

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н N. JÄÄSKINEN

представено на 15 март 2011 година¹

I — Въведение

Словашката република към ЕС на 1 май 2004 г.³

1. Настоящото дело се отнася до съотношението между задълженията на Словашката република, произтичащи от правото на ЕС, да осигури недискриминационен достъп до електропреносната мрежа в съответствие с Директива 2003/54/ЕО (наричана по-нататък „Директива 2003/54“)², и нейните задължения да закриля инвестициите в съответствие със Споразумението за насърчаването и взаимната закрила на инвестициите (наричано по-нататък „Споразумението за закрила на инвестициите“), подписано на 5 октомври 1990 г. с Швейцария преди присъединяването на

2. В основата на спора е частноправен договор (наричан по-нататък „Договорът“), сключен на 27 октомври 1997 г. между швейцарско дружество (Aare-Tessin AG für Elektrizität (наричано по-нататък „ATEL“) и държавен оператор на мрежа в Словакия (известен по това време като Slovenské elektrárne a.s., а впоследствие като Slovenská elektrizačná prenosová sústava a.s. (наричан по-нататък „SEPS“). В съответствие с договора ATEL плаща повече от половината разходи за изграждането на все още неизградения електропровод Lemesany-Krosno от Полша до Словакия в замяна на приоритетен достъп до електропровода за определен срок от 16 години, който не може да бъде продължаван.

¹ — Език на оригиналния текст: английски.

² — Директива 2003/54/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2003 година относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия и отменяща Директива 96/92/ЕО (ОВ L176, 2003 г., стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 12, том 2, стр. 61). Директива 2003/54 е предшествана от Директива 96/92/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 19 декември 1996 година относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия (ОВ L27, 1997 г., стр. 20) (наричана по-нататък „Директива 96/92“). Наскоро Директива 2003/54 бе отменена и заменена с Директива 2009/72/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия и за отмяна на Директива 2003/54/ЕО (ОВ L211, 2009 г., стр. 55) (наричана по-нататък „Директива 2009/72“).

3. В настоящото производство Комисията иска от Съда да установи, че като не е

³ — Споразумението е сключено между Чешката и Словашката република и Конфедерация Швейцария. Не се повдигат въпроси във връзка с държавното правоприемство от Чехословакия и с приложимостта на Споразумението за закрила на инвестициите по отношение на Словакия, след като държавата придобива независимост.

осигурила недискриминационен достъп до електропреносната мрежа, Словашката република не е изпълнила задълженията си по член 20, параграф 1 и по член 9, буква д) от Директива 2003/54. Въпреки че Комисията не иска изрично от Съда да постанови, че Словашката република следва да прекрати договора, в становището си до Съда тя заявява, че Словашката република не е задължена да остави договора в сила. Тя освен това твърди, че само неприлагането на договора било недостатъчно, за да се поправи твърдяното неизпълнение. В това отношение Комисията имплицитно приканва Съда да разгледа въпроса дали Словашката република следва да бъде задължена да прекрати договора.

II — Правна уредба

A — Международно право

1. Виенска конвенция за правото на договорите⁴

5. Член 31 от Виенската конвенция за правото на договорите, озаглавен „Общо правило на тълкуването“, гласи:

„1. Договорът трябва да се тълкува добросъвестно, в съответствие с обикновеното значение, което следва да се дава на термините на договора в техния контекст, а също така в духа на обекта и целите на договора.

[...]

4. Специално значение се придава на даден термин, ако е установено, че страните са имали такова намерение“.

4. От друга страна, Словашката република твърди, че договорът се ползва от закрила като инвестиция съгласно Договора за Енергийната харта и че Директива 2003/54 трябва да се тълкува в съответствие със задълженията на ЕС по Договора за Енергийната харта.

⁴ — Съставена във Виена на 23 май 1969 г., влязла в сила на 27 януари 1980 г., UN Doc. A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969 г.) (наричана по-нататък „Виенската конвенция“). Двете държави са страни по Виенската конвенция, като Словакия е страна по силата на държавно правоприемство.

2. Договор за Енергийната харта⁵

7. Член 13 от Договора за Енергийната харта урежда експроприацията. В относителната си част той гласи:

6. Член 10, параграф 1 от Договора за Енергийната харта гласи:

„1. Инвестициите на инвеститори от договаряща се страна в зоната на друга договаряща се страна не подлежат на национализация, експроприация или на мярка или мерки, чийто ефект е еквивалентен на национализация или експроприация (наричани по-долу „експроприация“), освен когато такава експроприация е:

„Всяка договаряща се страна, в съответствие с разпоредбите на този договор, насърчава и създава стабилни, равноправни, благоприятни и прозрачни условия за инвеститорите от другите договарящи се страни, за да инвестират в нейната зона. Тези условия включват ангажимента за предоставяне по всяко време на [справедливо и равноправно третиране] за инвестициите на инвеститори от други договарящи се страни. Такива инвестиции, също така, се ползват постоянно от максимална закрила и сигурност и никоя договаряща се страна по никакъв начин не възпрепятства чрез неоправдани или дискриминационни мерки тяхното управление, поддръжка, използване, владение или разпореждане с тях. Такива инвестиции в никакъв случай не подлежат на [третиране], по-неблагоприят[но] от изискван[ото] от международното право, включително договорните задължения. Всяка договаряща се страна спазва всички задължения, които тя е поела по договор спрямо инвеститор или инвестиция на инвеститор на която и да е друга договаряща се страна“.

- а) с цел, отговаряща на обществения интерес;
- б) недискриминационна;
- в) проведена при спазване на съответните правови процедури; и
- г) придружена от заплащане на незабавно, достатъчно и ефективно обезщетение“.

3. Споразумение за закрила на инвестициите

⁵ — Договорът за Енергийната харта е подписан през декември 1994 г. и влиза в сила през април 1998 г. Словашката република, Конфедерация Швейцария и ЕО са страни по Договора за Енергийната харта към съответния момент.

8. Член 1 от Споразумението за закрила на инвестициите, озаглавен „Определение“, гласи в относимата си част:

„2. Понятието „инвестиции“ включва всякакви видове активи и по-специално:

[...]

в) парични вземания и права с предмет каквито и да са престации с икономическа стойност;

[...]“

9. Съгласно член 3 от Споразумението за закрила на инвестициите, озаглавен „Насърчаване и допускане“:

„1. В рамките на своята територия всяка договаряща страна насърчава инвестициите от инвеститори на другата договаряща страна и допуска такива инвестиции в съответствие със законовите и подзаконовите си разпоредби.

[...]“

10. Член 4, озаглавен „Закрила, третиране“, гласи:

„1. В рамките на своята територия всяка договаряща страна закриля инвестициите, направени в съответствие със законовите и подзаконовите ѝ разпоредби от инвеститори на другата договаряща страна, и не възпрепятства чрез неоправдани или дискриминационни мерки тяхното управление, поддръжка, използване, владение, разширяване, продажба и ликвидация [...].

2. В рамките на своята територия всяка договаряща страна осигурява справедливо и равноправно третиране на инвестициите

на инвеститорите на другата договаряща страна. Това третиране не трябва да бъде по-неблагоприятно от предоставеното от всяка договаряща страна на инвестициите, направени на нейна територия от собствените ѝ инвеститори, или от предоставеното от всяка договаряща страна на инвестициите в нейната територия от инвеститори от най-облагодетелстваната нация, ако последното третиране е по-благоприятно [...].“

11. Член 6, озаглавен „Отчуждаване, обезщетение“, гласи:

„1. Никоя от договарящите страни не предприема срещу инвестициите на инвеститори на другата договаряща страна преки или непреки мерки на експроприация, национализация или всякакви други мерки от същото естество или със същите последици, освен ако мерките са постановени в обществен интерес, на недискриминационно основание, при спазване на законовите изисквания и ако е предвидено ефективно и адекватно обезщетение [...].“

12. Член 9, озаглавен „Спорове между договаряща страна и инвеститор на другата договаряща страна“, гласи:

„1. За разрешаването на спорове относно инвестиции между договаряща страна и инвеститор на другата договаряща страна

и без да се засяга член 10 от настоящото споразумение за закрила на инвестициите (Спорове между договарящите страни) между съответните страни ще се провеждат консултации.

инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави, споровете по този член могат по искане на инвеститора, като алтернатива на производството по параграф 2 от този член, да се отнесат до Международния център за разрешаване на инвестиционни спорове.

2. Ако в срок от шест месеца тези консултации не доведат до разрешение, по искане на инвеститора спорът се отнася пред арбитражен съд. Този арбитражен съд се създава по следния начин:

[...]

а) Арбитражният съд се конституира за всеки отделен случай. [...]

5. Никоя договаряща държава няма да търси разрешение по дипломатически път на спор, отнесен пред арбитраж, освен ако другата договаряща държава не изпълни решението, постановено от арбитражен съд“.

б) Ако сроковете по буква а) от настоящия член не са били спазени, всяка от страните по спора, в отсъствието на други организационни мерки, може да прикани председателя на Арбитражния съд при Международната търговска камара в Париж да извърши необходимите назначения. [...]

13. Член 10, озаглавен „Спорове между договарящи страни“, гласи:

„1. Споровете между договарящи страни относно тълкуването или прилагането на разпоредбите на настоящото споразумение за закрила на инвестициите се уреждат по дипломатически път.

в) Арбитражният съд определя свои собствени процедурни правила, освен ако страните по спора не са договорили друго. Неговите решения са окончателни и задължителни. Всяка договаряща страна осигурява признаването и изпълнението на арбитражните решения. [...]

2. Ако двете договарящи страни не могат да постигнат съгласие в рамките на дванадесет месеца от възникването на спора помежду им, той се отнася по искане на всяка от тях пред тричленен арбитражен съд. Всяка договаряща страна назначава по един арбитър, като тези двама арбитри определят председател, който е гражданин на трета държава.

3. Ако и двете договарящи страни са се присъединили към Вашингтонската конвенция от 18 март 1965 г. за уреждане на

[...]

7. Арбитражните решения са окончателни и задължителни за всяка от договарящите страни“.

14. Член 11 е озаглавен „Изпълнение на поетите задължения“ и гласи в относимите си части:

„Всяка от договарящите страни гарантира непрекъснатото спазване на поетите от нея задължения във връзка с инвестиции-те на инвеститорите на другата договаряща страна“.

1 януари 1958 г. или, за присъединяващите се страни, преди датата на тяхното присъединяване, между една или повече държави членки, от една страна, и една или повече трети страни, от друга, не се засягат от разпоредбите на настоящия договор.

2. Доколкото тези споразумения са несъвместими с настоящия договор, заинтересованата държава членка или държава са длъжни да предприемат всички необходими мерки, за да премахнат установените несъответствия. Когато е необходимо, държавите членки взаимно се подпомагат за постигането на тази цел, а когато това е възможно — приемат общ подход.

[...]“

Б — *Право на ЕС*

2. Директива 2003/54

1. Договорът за ЕО⁶

16. Член 9 от Директива 2003/54, озаглавен „Задачи на операторите на преносни мрежи“, гласи в относимата си част:

15. Член 307 ЕО гласи:

„1. Правата и задълженията, произтичащи от споразумения, сключени преди

„Всеки оператор на преносна мрежа ще отговаря за:

6 — Тъй като настоящият иск за установяване на неизпълнение на задължения от държава членка е предявен преди влизането в сила на Договора за функционирането на Европейския съюз (ОВ С 115, 2008 г., стр. 47), навсякъде се запазва позоваването на членовете от Договора за създаване на Европейската общност (ОВ С 325, 2002 г., стр. 33).

а) осигуряването на недискриминация [...] между ползватели на мрежата или категории на ползватели на мрежата, особено в полза на предприятия, свързани с [него]“

17. Член 20 от Директива 2003/54, озаглавен „Достъп на [трети лица]“, гласи:

„1. Държавите членки осигуряват прилагането на система за достъп на [трети лица] до преносните и разпределителните мрежи въз основа на публикувани тарифи, приложим[и] към всички привилегирани потребители и прилаган[и] обективно и без дискриминация между ползвателите на мрежата. Държавите членки взимат мерки тарифите или методиките, лежащи в основата на тяхното пресмятане, да са одобрени преди влизането им в сила в съответствие с член 23 и че тези тарифи и методиките — когато само методиките са одобрени — са [публикувани] преди влизането им в сила.

2. Операторът на преносна или разпределителна мрежа може да откаже достъп, когато липсва необходимият капацитет. Подобен отказ трябва да бъде придружен от надлежно обосновани причини, особено с оглед на член 3. Държавите членки осигуряват, когато е подходящо и когато се дава отказ за достъп, предоставянето от оператора на преносна или разпределителна мрежа на съответната информация за мерките, които ще са необходими за укрепване на мрежата. На страната, искаща такава информация, може да бъде начислена разумна такса, отразяваща разходите за предоставяне на подобна информация“.

18. Дерогациите по член 26 от Директива 2003/54 не се прилагат по настоящото дело.

19. С член 29 от Директива 2003/54 се отменя Директива 96/92, считано от 1 юли 2004 г., без да се засягат задълженията на държавите членки относно сроковете за въвеждане и прилагане на тази директива.

20. Съгласно член 30 от Директива 2003/54 държавите членки са били длъжни да въведат в сила необходимите закони, подзаконови и административни разпоредби за съобразяване с тази директива не по-късно от 1 юли 2004 г.

21. Съгласно член 31 от Директива 2003/54 тя е следвало да влезе в сила на двадесетия ден след публикуването ѝ в *Официален вестник на Европейския съюз*, направено на 15 юли 2003 г.

3. Регламент 1228/2003⁷

22. Член 7, озаглавен „Нови междусистемни електропроводи“, гласи в относимите си части:

„1. Новите междусистемни електропроводи за прав ток биха могли, при поискване, да бъдат освободени от разпоредбите

⁷ — Регламент (ЕО) № 1228/2003 на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2003 година относно условията за достъп до мрежата за трансграничен обмен на електроенергия (ОВ L 176, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 12, том 2, стр. 51).

на член 6, параграф 6 от настоящия регламент и членове 20 и 23, параграфи 2, 3 и 4 от [Директива 2003/54] при следните условия:

а) инвестициите трябва да засилват конкуренцията при доставката на електроенергия;

б) степента на риск, свързан с инвестициите, е такава, че инвестициите няма да бъдат осъществени, ако не бъде предоставено такова освобождаване;

в) [м]еждусистемният електропровод [трябва] да бъде собственост на физическо или юридическо лице, което е отделно поне по отношение на правната си форма от системните оператори, в рамките на чиито системи ще бъде изграден междусистемният електропровод;

г) таксите се начисляват на ползвателите на този междусистемен електропровод;

д) след частичното отваряне на пазара, посочено в член 19 от Директива 96/92/ЕО, нито една част от основните или оперативни разходи за междусистемния електропровод не са възвърнати от който и да било елемент от таксите за използване на преносните или разпределителни мрежи, свързани чрез междусистемния електропровод;

е) освобождаването не вреди на конкуренцията и ефективното функциониране на вътрешния електроенергиен пазар или на ефективното функциониране на регулираната система, към която е свързан междусистемният електропровод.

[...]

3. Параграф 1 се прилага също и при значително нарастване на капацитета на съществуващите междусистемни електропроводи.

4. а) Като разгледа всеки отделен случай, регулаторната власт може да разреши освобождаването, посочено в параграфи 1 и 2. Все пак, държавите членки могат да предвидят, регулаторните власти да представят на релевантния орган в държавата членка за официално решение становище по молбата за освобождаване. Становището се публикува заедно с решението.

[...]

5. Решението за освобождаване следва да бъде незабавно нотифицирано от компетентната власт на Комисията, заедно с цялата информация свързана с него. Тази информация може да бъде предоставена на Комисията в обобщена форма, като даде възможност на Комисията да постигне добре обосновано решение.

[...]

В рамките на два месеца от получаването на нотификацията, Комисията може да

поиска от съответната регулаторна власт или държава членка да измени или отмени решението за освобождаване. Двата месеца могат да бъдат удължени с още един месец, в случай, че Комисията има нужда от допълнителна информация.

[...]"

III — Факти и производство

23. На 27 октомври 1997 г. ATEL и преработителят на SEPS сключват договора, по силата на който SEPS предоставя на ATEL правото да пренесе 300 MW по 400-киловолтов преносен електропровод. Въпросният електропровод е все още неизграден преносен електропровод Lemesany-Krosno между Полша и Словакия. Правото на пренос се разрешава за срок от 16 години, който изтича на 31 септември 2014 г. Словакия не е страна по договора. Предвижда се преносният електропровод да влезе в експлоатация от 1 октомври 1998 г. ATEL има право едностранно да прекрати договора, ако най-късно до 1 октомври 1999 г. електропроводът не влезе в експлоатация.

24. В замяна на този преносен капацитет ATEL следва да заплати еднократно предварително определена сума, възлизаща на над 50 % от разходите, необходими за изграждането на преносния електропровод Lemesany-Krosno в Словакия, и преносна такса, подлежаща на преизчисляване всеки няколко години в съответствие с посочена в договора формула. Страните имат право да прехвърлят правата и задълженията си по договора на свой правопреемник, при

положение че този правопреемник е в състояние да изпълнява задълженията по договора.

25. Съставен на немски език, договорот е частноправен акт, който се урежда от австрийското право. В него се казва, че споровете между страните се отнасят пред арбитраж в съответствие с правилата на Международната търговска камара в Париж.

26. На 16 април 2003 г. Словашката република подписва Договора си за присъединяване. Скоро след това, на 26 юни 2003 г., е публикувана Директива 2003/54. На 1 май 2004 г. Словашката република се присъединява към ЕС⁸. Като държава членка от нея се изисква да изпълнява всички задължения, произтичащи от Договора за ЕО. Тъй като срокът за транспониране на Директива 2003/54 е изтекъл през юни 2004 г., тази директива не е част от *достиганията на правото на ЕС*, които Словашката република е длъжна да приложи към датата на присъединяване. Освен това в Акта за присъединяване⁹ няма поставени условия във връзка с прилагането на Директива 96/92 по отношение на Словашката република.

8 — Договор между Кралство Белгия, Кралство Дания, Федерална република Германия, Република Гърция, Кралство Испания, Френската република, Ирландия, Италианската република, Великото херцогство Люксембург, Кралство Нидерландия, Република Австрия, Португалската република, Република Финландия, Кралство Швеция, Обединеното кралство Великобритания и Северна Ирландия (държави — членки на Европейския съюз) и Чешката република, Република Естония, Република Кипър, Република Латвия, Република Литва, Република Унгария, Република Малта, Република Полша, Република Словения, Словашката република относно присъединяването на Чешката република, Република Естония, Република Кипър, Република Латвия, Република Литва, Република Унгария, Република Малта, Република Полша, Република Словения, Словашката република към Европейския съюз (ОВ L 236, 2003 г., стр. 17).

9 — Според Комисията Словакия е трябвало да поиска приемането на преходна разпоредба в Акта за присъединяването си, която да потвърждава правото ѝ да продължи да запазва преносен капацитет за ATEL. По-нататък ще анализирам значението на този довод.

27. На 10 април 2006 г. Комисията изпраща на Словашката република официално уведомително писмо, последвано на 15 декември 2006 г. от мотивирано становище. В исковата си молба до Съда Комисията твърди, че приоритетният достъп, предоставен на ATEL по силата на договора, е в разрез със задълженията на Словашката република по член 9, буква д) и по член 20, параграф 1 от Директива 2003/54, отнасящи се до недискриминационния достъп до преносната мрежа.

разгледам въпроса дали такова третиране може да се обоснове съгласно Договора за Енергийната харта или по силата на член 307, първа алинея ЕО.

А — Предварителни въпроси

28. Съгласно практиката на Съда наличие то на неизпълнение на задължения от държава членка трябва да се преценява с оглед на положението на държавата членка към момента на изтичането на срока, даден в мотивираното становище, т.е. два месеца след 15 декември 2006 г.¹⁰.

30. По това дело възникват два предварителни въпроса: i) може ли Словашката република да носи отговорност за поведението на SEPS, и ii) може ли Съдът да задължи Словашката република да прекрати частноправен договор, за да премахне неизпълнението.

IV — Анализ

29. При анализа във връзка с това дело първо ще се спра на някои предварителни въпроси, след което ще разгледам дали третирането на ATEL от страна на Словашката република представлява дискриминация в разрез с Директива 2003/54. Ако това е така, на следващо място ще

31. По първия въпрос, макар никоя от страните да не повдига въпроса за собствеността на SEPS, изглежда Словашката република притежава 100 % от дяловете в SEPS¹¹. Ето защо Словашката република може да носи отговорност за неговото поведение, тъй като държавите членки носят отговорност за актовете на предприятията — държавна собственост¹².

32. По втория въпрос съгласно писмената защита на Словашката република нейният

10 — Решение от 27 ноември 1990 г. по дело Комисия/Гърция (C-200/88, Recueil, стр. I-4299, точка 13), Решение от 31 март 1992 г. по дело Комисия/Италия (C-362/90, Recueil, стр. I-2353, точка 10) и Решение от 7 март 2002 г. по дело Комисия/Испания (C-29/01, Recueil, стр. I-2503, точка 11).

11 — Вж. http://www.sepsas.sk/seps/en_Clanok012.asp?kod=128

12 — Вж. например Решение от 25 април 1996 г. по дело Комисия/Белгия (C-87/94, Recueil, стр. I-2043).

орган за енергийно регулиране (наричан по-нататък „URSO“) е дал отрицателно становище относно предоставения на ATEL приоритетен достъп, което е довело до промяна в практиката по предоставяне на достъп до мрежата. Съгласно приложените към писмената защита на Словашката република писма на председателя на URSO и председателя на SEPS, и двете от 10 юли 2009 г. и изготвени с оглед на настоящото производство, от 1 януари 2008 г. ATEL вече не разполага с приоритетен достъп до мрежата, а получава целия си капацитет чрез търг.

33. Комисията твърди, че това не е достатъчно, за да премахне неизпълнението, тъй като договорот между ATEL и SEPS продължава да съществува. Във връзка с това твърдение тя се позовава на обстоятелството, че съгласно постановеното от Съда административната практика не е достатъчна, за да се премахне неизпълнението.

34. По дело Комисия/Гърция Съдът постановява, че обикновените административни практики, които по естеството си подлежат на промяна по волята на администрацията, не освобождават държавата членка от задължението да премахне законите разпоредби, които противоречат на общностното право¹³. Съгласно тази съдебна практика единствено промяната в самия закон може да осигури преустановяване на нарушението.

35. По настоящото дело обаче неизпълнението на задължения произтича от уреден по австрийското право частноправен договор между две предприятия, а не от закон или подзаконен акт. Поради това не е ясно какви правни мерки по отношение на договора трябва да предприеме Словашката република като държава членка, за да премахне твърдяното неизпълнение. Решението по дело Комисия/Гърция само по себе си не може да се приложи към настоящото дело.

36. Следователно настоящият случай повдига интересни въпроси във връзка с това дали държавите членки са задължени да прекратят и неуреден от законите им норми частноправен договор, за да премахнат допуснатото от тях неизпълнение на задължения. Въпросът дали държавата членка е длъжна да прекрати договор, когато Съдът установи неизпълнение на задължения, се обсъжда основно в областта на обществените поръчки¹⁴. Според мен съдебната практика в тази област е с ограничено значение в настоящия случай, тъй като основният предмет на правната уредба на обществените поръчки е начинът на провеждане на процедурите и на възлагане на поръчките от публични образувания или в случай на използване на публични средства. В областта на електроразпределението това не е така.

37. Извън областта на обществените поръчки изглежда малко вероятно

13 — Решение от 14 юли 1988 г. (C-38/87, Recueil, стр. 4415, точки 9, 10, 12 и 16).

14 — Решение от 10 април 2003 г. по дело Комисия/Германия (C-20/01 и C-28/01, Recueil, стр. I-3609) и Решение от 28 октомври 1999 г. по дело Комисия/Австрия (C-328/96, Recueil, стр. I-7479).

държавата членка да бъде задължена да прекрати действителен частноправен договор. Всъщност такава действие би било в противоречие с принципа на правна сигурност и би могло да санкционира трети лица, които не отговарят за нарушение, извършено от държава членка. Принципи на европейското договорно право гласят, че нарушаването на закона води автоматично до недействителност на договор само в изключителни случаи. За да настъпи автоматична недействителност, е необходимо достатъчно сериозно нарушение на общ принцип на правото или на повелителна правна норма¹⁵.

38. Следва да се отбележи, че дори Словашката република да бе страна по договора, според мен тя не би имала правото едностранно да прекрати договора без съгласието на ATEL. От материалите по делото е видно, че ATEL подчертава правото си да се позовава на договора¹⁶.

Б — Налице ли е дискриминация съгласно Директива 2003/54?

39. Според Комисията запазването на част от преносния капацитет за определено предприятие е равностойно на

предоставянето на привилегировано положение на даден потребител в ущърб на останалите, което на свой ред представлява дискриминация между различни предприятия, които искат достъп до мрежата. В подкрепа на това твърдение тя се позовава на Решение по дело VEMW и др., в което Съдът постановява, че Директива 96/92 не допуска мерки за преференциално предоставяне на капацитет за трансграничен пренос на електроенергия, ако тези мерки не са били разрешени в съответствие с дерогацията, предвидена в член 24 от тази директива¹⁷.

40. Словашката република твърди, че след като ATEL е допринесло значително за изграждането на преносния електропровод Lemesany-Krosno, то се намира в различно положение в сравнение с останалите ползватели и различното му третиране няма да представлява дискриминация.

41. Съгласно установената съдебна практика общият принцип на равно третиране изисква да не се третират по различен начин сходни положения и да не се третират еднакво различни положения,

15 — Членове 15:101 и 15:102. Вж. http://frontpage.cbs.dk/law/Commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm

16 — В преписката по делото липсва обяснение защо договорът вече не се прилага между страните. Тъй като ATEL не е страна в настоящото производство, е невъзможно да се установи становището му по въпроса. Според мен е възможно да има основателни икономически или правни съображения, поради които ATEL не изисква прилагането на договора и същевременно не прави отказ от правата си по него.

17 — Решение от 7 юни 2005 г. (C-17/03, Recueil, стр. I-4983).

освен ако такова третиране не е обективно обосновано¹⁸.

42. Приоритетният достъп до 300 MW преносен капацитет по преносния електропровод Lemesany-Krosno представлява разлика в третирането между ATEL и останалите предприятия, които искат достъп до мрежата. Поради това възниква въпросът дали ATEL е в положение, сходно с това на посочените предприятия.

1. Винаги ли приоритетният достъп представява дискриминация? — Логиката, обоснована в Решение по дело VEMW и др.

43. Дело VEMW и др. се отнася до запазването на част от капацитета на трансграничната мрежа за внос на електроенергия в Нидерландия в полза на дружество, бивш монополист (Samenwerkende Elektriciteits Produktiebedrijven NV, впоследствие

известно с наименованието Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV (наричано по-нататък „SEP/NEA“), натоварен с изпълнението на задачи от общ икономически интерес, изразяващи се в обезпечаване на снабдяването с електроенергия в Нидерландия за целите на последващи продажби на разумни цени. С оглед на това преди влизането в сила на Директива 96/92 SEP/NEA е сключило различни международни договори за внос на електроенергия, вследствие на което се е нуждало от капацитета, запазен за него. На това основание то твърди, че се намира в различно положение от други оператори, поради което няма дискриминация.

44. Съдът мълчаливо отхвърля този довод, като заявява, че след като SEP/NEA вече не изпълнява тази задача след влизането в сила на Директива 96/92 и на съответния национален закон за транспонирането ѝ, то се намира в сходно положение с останалите оператори.

45. След това Съдът пристъпва към разглеждане на въпроса дали различното третиране е обосновано¹⁹, като стига до извода, че не е. В това отношение Съдът се позовава на член 24 от Директива 96/92, който предвижда правото на държавите членки да дерогират общите разпоредби на директивата. Съдът постановява, че държавите членки не могат едностранно да прилагат различно третиране спрямо вносителите на електроенергия на основания, които е възможно да съставляват

18 — Решение от 20 септември 1988 г. по дело Испания/ Съвет (C-203/86, Recueil, стр. 4563, точка 25), Решение от 17 април 1997 г. по дело EARL de Kerlast (C-15/95, Recueil, стр. I-1961, точка 35), Решение от 13 април 2000 г. по дело Karlsson и др. (C-292/97, Recueil, стр. I-2737, точка 39), Решение от 12 март 2002 г. по дело Omega Air и др. (C-27/00 и C-122/00, Recueil, стр. I-2569, точка 79 и цитираната съдебна практика), Решение от 12 декември 2002 г. по дело Rodriguez Caballero (C-442/00, Recueil, стр. I-11915, точка 126), Решение от 6 март 2003 г. по дело Niemann (C-14/01, Recueil, стр. I-2279, точка 49), Решение от 9 септември 2003 г. по дело Milk Marque и National Farmers' Union (C-137/00, Recueil, стр. I-7975, точка 126), както и Решение от 14 април 2005 г. по дело AEM и AEM Torino (C-128/03 и C-129/03, Recueil, стр. I-2861, точка 58 и цитираната съдебна практика).

19 — Решение по дело VEMW и др. (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 54).

дерогация по Директива 96/92²⁰, тъй като това би застрашило полезното действие както на член 24, така и на самата директива²¹. Поради това по същество Съдът изглежда прави извода, че дискриминацията по тази директива никога не може да бъде обоснована, освен в случай че е била предоставена дерогация²².

46. Твърди се, че ако във връзка с това дело се възприеме тълкуването, че то установява общ принцип, по силата на който приоритетният достъп винаги съставлява дискриминация, освен при предоставена дерогация, в подкрепа на което се изказва Комисията, това тълкуване би се оказало твърде широко, а и нежелателно.

47. Първата критика засяга третирането на положенията, в които дерогацията е невъзможна. От техническа гледна точка логиката на Решение по дело VEMW и др. не може да се приложи в случаи, при които дерогацията е невъзможна, с което се създава времеви интервал и се стига до дискриминационно третиране на инвеститорите в зависимост от момента на извършване на инвестицията. В този смисъл инвестициите, направени преди изтичането на дерогационната разпоредба в Директива 96/92 (а именно 20 февруари 1998 г.), и инвестициите, направени след влизането в сила на Регламент № 1228/2003 (а именно 1 юли 2004 г.), могат да бъдат освободени

от дискриминационните разпоредби, за разлика от инвестициите, направени между тези две дати. Основателно се отбелязва, че този резултат буди недоумение²³.

48. Втората критика е свързана с обстоятелството, че е възможно да има основания независимите инвеститори да се третират различно от други предприятия, искащи достъп до преносните електропроводи. Инвестициите в енергетиката са важни, тъй като този сектор изисква изграждането на нови преносни електропроводи, както и развитието на съществуващите технологии²⁴. Осъществяването на тези проекти е и много скъпо²⁵. Тъй като електрическите мрежи са естествени монополи²⁶, е желателно от гледна точка на пазарната либерализация в мрежите да инвестират частни предприятия, тъй като това ще допринесе за разпадането на бившите монополи. Освен това Комисията вече е заявявала, че запазването на капацитет, за да се подсилят инвестиции, не

20 — Пак там (точка 61).

21 — Пак там (точки 58 и 61—63).

22 — Изглежда Комисията тълкува по този начин Решение по дело VEMW и др., посочено по-горе. Вж. работен документ на службите на Комисията относно Решение на Съда на Европейските общности от 7 юни 2005 г. по дело C-17/03, SEC (2006) 547, 26 април 2006 г.

23 — *Talus*, K. Role of the European Court of Justice in the Opening of Energy Markets. ERA Forum, 2007, vol 8, p. 435.

24 — Вж. например общоевропейския 10-годишен инвестиционен план, уреден с Регламент № 1228/2003.

25 — *Talus*, K., *Wälde*, T. Electricity interconnectors in EU law: energy, security, long term infrastructure contracts and competition law — *European Law Review*, 2007, vol 32, № 1, p. 133.

26 — *Helm*, D. Energy, the State and the Market — *British Energy Policy since 1979*. Oxford University Press. 2003, p. 407.

е нарушение на конкуренцията съгласно член 81 ЕО и не противоречи на член 82 ЕО²⁷.

49. Въпреки че споделям тези опасения, според мен логиката, възприета в Решение по дело VEMW и др., посочено по-горе, по-добре съответства на цялостната логика на системата на пазарна либерализация, следвана от законодателя в областта на енергийната политика.

50. Целта на енергийната политика на ЕС е отварянето на пазарите, увеличаването на конкуренцията и създаването на равни условия, като се преустанови предоставянето на преференциално третиране на бившите монополи²⁸. За постигането на тази цел от основно значение е принципът на равен достъп²⁹.

51. Трябва обаче да се постигне равновесие между целта за либерализация и необходимостта от насърчаване на

инвестициите в сектора на енергетиката³⁰, тъй като това е особено важно за обезпечаването на сигурността на снабдяването в ЕС³¹.

52. Според мен целта да се насърчават инвестициите не е застрашена от Решение по дело VEMW и др., посочено по-горе, или от Директива 2003/54, тъй като те не въвеждат пълна забрана за дискриминация³². Всъщност в Директива 2003/54 законодателят отчита необходимостта от закрила на инвестициите при определени обстоятелства³³. В този смисъл член 7 от Регламент № 1228/2003 предвижда, че новите междусистемни електропроводи биха могли, при поискване, да бъдат освободени от разпоредбите на член 20 от Директива 2003/54 при условията, упоменати в този член. По смисъла на посочения регламент междусистемен електропровод

27 — Дело COMP/E- 3/37.921 — Viking Cable, ОВ C247, 2001 г., стр. 11. Вж. също XXXIII доклад на Комисията относно политиката в областта на конкуренцията за 2003 г., стр. 202.

28 — Съображения 1—5 от Директива 2003/54. Вж. също Решение от 22 май 2008 г. по дело citiworks (C-439/06, Сборник, стр. I-3913, точка 38), както и Решение от 9 октомври 2008 г. по дело Sabatauskas и др. (C-239/07, Сборник, стр. I-7523, точка 31).

29 — Вж. заключението на генералния адвокат Stix-Hackel, представено по дело VEMW и др. (посочено в бележка под линия 17, точка 58).

30 — Вж. по-специално Зелената книга на Комисията „Европейска стратегия за устойчива, конкурентоспособна и сигурна енергетика“, 8 март 2006 г., COM(2006) 105 окончателен, в която Комисията заявява, че политиката на ЕС в областта на енергетиката има за цел установяването на вътрешен пазар на електроенергията, който да бъде интегриран, устойчив, конкурентоспособен и сигурен.

31 — В този смисъл Директива 2005/89/ЕО от 18 януари 2006 година относно мерки за гарантиране сигурност на доставките на електрическа енергия и инфраструктурните инвестиции (ОВ L33, 2006 г., стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 51, стр. 309) има конкретната цел да осигури достатъчни инвестиции в производствения капацитет за електроенергия, който да обезпечи адекватен баланс между предлагане и търсене.

32 — Интересно е също да се отбележи, че Директива 2009/72 — новата директива, която отменя Директива 2003/54, съдържа изрични разпоредби за насърчаване координирането на инвестиционното планиране в ЕС между държавите членки (вж. Съобщение на Комисията до Парламента 2007/0195 COD).

33 — Член 7 от Регламент № 1228/2003, който се прилага от 1 юли 2004 г.

е преносен електропровод, който пресича граница между държавите членки³⁴.

инвестициите, каквото именно е било намерението на законодателя.

53. В този смисъл системата позволява различно третиране в някои случаи, но в рамки, които са под окончателния контрол на Комисията. Съгласно процедурата по член 7 от Регламент № 1228/2003 регулаторният орган, след като разгледа всеки отделен случай, може да разреши освобождаването от член 20 от Директива 2003/54 за инвестиции в нови междусистемни електропроводи за прав ток. Същевременно държавите членки могат да предвидят тези регулаторни органи да представят на релевантния орган в държавата членка за официално решение становище по молбата за освобождаване³⁵. Решението за освобождаване следва да бъде нотифицирано на Комисията, за да може тя да го разгледа. След като разгледа нотификацията, Комисията може да поиска от съответния регулаторен орган на държавата членка да измени или отмени решението си за освобождаване³⁶.

54. С оглед на гореизложеното общото правило, че приоритетен достъп не се допуска, освен ако е разрешен по силата на съответна дерогация, според мен представлява разумен подход при уравновесяването на пазарната либерализация с необходимостта да се привличат и закрилят

2. Случаят на ATEL и независимите инвеститори

55. Следователно доводът на Словашката република, че инвеститорите са в различно положение, не може да се приеме.

56. Това е така, въпреки че този извод поражда по-сериозни последици за дружеството в настоящия случай отколкото по делото VEMW и др. В този случай SEP/NEA е могло да продава извън Нидерландия електроенергията, която се е задължило да изкупи съгласно сключените международни договори³⁷, докато по настоящото дело няма основания да се приеме, че ATEL ще се разпорежи със своите приоритетни договорни права за достъп, тъй като те биха изгубили стойност.

57. Да се позволи обаче различно третиране на инвеститорите би означавало да се даде възможност на малка група

34 — Член 2, параграф 1 от Регламент № 1228/2003.

35 — Член 7, параграф 4, буква а) от Регламент № 1228/2003.

36 — Член 7, параграф 5 от Регламент № 1228/2003.

37 — Решение по дело VEMW и др. (посочено в бележка под линия 17, точка 83). Съдът упоменава и възможността националният оператор да търси обезщетение от властите, поради това че не е поискал дерогация в съответствие с член 24 от Директива 96/92 (вж. точка 86).

предприятия да придобият приоритетен достъп, което е в разрез както със самите цели на Директива 2003/54, така и с енергийната политика на ЕС като цяло.

58. АТЕЛ е просто още едно предприятие, което иска достъп до мрежата с цел пренос на електроенергия до неговите клиенти. В този смисъл то е в конкуренция с редица други потенциални доставчици на електроенергия, поради което следва да се счита, че се намира в сходно с тяхното положение.

59. Поради това смятам, че приоритетното третиране в настоящия случай представлява дискриминация по смисъла на Директива 2003/54 и следва да се провери дали това третиране е обосновано.

В — Обосновка

1. Договорът за Енергийната харта

60. Основен аргумент на Словашката република в подкрепа на привилегиования достъп, предоставен на АТЕЛ, са задълженията, произтичащи от Договора за Енергийната харта. Тя правилно заявява, че Директива 2003/54 следва да се тълкува

в съответствие със задълженията на ЕС, произтичащи от Договора за Енергийната харта³⁸. Освен това, тъй като Договорът за Енергийната харта е смесено споразумение, ЕС е правнообвързан от задълженията за справедливо и равноправно третиране и недопускане на експроприация, съдържащи се в този договор и наподобяващи материалноправните разпоредби на споразумението за закрила на инвестициите.

61. Според мен обаче подробните разпоредби, съдържащи се в Директива 2003/54, които са предмет на задълбочено тълкуване в Решение по дело VEMW и др., посочено по-горе, не могат да се обезсилят от по-общите разпоредби, съдържащи се в Договора за Енергийната харта³⁹. Това се отнася в още по-голяма степен за тълкуване, което цели с обратна сила да установи освобождаване от разпоредбите за недопускане на дискриминация, за което няма възможност съгласно Директива 2003/54.

62. При това положение остава открит въпросът относно преките задължения на ЕС като страна по Договора за Енергийната харта.

63. Според мен Договорът за Енергийната харта не предоставя по-голяма закрила на инвеститорите в сравнение с договора за закрила на инвестициите. Не може да се приеме, че законодателната уредба на ЕС в областта на енергетиката, очертана от Директива 2003/54 и Регламент № 1228/2003, не постига стандартите, изисквани съгласно Договора за Енергийната харта, що се отнася до инвестициите, които *ratione*

38 — Решение от 10 септември 1996 г. по дело Комисия/Германия (C-61/94, Recueil, стр. I-3898, точка 52).

39 — Решение от 16 юли 1998 г. по дело Scotch Whisky Association (C-136/96 Recueil, стр. I-4571, точка 47).

temporis попадат под действието на тези законодателни актове. Наред с това, що се отнася до владенето и закрилата на инвестиции, общото ниво на закрила на основните права, предвидено от правото на ЕС, предоставя на инвеститорите закрила, отговаряща на задължителните изисквания по член 10, параграф 1 и член 13, параграф 1 от Договора за Енергийната харта⁴⁰.

64. В настоящия случай, тъй като договорът се ползва от закрилата по член 307, първа алинея ЕО, както ще установя по-нататък, по отношение на ATEL ЕС не действа в разрез със задълженията си по Договора за Енергийната харта. Поради това изглежда не се налага по-подробно разглеждане на тълкуването на Договора за Енергийната харта.

2. Дерогация

65. Комисията твърди, че в Акта за присъединяването си Словашката република е трябвало да договори дерогация във връзка с договора.

66. Според мен обаче не е могло да се очаква Словашката република да договори дерогация относно разпоредба, чийто статут от гледна точка на правото на ЕС не е сигурен. Към момента на присъединяването не е било ясно, че режимът на приоритетно третиране ще съставлява дискриминация по смисъла на Директива 2003/54. Първо, към момента на преговорите във връзка с Договора за присъединяване Решение по дело VEMW и др., посочено по-горе, все още не е постановено⁴¹. Нещо повече, по това дело нидерландското, френското и финландското правителство, както и Комисията заемат позицията, че разглежданите по него мерки за приоритетен достъп не представляват дискриминация⁴². В допълнение, в годишния си доклад по въпросите на конкуренцията за 2003 г. изглежда Комисията застъпва становището, че договорите отпреди либерализацията запазват действието си, макар и да бъдат загриженост от гледна точка на конкуренцията⁴³. Съмнително е дали държавите членки и Комисията биха се съгласили да се предостави дерогация на страна — кандидатка за членство, по време на преговорите за присъединяване, ако по силата на тази дерогация се възприеме тълкуване на *достиганията на правото на ЕС*, което те не споделят в този момент.

67. От друга страна, ако договорът се ползва от закрила по член 307, първа алинея ЕО, предположенията във връзка с преговорите в процеса на присъединяване

40 — Що се отнася до закрилата на инвестициите на ATEL, не мисля, че би имало такава приемственост в задълженията между Словакия и ЕС, при която ЕС да носи специални задължения по Договора за Енергийната харта по отношение на инвеститор, направил инвестиция на територията на договаряща страна, преди тя да се е присъединила към ЕС.

41 — Договорът за присъединяване, част от който е Актът за присъединяване, е подписан в Атина на 16 април 2003 г. Големият състав на Съда обявява Решение по дело VEMW и др., посочено по-горе, на 7 юни 2005 г.

42 — Точка 39.

43 — XXXIII доклад на Комисията относно политиката в областта на конкуренцията за 2003 г., стр. 202.

биха изгубили значение, тъй като в този случай Словакия не би имала нужда от освобождаване.

Г — Член 307 ЕО: международни задължения, поети преди присъединяването

68. Комисията твърди, че от споразумение, сключено преди присъединяването — по смисъла на член 307 ЕО, не възниква никакво задължение, поради което такова споразумение не може да обоснове дискриминационното третиране на ATEL.

1. Представлява ли договорът инвестиция, която да бъде годин обект на закрила по Споразумението за закрила на инвестициите?

69. Споразумението за закрила на инвестициите се прилага за инвестиции, определени като „всякакви видове активи“, и за неизчерпателен списък на други възможни примери за инвестиции, който включва „парични вземания и права с предмет каквито и да са престации с икономическа стойност“⁴⁴.

⁴⁴ — Член 1, параграф 2, буква в) от Споразумението за закрила на инвестициите.

70. В настоящия случай ATEL придобива право на пренос с определен капацитет по електропровода Lemesany-Krosno, заплащайки над половината от разходите за изграждането му, както и преносна такса на цена, която следва да се изчисли в съответствие с разпоредбите на договора. В замяна на това SEPS се задължава да предостави този капацитет на ATEL, когато последното се нуждае от него, т.е. на преференциална основа SEPS трябва да предостави услуга като оператор на преносна мрежа. Придобитото по този начин право на ATEL е с икономическа стойност, тъй като гарантира достъпа до словашката преносна мрежа, от който ATEL се нуждае, за да може да продава електроенергия от/през Унгария в Полша.

71. Следователно е налице инвестиция по смисъла на член 1, буква в) от Споразумението за закрила на инвестициите.

2. Поражда ли Споразумението за закрила на инвестициите задължение по смисъла на член 307 ЕО?

72. Член 307 ЕО има за цел да установи равновесие между, от една страна, правата на трети страни, придобити преди момента на присъединяване (съгласно член 307, първа алинея ЕО), и отстраняването на случаите на несъответствие с Договора за ЕС, които могат да възникнат от тези права, от друга страна, по силата на задължението на държавите членки да предприемат

всички необходими мерки за премахване на несъответствията между споразуменията, сключени преди присъединяването, и задълженията към ЕС (съгласно член 307, втора алинея ЕО)⁴⁵. Съвсем неотдавна в практиката на Съда предмет на разглеждане бе последното задължение, установено по силата на член 307, втора алинея ЕО⁴⁶. Настоящият случай обаче е съсредоточен единствено върху член 307, първа алинея ЕО, тъй като Комисията не се позовава на член 307, втора алинея ЕО.

73. Съгласно член 307, първа алинея ЕО правата и задълженията, произтичащи от споразумение, сключено между държава членка и трета страна преди датата на присъединяване на първата, не се засягат от разпоредбите на Договора⁴⁷. Следователно посочената разпоредба решава противоречието между двете несъвместими задължения в полза на по-ранното и по този начин кодифицира принципа на международното право, че по-късният договор, който е в противоречие с по-ранен договор, не може законосъобразно да засегне правата на държава, която е страна само по по-ранния договор⁴⁸.

74. Въпреки че член 307, първа алинея ЕО упоменава единствено задълженията на държавите членки, той не би постигнал целта си, ако не съдържаеше и имплицитно задължение за общностните институции да не препятстват изпълнението на задълженията на държавите членки, които произтичат от по-ранно споразумение⁴⁹.

75. Освен това член 307, първа алинея ЕО няма за последица предоставянето — на частноправните субекти, които се позовават на споразумение, сключено преди присъединяването — на права, които националните съдилища на държавите членки трябва да защитават, но и не накърнява правата, които частноправните субекти могат да извличат от такова споразумение⁵⁰.

76. В настоящия случай е ясно, че съгласно споразумението за закрила на инвестициите Словакия има задължение към Швейцария да закриля инвестициите, направени от швейцарски инвеститори в Словакия. Освен това Споразумението за закрила на инвестициите очевидно също предоставя права съгласно международното право на инвеститорите, които могат

45 — Решение от 4 юли 2000 г. по дело Комисия/Португалия (C-62/98, Recueil, стр. I-5171, точка 50).

46 — Вж. например Решение от 3 март 2009 г. по дело Комисия/Австрия (C-205/06, Сборник, стр. I-1301), Решение от 3 март 2009 г. по дело Комисия/Швеция (C-249/06, Сборник, стр. I-1335) и Решение от 19 ноември 2009 г. по дело Комисия/Финландия (C-118/07, Сборник, стр. I-10889).

47 — Вж. също Решение от 3 март 2009 г. по дело Комисия/Австрия, посочено по-горе (точка 33 и цитираната съдебна практика).

48 — Член 34 от Виенската конвенция.

49 — Решение от 14 октомври 1980 г. по дело Burgoa (812/79, Recueil, стр. 2787, точка 9).

50 — Решение по дело Burgoa (посочено по-горе в бележка под линия 49, точка 10). Принципът на „ненамеса“ е ясно формулиран от генералния адвокат Sapotorti в неговото заключение (стр. 2), когато той констатира, „[...] че първата алинея на член 234 с нищо не обогатява първоначалната правна уредба на правата и задълженията, произтичащи от по-ранни споразумения между държавите членки и страни, които не са членки, като тези права и задължения остават изцяло извън правото на Общността. В крайна сметка дори разглежданата разпоредба да не бе включена в Договора, завареното правно положение на отношенията с държави, които не са членки, би останало в същата степен незащегнато“.

да се позовават на арбитражната клауза, съдържаща се в него, срещу договаряща страна, независимо от правното действие на споразумението за закрила на инвестициите в националните правни системи на договарящите страни и без да се налага търсенето на дипломатическа защита съгласно международното публично право.

договора няма да представлява i) нарушение на справедливото и равноправно третиране съгласно разпоредбите относно инвестициите по споразумението за закрила на инвестициите или ii) експроприация по споразумението за закрила на инвестициите.

77. Тъй като правата на частноправните субекти, произтичащи от международно споразумение, сключено преди присъединяването, остават незасегнати, щом Словашката република има задължения по споразумението за закрила на инвестициите във връзка с ATEL, които не може да изпълни, ако приложи Директива 2003/54 в съответствие с тълкуването на Съда в Решение по дело VEMW и др., посочено по-горе, тогава Словашката република може да се позове в своя защита на член 307, първа алинея ЕО, поради което дискриминационното третиране е обосновано.

79. Следва да се отбележи общо, че Съдът не е компетентен да тълкува Споразумението за закрила на инвестициите. Тази задача попада в изключителната компетентност на арбитражните съдилища, които се създават от договаряща страна и инвеститор на друга договаряща страна в съответствие с член 9 от Споразумението за закрила на инвестициите или от договарящите страни в съответствие с член 10. Същото се отнася и за тълкуването на договора. Освен това арбитражните клаузи по споразумението за закрила на инвестициите и по договора пораждат и риска изводите, до които достига компетентният арбитражен съд при анализа на тези разпоредби, да се различават от тези на Съда.

78. Комисията твърди, първо, че между правото на ЕС и самото споразумение за закрила на инвестициите няма противоречие, тъй като никоя от разпоредбите на споразумението за закрила на инвестициите не е несъвместима с правото на ЕС. Освен това Комисията отрича, че такова задължение възниква от споразумението за закрила на инвестициите, тъй като Словакия не е длъжна по силата на това споразумение да остави договора в сила. Комисията заявява, че прекратяването на

80. За целите на настоящото производство за установяване на неизпълнение на задължения от държава членка обаче Съдът трябва да възприеме подход на определено „тълкувателно възстановяване“ на елементите от правното положение, създадено от тези предприятия, за да определи дали е налице задължение по смисъла

на член 307, първа алинея ЕО⁵¹. Независимо от това, за Съда тези правни елементи представляват обстоятелства, свързани с твърдяното неизпълнение, а не правни норми, които подлежат на тълкуване от него.

81. Когато от Съда се иска да тълкува международни договори, той прави това в съответствие с член 31 от Виенската конвенция. Съгласно член 31 от Виенската конвенция договорът трябва да се тълкува добросъвестно, в съответствие със значението, което следва да се дава на термините на договора в техния контекст, а също така в духа на обекта и целите на договора. Във връзка с това наред с контекста се вземат под внимание всички релевантни норми на международното право, приложими към отношенията между страните.

82. Съгласно член 31, параграф 4 от Виенската конвенция при тълкуване на разпоредбите на международен договор е важно да се вземе под внимание специалното значение, което страните са имали намерение да придадат на даден термин. В настоящия случай е ясно, че страните по Споразумението за закрила на инвестициите са имали намерение да придадат на понятията в споразумението за закрила

на инвестициите значението, вложено от арбитражните съдилища и от Международния център за разрешаване на инвестиционни спорове (наричан по-нататък „МЦРИС“), тъй като Споразумението за закрила на инвестициите се позовава изрично на разрешаването на спорове от арбитражен съд, създаден в съответствие с процедурите по споразумението за закрила на инвестициите, или чрез отнасянето им пред МЦРИС⁵². Въпреки че в арбитражните производства доктрината на обвързващия прецедент не е ясно изразена, в констатациите си арбитражните съдилища обикновено се позовават на решенията на други съдилища.

83. Предметът и целта на споразумението за закрила на инвестициите, както е упоменато във въвеждащите му разпоредби, е създаването и поддържането на благоприятни условия за инвестиции, както и насърчаването и закрилата им. Освен това член 3 от Споразумението за закрила на инвестициите изрично посочва, че договарящите страни насърчават инвестициите в рамките на своята територия.

84. Член 4 от Споразумението за закрила на инвестициите определя начина на третиране и закрила на инвестициите след тяхното допускане. Във връзка със закрилата на инвестициите са разпоредбите относно отчуждаването, закрепени в член 6 от Споразумението за закрила на инвестициите. Ще разгледам последователно всеки от тези членове.

51 — Вж. Решение от 2 август 1993 г. по дело *Levy* (C-158/91, Recueil, стр. I-4287), в което Съдът приема, че за да се установи дали норма на Общността може да бъде лишена от действие поради наличието на по-ранна договореност, „е необходимо да се провери дали споразумението налага на съответната държава членка задължения, чието изпълнение все още може да бъде изискано от държавите, страни по него, които не са членове“ (точка 13). Вж. също Решение от 14 януари 1997 г. по дело *Centro-Com* (C-124/95, Recueil, стр. I-81, точка 57), както и Решение от 10 март 1998 г. по дело *T Port* (C-364/95 и C-365/95, Recueil, стр. I-1023, точка 60).

52 — Член 9, параграф 3 от Споразумението за закрила на инвестициите.

а) „Справедливо и равноправно третиране“ по член 4 от Споразумението за закрила на инвестициите

85. Във връзка с член 4 от Споразумението за закрила на инвестициите Комисията заявява, че ATEL не е могло оправдано да очаква правната уредба да остане непроменена. По-специално то е трябвало да отчете предстоящото присъединяване на Словашката република към ЕС, тъй като тя вече е сключила Европейското споразумение и е подала молбата си за присъединяване.

86. Словашката република твърди, че към момента, в който е направило инвестицията през 1997 г., ATEL не е можело да предвиди датата, на която Словашката република ще се присъедини. При всички положения то не е очаквало да бъде лишено от инвестицията си, особено предвид факта че политиката на ЕС към този момент свидетелства за желание да се развива електропреносният капацитет, включително извън Европа, вследствие приемането на Директива 90/547/ЕИО⁵³.

87. Вярно е, че хронологията на присъединяването на Словашката република се отличава от тази на останалите страни, които се присъединяват по същото време. Словашката република подписва Споразумението за асоцииране на 4 октомври 1993 г. и словашкият министър-председател внася молбата за присъединяване към ЕС на заседанието на Европейския съвет

в Кан на 27 юни 1995 г. Словашката република обаче е поканена да започне преговори за присъединяване към ЕС едва през декември 1999 г. на Европейския съвет в Хелзинки. Този момент е по-късен от датата, на която първата група държави — кандидатки за членство, присъединили се към ЕС по същото време като Словашката република, са поканени за преговори⁵⁴.

88. Тази хронология може да бъде основание да се смята, че през 1997 г. инвеститорите не са могли да бъдат сигурни или да предвидят дали и на коя дата Словашката република ще се присъедини към ЕС, тъй като положението ѝ е все още неясно.

89. Въпреки това следвало ли е ATEL да очаква, че правната уредба няма да се промени?

90. От текста на член 4 от Споразумението за закрила на инвестициите е видно, че при закрилата на инвестициите приемащата държава не трябва да възпрепятства инвестициите чрез неоправдани или дискриминационни мерки. Освен това той изисква приемащата държава да третира инвестициите справедливо и не по-неблагоприятно от инвестициите, направени от собствените ѝ инвеститори.

53 — Директива 90/547/ЕИО на Съвета от 29 октомври 1990 година за транзита на електроенергия през преносните мрежи (ОВ L 313, 1990 г., стр. 30).

54 — През декември 1997 г. Европейският съвет в Люксембург взима решение за започване на преговори за присъединяване с шест страни кандидатки (Чешката република, Кипър, Естония, Унгария, Полша и Словения) през 1998 г. Заключения на председателството — Европейски съвет в Люксембург, 12–13 декември 1997 г.: Съвет на Европейския съюз, 16 април 2004 г. SN400/97. Достъпни на уебсайта: <http://ue.eu.int/en/info/eurocouncil/>.

91. Като цяло предоставеното от член 4 ниво на закрила според мен не показва, че правната уредба и условията за стопанска дейност изобщо не подлежат на промяна, а просто че измененията не трябва да са произволни и не трябва да засягат необосновано чуждестранния инвеститор и да водят до дискриминирането му в сравнение с националните инвеститори, които правят инвестиции на територията на страната.

92. Този извод изглежда се потвърждава от арбитражната практика. По принцип е налице задължение за въздържане от промяна на правния и икономическия контекст, при които са направени инвестициите⁵⁵. Що се отнася до инвестициите в страна, която е в период на преход след падането на комунистическия режим, арбитражните съдилища обаче приемат, че инвеститорите нямат оправдани правни очаквания, че законодателството няма да претърпи промени⁵⁶. В тези случаи би могло да се очаква инвеститорът да смекчи опасността от нестабилната правна среда, предвиждайки стабилизационна клауза

или друга защитна разпоредба срещу неблагоприятни промени. В противен случай би могъл да се направи изводът, че инвеститорът поема претеглен икономически риск, като приема, че е изправен пред възможна промяна в закона, която може или има вероятност да се окаже неблагоприятна за неговите интереси и инвестиции⁵⁷.

93. От тези случаи следва, че законодателните промени трябва да са направени конкретно с цел да се увредят инвестициите⁵⁸, освен когато държавата е поела ангажимент за обратното, като по този начин е подтикнала инвеститорите да направят инвестиции.

94. Въпреки това обаче не съм убеден, че промяната в правната уредба, пред която е изправено ATEL, не е необоснована, тъй като това дружество е изправено пред заплахата от пълно заличаване на насрещната престация за направената от него инвестиция.

95. Като пример за промяна в правната уредба, срещу която частният инвеститор не се ползва от закрила, може да се

55 — Вж. например окончателното решение по арбитражно дело *Occidental Exploration and Production Company c/y Република Еквадор* на Лондонския международен арбитражен съд (дело № UN 3467).

56 — По дело *Parkerings-Compagniet c/y Република Литва* (Арбитражно дело на МЦПИС № ARB/05/8) относимите факти настъпват в периода 1991—1999 г. „след постепенния преход на Литва в периода 1991—1997 г. от съветска република към кандидат за членство в ЕС и пазарна икономика“ (точка 51 от арбитражното решение). По делото *Eastern Sugar c/y Чешка република* (SCC [Стокхолмска търговска камара] № 088/2004) арбитражният съд установява, че самото въвеждане на режим за захарта, подобен на режима на ЕС за захарта, с оглед на присъединяването на Чешката република към ЕС, не съставлява нарушение на стандарта за справедливо и равноправно третиране, обаче е налице нарушение, когато законодателството е насочено несправедливо и при условията на неравнопоставеност към въпросното дружество (точки 271—274, 284—287 и 333—338). Вж. също арбитражно решение по дело *Genin c/y Естония* (Арбитражно дело на МЦПИС № ARB/99/2) (точка 356).

57 — Арбитражно решение по дело *Parkerings* (точка 336).

58 — Вж. например арбитражно решение по дело *Parkerings* (точка 337) и арбитражно решение по дело *Eastern Sugar* (точка 335).

посочи случаят, при който чуждестранна пътническа агенция участва във финансирането на курортно селище срещу правото да използва до 20% от неговата леглова база в продължение на 20 години. Привлекателността на курортното селище се дължи на близостта му с естествена защитена зона. Ако курортното селище загуби рентабилността си поради нова правна уредба, забраняваща достъпа на туристи в защитената зона, не може да се твърди, че оправданите правни очаквания на инвеститора биха били накърнени, освен ако съответната държава е взела пряко или непряко участие в сделката или е поела по друг начин ангажимент за запазване на статуквото. От друга страна, ако държавата, за да насърчи достъпа при равни условия до защитената зона, въведе нова правна уредба, съгласно която всички пътнически агенции следва да се ползват при равни условия от легловата база в новия курорт, положението трябва да се прецени по различен начин. Инвеститорът не е длъжен да предвижда промени в нормативната уредба, които превръщат законосъобразните частни инвестиции в общо благо, поради което за него те изгубват стойността си.

е придобило вследствие на направената инвестиция⁵⁹.

б) Експроприацията по член 6 от Споразумението за закрила на инвестициите

97. Член 6 от Споразумението за закрила на инвестициите гласи, че договарящите страни не предприемат срещу инвестициите преки или непреки мерки на експроприация, национализация или други мерки от същото естество или със същите последици, освен ако са постановени в обществен интерес, на недискриминационно основание, при надлежните процесуални гаранции и е платено ефективно и адекватно обезщетение.

98. Комисията твърди, че член 6 от Споразумението за закрила на инвестициите не установява международно задължение договорът да бъде оставен в сила, тъй като нарушаването на договора не съставлявало експроприация. Тя сочи, че е рядкост

96. При това положение, дори да е следвало АТЕЛ да очаква промени в правната уредба, не е сигурно, че то е следвало да предвиди промяна в правната уредба, която го лишава от възможността да се ползва приоритетно от собствеността, която

59 — Според мен правото на АТЕЛ по силата на договора може да представлява право на собственост по смисъла на член 1 от Първия допълнителен протокол към Европейската конвенция за правата на човека. За широкото понятие „собственост“, закриляна по член 1 от Първия протокол към Европейската конвенция за правата на човека, вж. *Harris, D. Law of the European Convention on Human Rights*, p. 656–662. Относно съдебната практика във връзка с инвестициите вж. например Решение по дело *Stran Greek Refineries и Stratis Andreadis/Гърция* (Жалба № 13427/87), от 9 декември 1994 г.

намесата на държавата в правата на страна по договор във връзка с инвестиции да съставлява непряка експроприация.

на член 6 от Споразумението за закрила на инвестициите, е ясно, че действията на Словашката република за прекратяване на договора ще засегнат правата на ATEL: то ще бъде лишено от *единствената* печалба, която има от инвестицията⁶¹.

99. Словашката република отбелязва, че подобно положение съставлявало непряка експроприация. Според нея експроприацията се състои в действия на държавата, които влияят отрицателно върху управлението, владението и стойността на инвестициите, и тя е налице, ако публичната мярка е необратима, постоянна и засяга инвестицията по такъв начин, че част от нея престава да съществува⁶⁰.

100. Член 6 от Споразумението за закрила на инвестициите е формулиран широко. Той включва не само пряката и непряка експроприация, а и мерки със същите последици. Следователно той изглежда предвижда широка закрила на инвестициите.

102. Комисията твърди, че експроприацията не е незаконна, тъй като член 6 от Споразумението за закрила на инвестициите предвижда изплащането на обезщетение в случай на експроприация. Следователно според нея няма задължение за въздържане от експроприация, а задължение да не се прилага експроприация *без обезщетение*. Според Комисията виждането, че това е условие, което може да обоснове наличието на дискриминационно третиране, би означавало да се прецени като приемлив довод, който се позовава на финансова

101. В настоящия случай, предвид посоченото значение на експроприацията, както и предвид широката формулировка

60 — Арбитражно решение по дело Plama Consortium Limited c/у Република България (Арбитражно дело на МЦПИС № ARB/03/24).

61 — Интересно е да се отбележи, че необходимостта от спазване на правото на ЕС не винаги обосновава мерките, постановявани от приемащата държава, които не са в съответствие с двустранен инвестиционен договор. В този смисъл по делото ADCIADMC c/у Унгария арбитражният съд не приема, че спазването на общностното право (наземното обслужване на летище Будапеща е трябвало да се хармонизира с Директива 96/97/ЕО, а контролът на въздушното движение е трябвало да се отдели от услугите по експлоатацията на летището в съответствие с общностното право) налага мерките, постановени от приемащата държава срещу чуждестранния инвеститор. Приема се, че тези мерки представляват експроприация, поради което са в разрез със задълженията на Унгария по разглеждания двустранен инвестиционен договор. Вж. арбитражно решение по дело ADCIADMC c/у Унгария (МЦПИС № ARB/03/16).

тежест, което е в противоречие с практиката на Съда⁶².

обществен интерес при пълно зачитане на правата на човека и на основните права.

103. Според мен този довод поставя средството за защита преди правото. Член 6 закрепва правото на обезщетение вследствие на нарушаване на правото на инвеститора по отношение на него да не се прилага експроприация. Това право на обезщетение не поставя под въпрос наличието на право да не се прилага експроприация, а следователно и наличието на международно задължение по смисъла на член 307 ЕО за Словашката република да не експроприира инвестицията, освен ако са изпълнени условията по член 6, като обезщетението е само едно от тях.

104. Според мен законосъобразната експроприация не е политическа мярка *ad hoc*, насочена срещу известен инвеститор, макар и смекчена чрез обезщетение, а се изразява в прилагането на заварена правна уредба в предварително определени случаи, характеризиращи се с приоритетен

105. Този извод се подкрепя от анализа във връзка с това, което би се очаквало да предприеме Словашката република, за да постигне законосъобразно според Комисията положение съгласно Директива 2003/54. Не Словашката република е страна по договора, а SEPS и то няма право да го прекрати едностранно. Договорът следва да се тълкува съгласно австрийското право, поради което Словашката република не може чрез законодателството си да промени съдържащите се в него условия или неговите последици, или да го лиши от правно действие. Словашки закон, който обявява договорите, предвиждащи привилегирован достъп до преносните мрежи за недействителни и неприложими в Словашката република, не би променил факта, че SEPS би останало правнообвързано от договора. Поради това единственият възможен начин Словашката република да изпълни задължението си в настоящия случай е да приеме закон, насочен към SEPS, който да не му позволява да изпълнява договора. По мое мнение това би могло да съставлява експроприация или мярка със същите последици, а освен това има вероятност да се окаже и в разрез с изискването за справедливо и равноправно третиране.

62 — Решение от 20 февруари 1986 г. по дело Комисия/Италия (С-309/84, *Rescueit*, стр. 599, точка 17). Отбелязвам, че по делото няма данни на ATEL да е предлагано обезщетение с оглед на новото положение. Освен това от гледна точка на държавните помощи предоставянето на финансови облекчения на инвеститор като компенсация за обезценяването на забранено дискриминационно предимство може да се окаже проблематично. По този въпрос вж. например *Eilmansberger*, T. *Bilateral Investment Treaties and EU law — Common Market Law Review*, 2009, vol 46, p. 383, p. 423, както и бележка под линия 171.

106. Наред с това, тъй като понастоящем правото на ЕС допуска дерогации от принципа на недискриминационен достъп до електропреносните мрежи, не може да се твърди, че експроприацията на направената от ATEL инвестиция е необходима в обществен интерес. Освен това не може да

се твърди, че тя се извършва на недискриминационно основание, тъй като е налице интервал между края на дерогационния период, предоставен от член 24 от Директива 96/92, и влизането в сила на член 7 от Регламент № 1228/2003. Този интервал означава, че за някои инвестиции може да се прилага дерогация, а за други не, което на свой ред означава, че за мярката не може да се твърди, че се осъществява на недискриминационно основание.

задълженията си по членове 9 и 20 от Директива 2003/54.

107. Това неизбежно води до извода, че е налице международно задължение по смисъла на член 307, първа алинея ЕО и че Словашката република не може да принуди SEPS да не спазва условията по договора, без да наруши своите задължения по Споразумението за закрила на инвестициите.

109. Достигам до този извод не без известно колебание. Макар прилагането на член 307 ЕО да обосновава този резултат, на пръв поглед той изглежда противоречи на идеята за пазарна либерализация, която Директива 2003/54 цели да поощри. В правотата на достигнатия извод обаче ме убеждава фактът, че възприетото разрешение не е несъвместимо с дерогационните разпоредби на член 24 от Директива 96/92 и на член 7 от Регламент № 1228/2003, които по изключение допускат временен привилегирован достъп за инвестициите в областта на електроенергията.

в) Заключение относно наличието на международно задължение

108. Следователно подобно задължение, поето преди влизането в сила на Договора, не може да бъде засегнато от Договора, поради което не може да се счита, че Словашката република не изпълнява

110. Наред с това настоящото дело не застрашава пазарната либерализация, тъй като ATEL е дружество от трета страна, а не действащ монополист, и то е придобило правото си преди присъединяването на Словашката република, което право е ограничено във времето и не подлежи на подновяване след определения срок.

V — Заключение

111. Вследствие на изложеното по-горе предлагам на Съда:

— да отхвърли иска, и

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.