”

11. I artikel 59 EG föreskrivs följande:

”Om kapitalrörelser till eller från tredje land under exceptionella förhållanden orsakar eller hotar att orsaka allvarliga svårigheter för den ekonomiska och monetära unionens funktion, får rådet genom beslut med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen och efter att ha hört ECB vidta skyddsåtgärder gentemot tredje land för en tid som inte får överstiga sex månader, om sådana åtgärder är absolut nödvändiga.”

12. I artikel 60.1 EG föreskrivs följande:

”Om åtgärder från gemenskapens sida anses nödvändiga i ett sådant fall som avses i artikel 301, får rådet enligt förfarandet i artikel 301 vidta nödvändiga brådskande åtgärder gentemot berörda tredje länder vad gäller kapitalrörelser och betalningar.”

13. I artikel 307 EG föreskrivs följande:

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

I den mån dessa avtal inte är förenliga med detta fördrag skall den eller de berörda medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. Medlemsstaterna skall vid behov bistå varandra i detta syfte och i förekommande fall inta en gemensam hållning.

Vid tillämpning av sådana avtal som avses i första stycket skall medlemsstaterna beakta att de fördelar som varje medlemsstat beviljar enligt detta fördrag utgör en integrerad del av upprättandet av gemenskapen och härigenom är oskiljaktigt förbundna med upprättandet av gemensamma institutioner, med överlämnandet av befogenheter till dessa och med beviljandet av samma fördelar av alla övriga medlemsstater.”

Förfarandet

14. Finlands regering har, till svar på den formella underrättelsen av den 7 maj 2004, det motiverade yttrandet av den 16 mars 2005 och det ytterligare motiverade yttrandet av den 4 juli 2006, anfört att de ifrågavarande bestämmelserna i de bilaterala investeringsskyddsavtalen var förenliga med dess skyldigheter enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG. Den ansåg det därför inte nödvändigt att vidta några åtgärder enligt artikel 307 EG för att undanröja de påstådda oförenligheterna. [15]

15. Kommissionen väckte förevarande talan den 20 februari 2007.

16. Den har yrkat att domstolen ska

— fastställa att Republiken Finland, genom att inte vidta lämpliga åtgärder enligt artikel 307 andra stycket EG för att undanröja oförenligheter i de bestämmelser om överföringar av kapital som finns i de investeringsskyddsavtal som ingåtts med Ryska federationen (före detta Sovjetunionen), Vitryssland, Kina, Malaysia, Sri Lanka och Uzbekistan, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 EG, och

— förplikta Republiken Finland att ersätta rättegångskostnaderna.

17. Österrikes regering, Finlands regering, Tysklands regering, Ungerns regering, Litauens regering, Sveriges regering och kommissionen har inkommit med skriftliga inlagor.

18. Inledningsvis begärde Finlands regering att förhandling skulle hållas, men denna begäran återkallades senare. Någon muntlig förhandling har därför inte hållits.

Avtalens oförenlighet med EG-fördraget

19. Finland och de intervenerande medlemsstaterna har gjort gällande att det påstådda fördragsbrottet, då rådet inte har vidtagit

15 — Finland informerade genom skrivelse av den 27 oktober 2006 kommissionen om att det hade ingått ett nytt bilateralt investeringsskyddsavtal med Kina, vilket skulle träda i kraft den 15 november 2006. Finland visade emellertid inte avtalets lydelse för kommissionen, och angav inte huruvida tidpunkten för ikraftträdande var definitiv. Så förhåller sig saken för närvarande.

några åtgärder mot berörda tredjeländer, är rent hypotetiskt eftersom det inte finns något som ”är oförenligt” i den mening som avses i artikel 307 andra stycket EG. Det är bara om och när kommissionen visar att det föreligger en sådan oförenlighet som det uppkommer en skyldighet för medlemsstaterna att undanröja det som ”är oförenligt”. Samma argument anfördes av Österrikes regering, Sveriges regering och intervenerande regeringar i förfarandet som ledde fram till domarna i målen kommissionen mot Österrike och kommissionen mot Sverige. [16]

20. Domstolen besvarade inte uttryckligen detta argument, men fastslog att det, för att säkerställa den ändamålsenliga verkan av artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG, är nödvändigt att de åtgärder som begränsar den fria rörligheten för kapital som rådet eventuellt beslutar om kan tillämpas omedelbart gentemot de stater som berörs av dem, vilket kan innefatta några av de stater som ingått avtal med berörd medlemsstat. Det förefaller därför som om argumentet avseende vad som (ännu inte) ”är oförenligt” inte ansågs vara relevant.

21. Domstolen framhöll vidare att ”[r]ådets behörighet att ensidigt vidta restriktiva åtgärder gentemot tredjeländer på ett område som är identiskt eller har samband med det område som regleras av ett tidigare avtal som ingåtts mellan en medlemsstat och ett tredjeland innebär följaktligen att det föreligger en oförenlighet med nämnda avtal när det, för det första, inte finns någon bestämmelse i det tidigare avtalet som gör det möjligt för den berörda medlemsstaten att utöva sina rättigheter och fullgöra sina skyldigheter i egenskap av medlem av gemenskapen och när det, för det andra, inte heller finns någon folkrättslig mekanism som möjliggör detta”. [17]

22. Jag ska pröva dessa förutsättningar för oförenlighet var för sig.

Innehåller de ifrågavarande avtalen en bestämmelse som gör det möjligt för Finland att utöva sina rättigheter och fullgöra sina skyldigheter i egenskap av medlem av gemenskapen?

23. Det är ostridigt att de ifrågavarande avtalen inte innehåller någon bestämmelse som uttryckligen förbehåller gemenskapen en möjlighet att besluta om begränsningar i kapitalrörelser och betalningar såsom föreskrivs i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG.

16 — Se domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9), punkterna 18–23, och domen i målet kommissionen mot Sverige (ovan fotnot 9), punkterna 17–21.

17 — Se domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9), punkt 37, och domen i målet kommissionen mot Sverige (ovan fotnot 9), punkt 38.

24. Finlands regering och Litauens regering gör ändå gällande att den omtvistade klausulen gör det möjligt för Finland att respektera begränsningar som rådet beslutat om med stöd av dessa bestämmelser i EG-fördraget.

25. Finlands regering anför att dessa bestämmelser kan tillämpas omedelbart, eftersom varje skyddsåtgärd rådet vidtar på grund av principen om gemenskapsrättens direkta effekt utgör en del av den finska lagstiftning till vilken klausulen hänvisar. Det saknar betydelse att gemenskapen själv inte är part i de ifrågavarande avtalen. Litauens regering har för sin del erinrat om att gemenskapsrätten utgör en del av nationell lag.

26. Enligt min mening är frågan emellertid inte huruvida gemenskapsrätten utgör en del av den nationella rätten (vilket den gör). Kruxet är snarare huruvida Finland kan lita till att frasen ”inom ramen för de begränsningar som följer av dess egna lagar och författningar” gentemot tredjeland med vilka den slutit dessa avtal utgör *en tillräcklig säkerhet* för att restriktioner för kapitalrörelser och betalningar gentemot tredjeland enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG kan tillämpas.

27. Enligt min mening är så inte fallet. I likhet med generaladvokaten Poiares Maduro anser jag att tillämpningen av artikel 307 EG inte är tillfredsställande säkerställd genom den osäkra tolkningen av villkor i ett internationellt avtal. [18] Snarare har artikel 307 EG ”allmän räckvidd och gäller för alla internationella avtal som *kan inverka på* tillämpningen av fördraget”. [19]

28. Jag skulle i detta sammanhang vilja dra en parallell till domstolens praxis angående medlemsstaternas otillräckliga införlivande av direktiv.

29. Enligt fast rättspraxis krävs det inte nödvändigtvis att medlemsstaterna vidtar en lagstiftningsåtgärd för att införliva ett direktiv. Däremot är det nödvändigt att bestämmelserna i den nationella rättsordningen *säkerställer* att direktivet faktiskt tillämpas fullt ut, att den rättsliga situation som följer av dessa bestämmelser är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna. [20]

18 — Förslag till avgörande i målen kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9) och kommissionen mot Sverige (ovan fotnot 9), punkt 62.

19 — Dom av den 14 oktober 1980 i mål 812/79, Attorney General mot Burgoa (REG 1980, s. 2787; svensk specialutgåva, volym 5, s. 313), punkt 6 (kursiverat här), och av den 5 november 2002 i mål C-466/98, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2002, s. I-9427), punkt 23 och där angiven rättspraxis.

20 — Se dom av den 9 september 2004 i mål C-70/03, kommissionen mot Spanien (REG 2004, s. I-7999), punkt 15 och där angiven rättspraxis. Domstolen har till exempel fastslagit att ”förekomsten av allmänna principer i statsrätt eller förvaltningsrätt” (dom av den 23 maj 1985 i mål 29/84, kommissionen mot Tyskland, punkt 23, REG 1985, s. 1661, svensk specialutgåva, volym 8, s. 221) eller ”befintligt regelsystem” (dom av den 20 maj 1992 i mål C-190/90, kommissionen mot Nederländerna, punkt 17, REG 1992, s. I-3265) kan vara tillräckligt för att införliva ett direktiv, under förutsättning att de uppfyller dessa minimikrav.

30. Domstolen har vidare fastslagit att blotta förekomsten av en administrativ praxis i enlighet med direktivet [21] eller möjligheten för domstolar att tolka nationell rätt i enlighet med direktivet [22] inte befriar medlemsstaten från skyldigheten att vidta lämpliga, bindande genomförandeåtgärder. Domstolen har anfört att det inte får finnas någon möjlighet, varken praktisk eller ens teoretisk, att det sätt på vilket direktivet genomförts kan äventyra tillämpningen av de regler som föreskrivs i detta. [23]

31. Domstolen har dessutom fastslagit att en medlemsstat inte kan åberopa direktivets direkta effekt för att försvara sig mot påståendet att den underlåtit att fullt ut införliva direktivet. [24]

32. Enligt min mening ska dessa principer i tillämpliga delar ligga till grund för bedömningen i förevarande mål. Domstolen förefaller faktiskt, i domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Österrike och kommissionen mot Sverige, ha intagit en mycket snarlik inställning till den som framgår av denna rättspraxis, och har krävt att det *säkerställs* att restriktioner för kapitalrörelser och betalningar, såsom föreskrivs i artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG, kan tillämpas om så skulle visa sig nödvändigt. [25]

33. Finland kan enligt min mening inte garantera att så sker.

34. Helt klart är att dess förmåga att göra det slutligen beror på hur en internationell domstol eller skiljenämnd tolkar uttrycket ”inom ramen för de begränsningar som följer av dess egna lagar och författningar”. Det följer av fast rättspraxis att ett internationellt fördrag ska tolkas på grundval av sin ordalydelse samt mot bakgrund av sina mål. I artikel 31 i Wienkonventionen, [26] vilken ger uttryck för allmän internationell sedvanerätt, [27] föreskrivs att en traktat ska tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens ordalydelse sedd i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte. [28] Det är möjligt att argumentera för att en internationell domstol eller skiljenämnd, vid tillämpning av den bestämmelsen, skulle tolka den omtvistade klausulen som en hänvisning till gemenskapsrätten.

21 — Se, till exempel, dom av den 15 mars 1990 i mål C-339/87, kommissionen mot Nederländerna (REG 1990, s. I-851), punkt 36.

22 — Se, till exempel, dom av den 27 oktober 1993 i mål C-338/91, Steenhorst-Neerings (REG 1993, s. I-5475), punkterna 32–34.

23 — Se, till exempel, dom av den 9 april 1987 i mål 363/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 1733), punkterna 10 och 12.

24 — Se, till exempel, dom av den 6 maj 1980 i mål 102/79, kommissionen mot Belgien (REG 1980, s. 1473; svensk specialutgåva, volym 5, s. 187), punkt 12, av den 25 juli 1991 i mål C-208/90, Emmott (REG 1991, s. I-4269; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-393), punkt 20, och av den 20 mars 1997 i mål C-96/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1997, s. I-1653), punkt 37.

25 — Se domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9), punkterna 38 och 40, samt domen i målet kommissionen mot Sverige (ovan fotnot 9), punkterna 39 och 41.

26 — Se punkt 8 och fotnot 14 ovan.

27 — Se, till exempel, Internationella domstolen, Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesien och Malaysia), dom, *I.C.J. Reports* 2002, s. 625, punkt 37.

28 — Se dom av den 20 november 2001 i mål C-268/99, Jany m.fl. (REG 2001, s. I-8615), punkt 35, och av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, IATA och ELFAA (REG 2006, s. I-403), punkt 40.

35. Enligt min mening är detta emellertid alltför osäkert. Utan att det är nödvändigt att pröva frågan i detalj anser jag att tillämpningen av artikel 31 i Wienkonventionen eller någon annan relevant bestämmelse om fördragstolkning inte kan medföra tillräckliga garantier för att Finland skulle kunna tillämpa restriktioner för kapitalrörelser och betalningar enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG. Enbart möjligheten att en internationell domstol eller skiljenämnd kan tolka den omtvistade klausulen på så sätt är inte tillräcklig för att befria Finland från dess skyldigheter.

36. Tvärtom konstaterade domstolen i domen i målet kommissionen mot Österrike att Österrike avsåg att i de investeringsskyddsavtal som är under förhandling eller när befintliga avtal förnyas införa en klausul som skulle innebära att det görs ett förbehåll för vissa av de befogenheter som regionala organisationer har och som sålunda skulle möjliggöra en tillämpning av de restriktioner för kapitalrörelser och betalningar som rådet har antagit. Domstolen godtog att ett sådant villkor i princip skulle anses tillräckligt för att undanröja den oförenlighet som föreligger. [29]

29 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9), punkterna 40 och 41. Domstolen anförde emellertid att det var utrett att Republiken Österrike inte hade vidtagit några åtgärder ”i förhållande till de aktuella tredjeländerna inom den frist som kommissionen fastställt i det motiverade yttrandet för att undanröja risken för att tillämpningen av de investeringsskyddsavtal som ingåtts med dessa tredjeländer ska komma att strida mot de åtgärder som rådet kan besluta om med stöd av artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG”.

En klausul med dessa särdrag är emellertid något helt annat än den omtvistade klausulen.

37. Vad domstolen anförde om den klausul som Österrike avsåg införa i framtida avtal kan därför inte tillämpas analogt i förevarande mål.

38. Enligt min mening innehåller de ifrågavarande avtalen inte någon bestämmelse som gör det möjligt för Finland att utöva sina rättigheter och fullgöra sina skyldigheter i egenskap av medlem av gemenskapen.

Finns det någon folkrättslig mekanism som gör det möjligt för Finland att utöva sina rättigheter och fullgöra sina skyldigheter i egenskap av medlem av gemenskapen?

39. Litauens regering och Ungerns regering anser att en medlemsstat kan vidta restriktiva åtgärder genom att använda sig av de möjligheter som folkrätten ger, såsom suspension

eller uppsägning av en traktat med tillämpning av *clausula rebus sic stantibus*. [30]

40. I det förfarande som ledde fram till domarna i målen kommissionen mot Österrike och kommissionen mot Sverige förde svarandemedlemsstaterna fram argument avseende olika folkrättsliga mekanismer, inklusive *clausula rebus sic stantibus*, som de ansåg skulle göra det möjligt för dem att utöva sina rättigheter och fullfölja sina skyldigheter som medlemmar av gemenskapen. [31]

41. Domstolen avfärdade kategoriskt dessa argument. [32] Den fastslog att de mekanismer till vilka Österrike och Sverige hänvisat inte föreföll garantera att de skulle kunna uppfylla sina gemenskapsrättsliga skyldigheter, av följande två skäl: ”För det första är den tid som de internationella förhandlingar som vore nödvändiga för att omförhandla de aktuella avtalen skulle ta i anspråk i sig oförenlig med dessa åtgärders ändamålsenliga verkan. För det andra är verkningarna av de andra folkrättsliga medel som kan tillgripas, exempelvis en suspension av avtalet eller till och med en uppsägning av de aktuella avtalen eller av vissa bestämmelser däri, alltför osäkra för att säkerställa att de åtgärder som rådet har beslutat om skulle kunna tillämpas på ett ändamålsenligt sätt.” [33]

42. Min slutsats är att det inte finns någon folkrättslig mekanism som säkerställer att Finland kan utöva sina rättigheter och fullgöra sina skyldigheter som medlem av gemenskapen.

Slutsats avseende avtalens förenlighet med EG-rätten

43. De ifrågavarande avtalen innehåller inga uttryckliga bestämmelser som ger Finland möjlighet att utöva sina rättigheter och fullgöra sina skyldigheter som medlem av gemenskapen. Det finns heller ingen folkrättslig mekanism som säkerställer att Finland kan göra det. De ifrågavarande avtalen är således enligt min mening oförenliga med rådets behörighet att begränsa kapitalrörelser och betalningar enligt artiklarna 57.2 EG, 59 EG och 60.1 EG. Finland är skyldig att vidta sådana åtgärder som anges i artikel 307 andra stycket EG.

30 — Se artikel 62 i den ovan i punkt 9 angivna Wienkonventionen.

31 — Se generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9) och kommissionen mot Sverige (ovan fotnot 9), punkterna 55–62.

32 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9), punkterna 38–40, och domen i målet kommissionen mot Sverige (ovan fotnot 9), punkterna 39–41.

33 — Se vidare Internationella domstolen, mål avseende Gabcikovo-Nagymaros-projektet, Ungern mot Slovakien, dom, *I.C.J. Reports* 1997, s. 7, punkt 104: ”Den negativa och villkorade lydelsen av artikel 62 i Wienkonventionen om traktaträtt utgör en klar indikation på att stabiliteten i avtalsförhållanden förutsätter att en fundamental förändring av omständigheter endast kan åberopas i undantagsfall”, hänvisad till av denna domstol i dom av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, Racke (REG 1998, s. I-3655), punkt 50.

Har Finland vidtagit sådana lämpliga åtgärder som anges i artikel 307 andra stycket EG?

44. Finland vidhåller att de bilaterala investeringsskyddsavtalen i fråga inte är oförenliga med fördraget och att det därför inte är nödvändigt att vidta några åtgärder enligt artikel 307 andra stycket EG. Det är även ostridigt att Finland inte vidtagit några åtgärder enligt bestämmelsen.

45. Österrikes regering, Ungerns regering och Tysklands regering har anfört att, mot bakgrund av den ekonomiska betydelsen av de ifrågavarande bilaterala investeringsskyddsavtalen, kan det endast som en sista utväg komma i fråga att säga upp dem för att uppfylla gemenskapsrättsliga skyldigheter. Eftersom skyddsåtgärder i allmänhet är tillfälliga vore det oproportionerligt att definitivt säga upp befintliga avtal.

46. Domstolen har i domarna i målen kommissionen mot Österrike och kommissionen mot Sverige inte på något sätt påstått att svarandemedlemsstaterna skulle vara tvingade att säga upp de ifrågavarande bilaterala investeringsskyddsavtalen.

47. Domstolen har enbart kommenterat att den oförenlighet med fördraget som dessa bilaterala investeringsskyddsavtal gav upphov till inte var begränsad till svarandemedlemsstaten i varje enskilt fall. Domstolen fastslog därför att medlemsstaterna enligt artikel 307 andra stycket EG är skyldiga att vid behov bistå varandra i syfte att undanröja det som är oförenligt med fördraget och i förekommande fall inta en gemensam hållning. Domstolen tillade att det ankom på kommissionen, i enlighet med dess skyldigheter enligt artikel 211 EG att säkerställa tillämpningen av fördragets bestämmelser, att ta alla initiativ som kan underlätta för de berörda medlemsstaterna att bistå varandra och att inta en gemensam hållning. [34]

48. Dessa anmärkningar gör sig gällande även i förevarande mål.

49. Vidare förklarade domstolen i domen i målet kommissionen mot Portugal [35] hur ett åsidosättande av artikel 307 EG kan åtgärdas. Den fastslog att även om medlems-

34 — Domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 9), punkterna 43 och 44, samt domen i målet kommissionen mot Sverige (ovan fotnot 9), punkterna 43 och 44.

35 — Dom av den 4 juli 2000 i mål C-62/98, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-5171).

staterna vid tillämpning av artikel 307 EG ”kan välja vilka åtgärder som är lämpliga att vidta är de ändå skyldiga att undanröja sådana regler i avtal som de har ingått före anslutningen som är oförenliga med EG-fördraget. Om en medlemsstat möter svårigheter som gör att det är omöjligt att ändra avtalet i fråga, är det således inte uteslutet att medlemsstaten kan vara skyldig att säga upp avtalet”. [36] Till svar på vad Republiken Portugal anförde om att en skyldighet att säga upp avtalet skulle innebära att dess utrikespolitiska intressen på ett oproportionerligt sätt helt får ge vika för gemenskapens intressen anförde domstolen att balansen mellan en medlemsstats utrikespolitiska intressen och gemenskapens intressen redan har uttryckts i artikel 307 EG, i det att denna bestämmelse ”tillåter en medlemsstat att underlåta att tillämpa en gemenskapsrättslig bestämmelse för att kunna respektera de rättigheter som tredje länder har enligt ett avtal som ingåtts dessförinnan och för att kunna uppfylla sina egna skyldigheter enligt samma avtal. Artikeln ger även medlemsstaterna rätt att välja vilka åtgärder som är lämpliga för att se till att avtalet i fråga blir förenligt med gemenskapsrätten”. [37]

50. Enligt min mening har därför Republiken Finland, genom att inte vidta lämpliga åtgärder enligt artikel 307 andra stycket EG för att undanröja oförenligheter i de bestämmelser om överföringar av kapital som finns i de investeringsskyddsavtal som ingåtts med Ryska federationen (före detta Sovjetunionen), Vitryssland, Kina, Malaysia, Sri Lanka och Uzbekistan, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 EG.

Icke-diskrimineringsprincipen

51. Ungerns regering och Tysklands regering har anfört att ett fastslående av en oförenlighet på grundval av artikel 307 andra stycket EG skulle vara oförenligt med principen om fri konkurrens på den inre marknaden och principen om icke-diskriminering. Såväl Finland som de EU-medborgare och bolag på vilka avtalen är tillämpliga skulle få en nackdel jämfört med andra medlemsstater och personer för vilka liknande investeringsskyddsavtal som *inte* kritiserats av kommissionen gäller.

52. Enligt fast rättspraxis kräver icke-diskrimineringsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte

36 — Domen i målet kommissionen mot Portugal (ovan fotnot 35), punkt 49.

37 — Domen i målet kommissionen mot Portugal (ovan fotnot 35), punkt 50.

får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [38]

53. Situationen för en medlemsstat som varit föremål för ett förfarande enligt artikel 226 EG är emellertid objektivt sett annorlunda än den för en medlemsstat som inte varit föremål för ett sådant förfarande. En motsatt ståndpunkt skulle allvarligt undergräva kommissionens frihet att föra talan om fördragsbrott när den anser det vara nödvändigt för att utföra sin uppgift att övervaka tillämpningen av fördraget.

54. Kommissionen är, till följd av denna uppgift, ensam behörig att avgöra om det är lämpligt att inleda ett fördragsbrottsförfarande, och på grund av vilken handling eller vilken underlåtenhet av medlemsstaten i fråga detta i så fall skall ske. Vid utövningen av de befogenheter som den har tilldelats i artikel 226 EG behöver kommissionen inte visa att den har ett specifikt berättigat intresse av att få saken prövad. [39]

55. Vidare framgår det av fast rättspraxis att en medlemsstat inte kan åberopa att andra medlemsstater åsidosätter sina skyldigheter som grund för att själv underlåta att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget. I den rättsordning som upprättats genom fördraget kan medlemsstaternas genomförande av gemenskapsrätten inte underställas ett villkor om ömsesidighet. I artiklarna 226 EG och 227 EG föreskrivs lämpliga rättsmedel för att ingripa mot fördragsbrott. [40]

56. Argumentet avseende diskrimineringsförbud ska således lämnas utan avseende.

Rättegångskostnader

57. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Finland ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Finland har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

38 — Dom av den 14 maj 2009 i mål C-34/08, Azienda Agricola Disarò Antonio m.fl. (REG 2009, s. I-4023), punkt 67 och där angiven rättspraxis.

39 — Se dom av den 5 november 2002 i mål C-476/98, kommissionen mot Tyskland (REG 2002, s. I-9855), punkt 38 och där angiven rättspraxis.

40 — Se dom av den 29 mars 2001 i mål C-163/99, Portugal mot kommissionen (REG 2001, s. I-2613), punkt 22 och där angiven rättspraxis.

Förslag till avgörande

58. Jag föreslår därför att domstolen ska

— förklara att Republiken Finland, genom att inte vidta lämpliga åtgärder enligt artikel 307 andra stycket EG för att undanröja oförenligheter i de bestämmelser om överföringar av kapital som finns i de investeringsskyddsavtal som ingåtts med Ryska federationen (före detta Sovjetunionen), Vitryssland, Kina, Malaysia, Sri Lanka och Uzbekistan, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 307 EG, och

— förplikta Republiken Finland att ersätta rättegångskostnaderna.