



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. SZPUNAR

fremsat den 3. marts 2021¹

Sag C-741/19

Republikken Moldova

mod

selskabet Komstroy, indtrådt i selskabet Energoalians' rettigheder

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig))

»Præjudiciel forelæggelse – energichartertraktaten – begrebet »investering« – tvister mellem en investor og en kontraherende part – rent eksternt situation i forhold til Unionens retsorden – Domstolens kompetence«

I. Indledning

1. Bestemmelserne i energichartertraktaten² (herefter »ECT«) har siden Den Europæiske Unions undertegnelse heraf for næsten 30 år siden kun været genstand for præjudicielle spørgsmål to gange, herunder i den foreliggende sag³. Denne sag er således enestående, idet den for det første giver Domstolen en kærkommen lejlighed til at udtale sig om betydningen af bestemmelser, der hidtil ikke er blevet fortolket.

2. For det andet vedrører den tvist, som de foreliggende præjudicielle spørgsmål indgår i, hverken Unionen eller medlemsstaterne: Der er tale om en tvist mellem Republikken Moldova og et ukrainsk selskab, og den synes derfor ved første øjekast at være Unionen uvedkommende.

3. For det tredje bør den foreliggende sag efter min opfattelse få Domstolen til at udtale sig om en væsentlig problemstilling, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt den tvistbilæggelsesordning, der er indført ved ECT, er forenelig med EU-retten i forlængelse af Domstolens praksis i Achmea-dommen⁴.

¹ Originalsprog: fransk.

² Undertegnet i Lissabon den 17.12.1994 (EFT 1994, L 380, s. 24) og godkendt på Den Europæiske Unions vegne ved Rådets og Kommissionens afgørelse 98/181/EF, EKSF, Euratom af 23.9.1997 om De Europæiske Fællesskabers indgåelse af energichartertraktaten og energicharterprotokollen om energieffektivitet og de hermed forbundne miljøaspekter (EFT 1998, L 69, s. 1).

³ De øvrige sager om fortolkningen af ECT er forenede sager Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) m.fl. (C-798/18 og C-799/18), der verserer for Domstolen.

⁴ Dom af 6.3.2018 (C-284/16, EU:C:2018:158, herefter »Achmea-dommen«).

II. Retsforskrifter

A. ECT

4. ECT blev undertegnet af Unionen den 17. december 1994 og godkendt på Unionens vegne ved afgørelse 98/181. Medlemsstaterne er ligeledes alle, med undtagelse af Den Italienske Republik, parter i ECT sammen med 28 tredjelande.

5. Det hedder i præamblen til ECT:

»De kontraherende parter i denne traktat

[...]

som henviser til det europæiske energicharter, der blev vedtaget i det afsluttende dokument fra Haagkonferencen om det europæiske energicharter, undertegnet i Haag den 17. december 1991,

[...]

som ønsker at føre den grundlæggende idé bag det europæiske energicharter ud i livet, dvs. at katalysere økonomisk vækst gennem foranstaltninger til liberalisering af investeringer og handel på energiområdet,

[...]«

6. ECT består af en præambel og otte dele. Del I, II, III og V har henholdsvis overskrifterne »Definitioner og formål«, »Handel«, »Investeringsfremme og -beskyttelse« og »Bilæggelse af tvister«.

7. ECT's artikel 1 med overskriften »Definitioner« bestemmer:

»I denne traktat forstås ved:

[...]

6) »Investering«: enhver form for aktiv, der ejes eller kontrolleres direkte eller indirekte af en investor, herunder:

[...]

c) fordringer på penge og fordringer på ydelser af økonomisk værdi, i henhold til kontrakt og i tilknytning til en investering

[...]

f) en ved [...] kontrakt [...] sikret rettighed til en økonomisk aktivitet i energisektoren.

[...]

Med »investering« menes enhver investering i tilknytning til en økonomisk aktivitet i energisektoren og investeringer eller kategorier af investeringer, som en kontraherende part på sit område har udpeget som »[det europæiske energi]charter Efficiency Projects« og anmeldt som sådanne til sekretariatet.

7) »Investor«:

a) for så vidt angår en kontraherende part:

- i) en fysisk person, der er statsborger i, eller som har fast bopæl i den pågældende kontraherende part i overensstemmelse med dennes lovgivning
- ii) et selskab eller anden form for organisation, der er stiftet i overensstemmelse med den pågældende kontraherende parts lovgivning

b) for så vidt angår et »tredjeland«: en fysisk person, et selskab eller anden form for organisation, som tilsvarende opfylder de i litra a) anførte betingelser for en kontraherende part.

8) »Investere« eller »foretage investeringer«: iværksætte nye investeringer, erhverve en bestående investering helt eller delvis eller iværksætte investeringsaktiviteter på forskellige områder.

[...]

10) »Område«: for så vidt angår en stat, der er kontraherende part:

a) det under statens suverænitet hørende territorium, omfattende landjord, indre vandområder og søterritorium;

og

b) med forbehold af og i overensstemmelse med den internationale havret: havområde, havbund og undergrund, hvorover den kontraherende part udøver suveræne rettigheder og jurisdiktion.

For så vidt angår en regional organisation for økonomisk integration, som er en kontraherende part: de områder, der henhører under en sådan organisations medlemsstater i henhold til bestemmelserne i aftalen om oprettelse af den pågældende organisation.

[...]«

8. ECT's artikel 26 med overskriften »Bilæggelse af tvister mellem en investor og en kontraherende part« bestemmer:

»1. Tvister mellem en kontraherende part og en investor fra en anden kontraherende part vedrørende en investering foretaget af sidstnævnte på den førstnævntes område og vedrørende en påstået misligholdelse fra den førnævnte parts side af en forpligtelse i henhold til del III, skal om muligt afgøres i mindelighed.

2. Kan sådanne tvister ikke afgøres efter bestemmelserne i stk. 1 inden tre måneder efter den dato, hvor en af parterne i tvisten har anmodet om mindelig afgørelse, kan den i tvisten deltagende investor vælge at henvise tvisten til bilæggelse:

- a) for den tvistende kontraherende parts domstol eller forvaltningsdomstol
- b) i overensstemmelse med en tidligere fastsat, anvendelig bilæggelsesprocedure,
- c) i overensstemmelse med stk. 3 til 8.

[...]

6. En voldgiftsret oprettet i henhold til stk. 4 afgør tvistens genstand i overensstemmelse med denne traktat og de gældende regler og principper i international ret.

[...]«

B. Fransk ret

9. Ifølge artikel 1520 i den franske code de procédure civile (civil retsplejelov) kan sager om ophævelse af en voldgiftskendelse afsagt i Frankrig kun anlægges, bl.a. hvis voldgiftsretten urigtigt har erklæret sig kompetent eller ikke har kompetence.

III. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

10. I henhold til to kontrakter, der blev indgået den 1. og den 24. februar 1999, solgte selskabet Ukrenergo, der er en ukrainsk producent af elektricitet, elektricitet til Energoalians, en ukrainsk elektricitetsdistributør, som efterfølgende solgte den videre til Derimen Properties Limited (herefter »Derimen«), et selskab, der er registreret i De Britiske Jomfruøer, og som videresolgte elektriciteten til selskabet Moldtranselectro, som er en offentlig moldovisk virksomhed. Mængden af elektricitet, der skulle leveres, blev hver måned fastlagt direkte mellem Moldtranselectro og Ukrenergo, som leverede denne elektricitet i henhold til »DAF Incoterms 1990«, dvs. leveret ved grænsen mellem Ukraine og Moldova på den ukrainske side.

11. Elektriciteten blev leveret i løbet af 1999 og 2000, undtagen fra maj til juli 1999. For hver måned, hvor der skete levering, skulle Energoalians have betaling fra Derimen, som selv skulle have betaling fra Moldtranselectro. Priserne var fastsat i tillæg til kontrakten af 24. februar 1999, i henhold til hvilke den pris, som Moldtranselectro betalte til Derimen, var omtrent dobbelt så høj som den pris, som Derimen betalte til Energoalians.

12. Derimen betalte Energoalians prisen for al den købte elektricitet, mens Moldtranselectro kun afregnede delvist med Derimen.

13. Ved en kontrakt af 30. maj 2000 overdrog Derimen sin fordring på Moldtranselectro til Energoalians.

14. Moldtranselectro betalte delvist sin gæld ved at overdrage flere fordringer, som selskabet havde, til Energoalians. Energoalians forsøgte herefter forgæves at få betalt resten af sit tilgodehavende ved at anlægge sag ved de moldoviske og siden de ukrainske domstole.

15. Energoalians var af den opfattelse, at visse indgreb fra Republikken Moldovas side udgjorde kvalificerede overtrædelser af forpligtelser i henhold til ECT, og iværksatte derfor voldgiftsproceduren i henhold til artikel 26 i denne traktat.

16. Ved kendelse afsagt i Paris den 25. oktober 2013 fandt ad hoc-voldgiftsretten, at den var kompetent, og dømte Republikken Moldova til at betale Energoalians et vist beløb i henhold til ECT, idet den fandt, at Republikken Moldova havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til denne traktat. Formanden for ad hoc-voldgiftsretten dissenterede for så vidt angik voldgiftsrettens kompetence.

17. Republikken Moldova anlagde sag med påstand om ophævelse af denne kendelse, idet den gjorde gældende, at der var sket en tilsidesættelse af ordre public, nemlig bestemmelsen om ad hoc-voldgiftsrettens kompetence i henhold til artikel 1520 i den franske civile retsplejelov.

18. Ved dom af 12. april 2016 ophævede cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig) kendelsen med den begrundelse, at voldgiftsretten urigtigt havde erklæret sig kompetent. Den fastslog, at tvisten mellem Energoalians og Republikken Moldova vedrørte en fordring, som Derimen havde overdraget, og som udelukkende vedrørte salg af elektricitet. Da der imidlertid ikke var foretaget noget indskud, kunne en sådan fordring ifølge appeldomstolen ikke anses for at være en investering i ECT's forstand og kunne derfor ikke danne grundlag for voldgiftsrettens kompetence.

19. Komstroy, der var indtrådt i Energoalians' rettigheder ved overdragelsesdokument af 6. oktober 2014, anlagde appelsag, og Cour de cassation (kassationsdomstol, Frankrig) ophævede og annullerede ved dom af 28. marts 2018 kendelsen af 12. april 2016 i sin helhed og hjemviste sagen til cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris) i en anden sammensætning.

20. Republikken Moldova har for appeldomstolen gjort gældende, at voldgiftsretten burde have erklæret sig inkompetent, idet der ikke var tale om en »investering« i ECT's forstand »foretaget af« en virksomhed i en kontraherende part i ECT på Moldovas »område«. Den har gjort gældende, at den fordring, som Energoalians erhvervede fra Derimen, ikke er en »investering« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 26, stk. 1, sammenholdt med ECT's artikel 1, nr. 6), og derfor ikke kunne være genstand for en voldgiftsprocedure, idet denne alene er fastsat for del III i ECT, der netop vedrører investeringer. Selv hvis man antog, at denne fordring kunne udgøre en investering, er den ikke blevet »foretaget af« en virksomhed fra en kontraherende part, idet Derimen er en virksomhed i De Britiske Jomfruøer. Endelig og under alle omstændigheder vedrører nævnte fordring en transaktion i form af salg af elektricitet, der ikke blev gennemført på Moldovas »område«, idet elektriciteten udelukkende blev solgt og transporteret frem til grænsen mellem Ukraine og Moldova på den ukrainske side.

21. Komstroy er derimod af den opfattelse, at voldgiftsretten var kompetent i henhold til ECT's artikel 26, idet alle betingelserne i denne bestemmelse var opfyldt, eftersom der var tale om en investering foretaget på Moldovas område.

22. På denne baggrund har cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) [S]kal [ECT's artikel 1, nr. 6),] fortolkes således, at en fordring, der er opstået på baggrund af en kontrakt om salg af elektricitet, hvor investor ikke har foretaget noget indskud i værtslandet, kan udgøre en »investering« i denne artikels forstand?
- 2) [S]kal [ECT's artikel 26, stk. 1,] fortolkes således, at en investors erhvervelse – fra en kontraherende part – af en fordring, der er stiftet af en økonomisk operatør, som er fremmed for de stater, der er parter, udgør en investering?
- 3) [S]kal [ECT's artikel 26, stk. 1,] fortolkes således, at en fordring – tilhørende en investor – som er opstået på baggrund af en kontrakt om salg af elektricitet, der leveres ved værtsstatens grænse, kan udgøre en investering foretaget på en anden kontraherende parts område, hvis ikke denne investor har udøvet nogen økonomisk aktivitet på den pågældende parts territorium?»

23. Der er indgivet skriftlige indlæg af Republikken Moldova, den tyske, den spanske og den polske regering samt af Europa-Kommissionen.

24. I retsmødet, der blev afholdt den 17. november 2020, blev der afgivet mundtlige indlæg af Republikken Moldova, Komstroy, den franske, den tyske, den spanske, den italienske, den ungarske, den nederlandske, den polske, den finske og den svenske regering samt Rådet for Den Europæiske Union og Kommissionen.

IV. Bedømmelse

25. Den foreliggende sag rejser en ny problemstilling. For det første vedrører de præjudicielle spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, fortolkningen af visse bestemmelser i ECT, som Domstolen ikke tidligere har skullet tage stilling til. For det andet er tvisten i hovedsagen mellem et tredjeland, Republikken Moldova, og en virksomhed fra et andet tredjeland, Ukraine.

26. Domstolens kompetence til at besvare de forelagte spørgsmål kan derfor diskuteres, idet der er tale om fortolkning af en international konvention i forbindelse med en tvist, der i det mindste ved første øjekast er kendetegnet ved at være en »rent ekstern« situation.

27. Før jeg behandler realiteten i de præjudicielle spørgsmål (B), skal jeg derfor undersøge, om Domstolen er kompetent (A).

A. Om Domstolens kompetence

28. Indledningsvis minder jeg om, at artikel 267 TEUF bestemmer, at Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af retsakter udstedt af Unionens institutioner, og at en international aftale indgået af Rådet i overensstemmelse med artikel 217 TEUF og 218 TEUF udgør en sådan retsakt. Da bestemmelserne i en sådan aftale fra tidspunktet for aftalens ikrafttræden udgør en integrerende del af Unionens retsorden, har Domstolen

kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af denne aftale⁵.

29. Da ECT er undertegnet af og godkendt på Unionens vegne, skal denne aftale anses for at være en retsakt udstedt af Unionens institutioner som omhandlet i artikel 267 TEUF. Domstolen har således ved første øjekast kompetence til at træffe afgørelse om bestemmelserne i ECT.

30. En sådan konstatering er imidlertid ikke tilstrækkelig til at fastslå Domstolens kompetence. Hovedsagen vedrører nemlig hverken Unionen eller medlemsstaterne. Det skal derfor undersøges, om denne omstændighed kan have betydning for Domstolens kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål.

1. Retspraksis vedrørende fortolkningen af bestemmelser i en international aftale for så vidt angår deres anvendelse uden for Unionens retsorden

31. Retspraksis har givet visse præciseringer med hensyn til Domstolens kompetence til at fortolke en international aftale. Domstolen fastslog bl.a. i dommen i sagen Andersson og Wåkerås-Andersson⁶ og Salzmänn-dommen⁷ vedrørende bestemmelserne i aftalen om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994, L 1, s. 3, herefter »EØS-aftalen«), at Domstolen ikke har kompetence til at tage stilling til fortolkningen af en aftale i relation til dens anvendelse i tredjelande.

32. Overført til hovedsagen ville en sådan retspraksis betyde, at Domstolen skulle erklære sig inkompetent til at tage stilling til fortolkningen af ECT, når der er tale om en tvist mellem et selskab fra et tredjeland og et andet tredjeland. Jeg mener imidlertid ikke, at en sådan løsning finder anvendelse i den foreliggende sag.

33. Konklusionen, som Domstolen nåede frem til i dommen i sagen Andersson og Wåkerås-Andersson⁸ og Salzmänn-dommen⁹, nemlig at den ikke havde kompetence til at fortolke bestemmelserne i EØS-aftalen, kan ikke forstås isoleret uden en undersøgelse af de grunde, der førte til denne konklusion. Dens ræsonnement er baseret på to forhold.

34. For det første har Domstolen fastslået, at dens kompetence til at fortolke EU-retlige bestemmelser kun gælder for Unionen¹⁰. Domstolen anser sig med andre ord ikke for kompetent til at fortolke bestemmelser, der finder anvendelse uden for Unionens retsorden.

35. For det andet er Domstolens manglende kompetence ligeledes begrundet i, at Domstolen for Den Europæiske Frihandelssammenslutning (EFTA)¹¹ i selve EØS-aftalens ordlyd tillægges kompetence til at fortolke aftalens bestemmelser for så vidt angår dens anvendelse uden for Unionens retsorden, idet det samtidig sikres, at en sådan fortolkning er i overensstemmelse med Domstolens praksis. Det fremgår således af bestemmelserne i EØS-aftalen, at de på grund af

⁵ Dom af 30.4.1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, præmis 2 og 4), af 15.6.1999, Andersson og Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, præmis 26), og af 7.6.2018, KP (C-83/17, EU:C:2018:408, præmis 24).

⁶ Dom af 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, præmis 28).

⁷ Dom af 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, præmis 66).

⁸ Dom af 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

⁹ Dom af 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁰ Dom af 15.6.1999, Andersson og Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, præmis 28), og af 15.5.2003, Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, præmis 66).

¹¹ Dom af 15.6.1999, Andersson og Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, præmis 29), og af 15.5.2003, Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, præmis 67).

denne aftales nære tilknytning til Unionens retsorden, for så vidt som de indholdsmæssigt er identiske med tilsvarende regler i traktaterne og de retsakter, der er vedtaget i medfør heraf, skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis¹².

36. Det ræsonnement, som Domstolen fulgte i dommen i sagen Andersson og Wåkerås-Andersson¹³ og Salzmann-dommen¹⁴, er efter min opfattelse styret af formålet med ordningen med præjudiciel forelæggelse i artikel 267 TEUF, der netop er at forebygge forskelle i fortolkningen af EU-retten inden for dens retsorden¹⁵.

37. Et sådant formål har imidlertid ligeledes gjort det muligt at retfærdiggøre Domstolens kompetence til at fortolke EU-retlige bestemmelser inden for rammerne af tvister, der ikke udelukkende henhører under Unionens retsorden. Domstolen fastslog bl.a. i Hermès-dommen, at det, når en bestemmelse kan finde anvendelse både på situationer henhørende under national ret og på situationer henhørende under EU-retten, afgjort er i Unionens interesse, at denne bestemmelse fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder bestemmelsen skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås. Domstolen har således erklæret sig kompetent til at fortolke en bestemmelse i en international aftale, hvori Unionen er part, i en situation, der ikke henhører under EU-retten¹⁶.

38. Under disse omstændigheder kan dommen i sagen Andersson og Wåkerås-Andersson¹⁷ og Salzmann-dommen¹⁸ ikke forstås således, at de systematisk udelukker, at Domstolen har kompetence til at fortolke EU-retlige bestemmelser inden for rammerne af tvister, der ligger uden for Unionens retsorden. Denne kompetence anerkendes således generelt, når den bestemmelse, der ønskes fortolket, finder anvendelse på såvel situationer, der henhører under EU-retten, som på situationer, der ikke er omfattet heraf.

2. ECT's særlige karakteristika og deres betydning for anvendelsen af den retspraksis, der vedrører den foreliggende sag

39. ECT frembyder desuden visse særegenheder i to henseender, således at den ikke uden videre kan sidestilles med EØS-aftalen ved den undersøgelse af retspraksis, jeg har nævnt.

40. For det første oprettes der ved ECT ikke nogen domstol, der har til opgave at sikre en ensartet fortolkning af traktatens bestemmelser i overensstemmelse med Domstolens fortolkning heraf i dens retsorden. ECT kan nemlig kun fortolkes i forbindelse med bilæggelse af tvister ved forskellige retter i de kontraherende parter, enten voldgiftsretter eller statslige domstole, som således ikke kan forhindre fortolkningsforskelle¹⁹.

¹² Jf. EØS-aftalens artikel 6 og afsnit 15 i præamblen til EØS-aftalen. Jf. herom ligeledes C. Baudenbacher, »The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union«, i C. Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, s. 179-194.

¹³ Dom af 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁴ Dom af 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁵ Dom af 12.6.2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, præmis 20), og af 21.7.2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, præmis 60), samt udtalelse 1/09 af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 83).

¹⁶ Dom af 16.6.1998, Hermès (C-53/96, EU:C:1998:292, præmis 32).

¹⁷ Dom af 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁸ Dom af 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁹ Dette bekræftes af de kontroverser, der findes i voldgiftspraksis vedrørende fortolkningen af begrebet »investering« som omhandlet i de foreliggende præjudicielle spørgsmål.

41. For det andet består ECT, som den tyske regering har anført i sit skriftlige indlæg, og som Kommissionen har anført i retsmødet, selv om den er en multilateral aftale, af en række bilaterale forpligtelser mellem de kontraherende parter, herunder Unionen og medlemsstaterne²⁰. De forpligtelser, der er indført ved ECT, gør det i det væsentlige muligt at beskytte investeringer foretaget af investorer fra en kontraherende part i en anden kontraherende part²¹. Tilsidesættelse af en af disse forpligtelser medfører således ikke, at alle de kontraherende parter altid kan kræve erstatning herfor, idet disse forpligtelser kun gælder bilateralt mellem to kontraherende parter²².

42. Ved ECT indføres der således et sæt bilaterale forpligtelser, der på det område, som den omfatter, regulerer forholdet på den ene side mellem de kontraherende parter og på den anden side mellem investorer fra en kontraherende part og den kontraherende part, i hvis område investeringerne er foretaget. Det følger heraf, at disse forpligtelser i teorien også inden for selve Unionen kan regulere forholdet mellem medlemsstaterne og dermed finde anvendelse inden for Unionens retsorden.

43. Disse to særegenheder ved ECT i forhold til EØS-aftalen begrænser således muligheden for at overføre løsningen i dommen i sagen Andersson og Wåkerås-Andersson²³ og Salzmänn-dommen²⁴ vedrørende Domstolens manglende kompetence til at fortolke en international aftale i situationer, der ligger uden for Unionens retsorden.

44. I den foreliggende sag har den forelæggende ret anmodet Domstolen om at fortolke bestemmelser i en international aftale, som ikke fortolkes ensartet og i overensstemmelse med Domstolens praksis i tvister uden for Unionen, og som i princippet også kan anvendes på interne forhold inden for Unionens retsorden.

45. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at man ikke kan udelukke, at Unionen har en interesse i, at bestemmelserne i ECT fortolkes ensartet. Jeg udleder heraf, at Domstolens kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag under disse omstændigheder bør anerkendes.

3. Tvivl om, hvorvidt bestemmelserne i ECT finder anvendelse i Unionens retsorden

46. Jeg er nødt til også her at moderere denne udtalelse. En sådan konklusion gælder kun, såfremt de bestemmelser, der ønskes fortolket, rent faktisk finder anvendelse i Unionens retsorden. Hvis dette ikke er tilfældet, har Unionen ingen interesse i en ensartet fortolkning, og Domstolen vil ikke have kompetence til at foretage en sådan fortolkning.

47. Ved ECT's artikel 26 indføres der for det første en ordning for bilæggelse af tvister mellem investorer fra en kontraherende part og en kontraherende part, der gør det muligt at indbringe sagen for en voldgiftsret. I denne henseende fastslog Domstolen i Achmea-dommen²⁵, at anlæggelse af sager ved en voldgiftsret, der er oprettet på grundlag af en traktat om beskyttelse og

²⁰ Med undtagelse af Den Italienske Republik, parter i ECT.

²¹ Jf. f.eks. ECT's artikel 10, stk. 1: »Alle kontrahenterne skal [...] fremme og skabe stabile, rimelige, gunstige og gennemsigtige betingelser for, at investorer fra andre kontraherende parter kan foretage investeringer på deres område.«

²² Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger bilaterale forpligtelser i multilaterale konventioner, jf. dom afsagt af Den Internationale Domstol den 5.2.1970, Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited (Belgien mod Spanien), CIJ Reports 1970, s. 3, præmis 33 og 35.

²³ Dom af 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, præmis 28).

²⁴ Dom af 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, præmis 66).

²⁵ Præmis 60 og domskonklusionen.

fremme af investeringer, der er indgået mellem to medlemsstater, ikke er tilladt inden for Unionens retsorden. Under disse omstændigheder synes denne dom at antyde, at ECT's artikel 26 aldrig finder anvendelse inden for Unionens retsorden, således at Domstolen ikke har kompetence til at fortolke denne bestemmelse.

48. Imidlertid er ECT ikke fuldt ud sammenlignelig med den bilaterale investeringsaftale (herefter »BIT«), som behandles i Achmea-dommen, og frembyder visse særegenheder, som det er nødvendigt at tage hensyn til for at kunne give et fuldstændigt svar på spørgsmålet om, hvorvidt den tvistbilæggelsesordning, som den indfører, er forenelig med EU-retten. Jeg opfordrer derfor Domstolen til at benytte denne mulighed til at undersøge, hvilke konsekvenser denne dom har for anvendelsen af ECT's artikel 26, idet denne analyse er nødvendig for at fastslå, om Domstolen har kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af denne bestemmelse.

49. For det andet er det korrekt, at man i Achmea-dommen ikke tog stilling til det mere generelle spørgsmål om de materielle bestemmelser i traktater om beskyttelse og fremme af investeringers forenelighed med EU-retten, når de skal regulere forholdet mellem medlemsstaterne. Denne dom belyste imidlertid vanskelighederne vedrørende eksistensen af sådanne aftaler, når de finder anvendelse i Unionen²⁶. Spørgsmålet er nemlig, om de materielle bestemmelser kan påberåbes i en tvist mellem en investor i en medlemsstat og en anden medlemsstat ved dennes domstole. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om de materielle bestemmelser i ECT i forlængelse af Achmea-dommen kan anses for uforenelige med EU-retten og således ikke finder anvendelse inden for dens retsorden.

50. En sådan efterprøvelse vil gøre det muligt at identificere Unionens interesse i en ensartet fortolkning af bestemmelserne i ECT samt Domstolens kompetence til at besvare de foreliggende præjudicielle spørgsmål.

a) Anvendelsen af den tvistbilæggelsesordning, der er indført ved ECT's artikel 26, stk. 1, i Unionens retsorden

51. Spørgsmålet om, hvorvidt mekanismer til bilæggelse af tvister, der er indeholdt i konventioner, der er bindende for EU-medlemsstaterne, er forenelige med EU-retten, har i flere år været genstand for en livlig diskussion i såvel retslitteraturen²⁷ som i praksis²⁸.

52. Den sag, der gav anledning til Achmea-dommen, har afspejlet disse diskussioner og illustrerer, hvis der skulle være behov for det, konfliktforholdet mellem EU-retten og voldgiftsretten på investeringsområdet²⁹.

²⁶ Jf. i denne henseende Kommissionens meddelelse til Europa-Parlamentet og Rådet af 19.7.2018 om beskyttelse af EU-interne investeringer, COM(2018) 547 final.

²⁷ Jf. bl.a. for så vidt angår retslitteraturen forud for Achmea-dommen T. Eilmansberger, »Bilateral investment Treaties and EU Law«, *Common Market Law Review*, 2009, bind 46, nr. 2, s. 383-429, S. Hindelang, »Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration«, *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, bind 39, nr. 2, s. 179-206, og S. Miron, »The Last Bite of the BITs – Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration«, *European Law Journal*, 2013, bind 20, nr. 3, s. 332-345.

²⁸ Jf. f.eks. Vattenfall AB m.fl. mod Tyskland (ICSID-sag nr. ARB/12/12), kendelse om Achmea af 31.8.2018, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. mod Kongeriget Spanien (ICSID-sag nr. ARB/14/1), kendelse af 16.5.2018, Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Storhertugdømmet Luxembourg), SICAR mod Kongeriget Spanien (SCC-sag nr. 2015/063), kendelse af 15.2.2018.

²⁹ Jf. bl.a. E. Gaillard, »L'affaire Achmea ou les conflits de logiques«, *Revue critique de droit international privé*, 2018, nr. 3, s. 616, B. Hess, »The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice«, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2018, nr. 3, s. 8, og J. Basedow, »Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration«, *Journal of international economic Law*, 2020, bind 23, nr. 1, s. 271-292.

1) *Achmea-dommen*

53. I *Achmea-dommen*³⁰ fastslog Domstolen, at artikel 267 TEUF og 344 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en bestemmelse, der er indeholdt i en international aftale indgået mellem medlemsstater, hvorefter en investor i en af disse medlemsstater i tilfælde af en tvist vedrørende investeringer i den anden medlemsstat kan anlægge sag mod sidstnævnte medlemsstat ved en voldgiftsret, hvis kompetence denne medlemsstat har forpligtet sig til at acceptere.

54. Domstolen har med andre ord fastslået, at en tvistbilæggelsesbestemmelse i en BIT, der er indgået mellem to medlemsstater, er uforenelig med EU-retten.

55. I denne dom baserede Domstolen sin argumentation på grundlæggende og ubestridelige principper i EU-retten. Den understregede indledningsvis, at en international aftale ikke kan gribe ind i det ved traktaterne fastlagte kompetencesystem og dermed i autonomien for Unionens retsorden³¹. Domstolen bemærkede, at EU-rettens autonomi kan begrundes under hensyn til Unionens og EU-rettens væsentlige karakteristika vedrørende bl.a. Unionens forfatningsmæssige struktur og selve arten af den nævnte ret³², som nemlig kendetegnet ved den omstændighed, at den er udledt af en selvstændig kilde, som udgøres af traktaterne, ved dens forrang i forhold til medlemsstaternes retssystemer og ved dens direkte virkning³³.

56. Domstolen præciserede dernæst, at EU-retten således er baseret på den grundlæggende præmis, hvorefter hver medlemsstat deler en række fælles værdier, som Unionen er bygget på, med samtlige andre medlemsstater og anerkender, at disse deler dem med den. Den fastslog desuden, at denne præmis forudsætter og begrunder, at der foreligger en gensidig tillid mellem medlemsstaterne med hensyn til anerkendelsen af disse værdier og dermed under iagttagelse af EU-retten, der gennemfører disse³⁴.

57. Endelig mindede Domstolen om, at med henblik på at sikre Unionens retssystems særlige karakteristika og autonomi er der ved traktaterne indført et retsligt system, der har til formål at sikre en sammenhæng og enhed ved fortolkningen af EU-retten³⁵. Den anførte desuden, at kernen i dette system udgøres af den i artikel 267 TEUF fastsatte procedure med præjudicielle forelæggelser, der har til formål at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten, hvorved EU-rettens sammenhæng, fulde virkning og autonomi og i sidste ende den særegne karakter af den ved traktaterne indførte ret sikres³⁶.

58. På grundlag af disse principper bemærkede Domstolen for det første, at den voldgiftsret, der var oprettet på grundlag af bestemmelserne i den omhandlede BIT, skulle fortolke eller anvende EU-retten³⁷. For det andet fastslog Domstolen, at den omhandlede voldgiftsret befandt sig uden

³⁰ Præmis 60 og domskonklusionen.

³¹ *Achmea-dommen*, præmis 32. Jf. ligeledes udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 201 og den deri nævnte retspraksis).

³² *Achmea-dommen*, præmis 33.

³³ *Achmea-dommen*, præmis 33.

³⁴ *Achmea-dommen*, præmis 34. Jf. ligeledes udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 168 og 173 og den deri nævnte retspraksis).

³⁵ *Achmea-dommen*, præmis 35. Jf. ligeledes udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 174).

³⁶ *Achmea-dommen*, præmis 37. Jf. ligeledes udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 176 og den deri nævnte retspraksis).

³⁷ *Achmea-dommen*, præmis 39-42.

for Unionens retsorden, således at den tvistbilæggelsesordning, der var indført ved BIT'en, kunne udelukke, at tvister, selv om de kunne vedrøre fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten, blev afgjort på en måde, der sikrede EU-rettens fulde virkning³⁸.

59. Domstolen bemærkede, at dette var tilfældet, selv om der i medlemsstaternes lovgivning er fastsat en mulighed for, at voldgiftskendelsen er underlagt kontrol fra en retsinstans i en medlemsstat, når en sådan efterprøvelse er begrænset og kun kan foretages, såfremt det er tilladt i national ret. I denne retning foretog Domstolen i Achmea-dommen en sondring mellem en tvistbilæggelsesordning, der er indeholdt i en aftale mellem to medlemsstater, og handelsvoldgift, som netop er blevet fundet forenelig med EU-retten, for så vidt som de grundlæggende EU-retlige bestemmelser kan undersøges inden for rammerne af de nationale retters efterprøvelse af voldgiftskendelser og i givet fald gøres til genstand for en præjudiciel forelæggelse³⁹.

60. Jeg vil således fremhæve, at der er en grundlæggende forskel mellem disse to ordninger. En handelsvoldgiftsprocedure forudsætter, at hver part udøver sin uafhængighed. Den indebærer indgåelse af en voldgiftsaftale enten samtidig med indgåelsen af den kontrakt, vedrørende hvilken tvister skal indbringes for voldgiftsretten, eller når tvisten er opstået. Med andre ord følger rettens kompetence i handelsvoldgifter altid af en voldgiftsaftale vedrørende en tvist, der er præcist defineret heri. Det kan ikke antages, at en sådan voldgiftsrets kompetence er omfattet af den retsbeskyttelsesordning, som staten yder. Den følger snarere af de enkelte parter uafhængighed i handelen⁴⁰. Det er således denne uafhængighed, der følger af parternes mulighed for at afgøre tvister ved anvendelse af handelsvoldgift.

61. Den tvistbilæggelsesordning, der er indeholdt i en international aftale, har derimod en anden logik⁴¹. Ifølge denne hypotese udgør denne ordning et generelt og permanent tilbud om voldgift, som det tilkommer den modsatte part at acceptere eller ej. Med denne ordning giver staten med andre ord afkald på muligheden for, at en tvist mellem den og en investor i en anden medlemsstat, der er omfattet af denne aftales anvendelsesområde, afgøres ved de statslige domstole. Dette afkald har en systemisk karakter, idet det kan vedrøre alle tvister, der er omfattet af denne aftales anvendelsesområde. Herved indfører staten en retsbeskyttelsesordning, der ligger uden for den domstolsordning, som staten har indført.

62. Det er netop dette aspekt af voldgiftsmekanismerne vedrørende investeringer, der er fastsat i aftaler mellem medlemsstater, som Domstolen henviste til i Achmea-dommen: Det er nemlig ikke tilladt, at medlemsstaterne systematisk kan undtage en række tvister vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af EU-retten fra Unionens domstolssystem gennem en international forpligtelse.

63. Under disse omstændigheder fastslog Domstolen, at den pågældende tvistbilæggelsesordning kan rejse tvivl om princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaterne, men også om den bevarelse af den særegne karakter af den ved traktaterne indførte ret, som er sikret ved den i artikel 267 TEUF fastsatte procedure med præjudicielle forelæggelser, og ordningen er derfor ikke forenelig med princippet om loyalt samarbejde⁴². Ifølge Domstolen følger det heraf, at den

³⁸ Achmea-dommen, præmis 42-56.

³⁹ Achmea-dommen, præmis 45 og 55.

⁴⁰ Jf. i denne retning J. Basedow, »EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice«, *Journal of International Arbitration*, 2015, bind 32, nr. 4, s. 367-386, navnlig s. 370.

⁴¹ Om ordningens originalitet jf. C. Kessedjian og V. Pironon, *Droit du commerce international*, 2. udg., Thémis, PUF, 2020, s. 209.

⁴² Achmea-dommen, præmis 58.

tvistbilæggelsesordning, der er indeholdt i den omhandlede BIT, hvorefter en hvilken som helst investor i en medlemsstat kan anlægge sag mod den anden medlemsstat ved en voldgiftsret, er et indgreb i EU-rettens autonomi⁴³.

64. Denne løsning er i sidste ende det præcise udtryk for EU-rettens autonomi⁴⁴, som selv er baseret på den gensidige tillid mellem medlemsstaterne, som deler en flerhed af værdier og anerkender, at de faktisk deler disse værdier. Medlemsstaterne er således forpligtet til at lægge til grund – medmindre der er tale om helt særlige omstændigheder – at samtlige andre medlemsstater overholder EU-retten, herunder de grundlæggende rettigheder såsom den i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder fastsatte adgang til effektive retsmidler for en uafhængig domstol⁴⁵.

65. Det er med andre ord netop fordi, det anerkendes i Unionens retsorden, at medlemsstaterne overholder en række værdier og rettigheder, i henhold til hvilke retsstaten og retten til effektive retsmidler er fastsat, at det ligeledes sikres, at investorer fra medlemsstaterne med sikkerhed er tilstrækkeligt beskyttet⁴⁶ i Unionens retsorden, således at det ikke er nødvendigt at anvende et system uden for medlemsstaternes domstolssystemer⁴⁷.

66. Betydningen af disse værdier, navnlig retsstatsprincippet, er i øvrigt blevet fremhævet af Domstolen i forskellige sager⁴⁸, hvori den fremhæver EU-institutionernes rolle, navnlig Kommissionens, som skal påse, at de overholdes.

67. I Achmea-dommen blev spørgsmålene om forholdet mellem EU-retten og de tvistbilæggelsesordninger, der er indeholdt i BIT'er, der er indgået mellem to medlemsstater, endeligt afklaret.

68. Næsten alle medlemsstater har i øvrigt efterfølgende taget denne afgørelse til efterretning, idet de gennem forskellige erklæringer⁴⁹ har tilkendegivet, at de har til hensigt at opsig de BIT'er, der findes mellem medlemsstaterne. Som opfølgning på disse erklæringer indgik 23 medlemsstater den 5. maj 2020 en aftale om bortfald af de bilaterale investeringsaftaler mellem EU-medlemsstaterne⁵⁰.

⁴³ Achmea-dommen, præmis 59.

⁴⁴ B. Hess, op.cit., s. 8.

⁴⁵ Udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada) af 30.4.2019 (EU:C:2019:341, præmis 128 og den deri nævnte retspraksis).

⁴⁶ Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet af 19.7.2018 om beskyttelse af investeringer inden for EU, COM(2018) 547 final.

⁴⁷ Der er her ikke tale om at benægte, at de værdipapirretlige voldgiftsretter har kunnet bidrage til respekten for retsstaten. Jf. i denne henseende W. Sadowski, »Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?«, *Common Market Law Review*, 2018, nr. 55, s. 1025-1060. Et sådant bidrag kan imidlertid ikke sammenlignes med en forsikring EU-medlemsstaterne imellem om anerkendelse og overholdelse af de grundlæggende værdier, som Unionen bygger på, herunder respekten for retsstaten og retten til effektive retsmidler for en uafhængig domstol.

⁴⁸ Jeg tænker navnlig på dom af 27.2.2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, præmis 32 og 33), af 24.6.2019, Kommissionen mod Polen (Den øverste domstols uafhængighed) (C-619/18, EU:C:2019:531, præmis 43 og 47), og af 5.11.2019, Kommissionen mod Polen (De almindelige domstoles uafhængighed) (C-192/18, EU:C:2019:924, præmis 98).

⁴⁹ Erklæringer fra repræsentanterne for medlemsstaternes regeringer af 15.1. og 16.1.2019 om retsvirkningerne af Domstolens dom i Achmea-sagen og om beskyttelse af EU-interne investeringer, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>, <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>> og <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>

⁵⁰ Aftale om ophævelse af bilaterale investeringsaftaler mellem Den Europæiske Unions medlemsstater (EUT 2020, L 169, s. 1). Aftalen blev tiltrådt af samtlige medlemsstater med undtagelse af Irland, Republiken Østrig, Republiken Finland og Kongeriget Sverige.

69. Jeg skal også præcisere, at det forhold, at en investeringsvoldgiftsordning, der er fastsat i en international aftale, er uforenelig med EU-retten, følger direkte af princippet om EU-rettens forrang. Det følger heraf, at den ikke finder anvendelse i Unionens retsorden uden nogen tidsmæssig begrænsning, således at en voldgiftsrets kompetence på dette grundlag ikke kan anerkendes.

2) Rækkevidden af Achmea-dommen for så vidt angår ECT

70. Achmea-dommen afgør imidlertid ikke alle spørgsmål vedrørende forholdet mellem investeringsvoldgift og EU-retten. Denne sag drejede sig navnlig om en bilateral traktat, som to medlemsstater var parter i. Selv om ECT fastsætter en ordning for bilæggelse af tvister svarende til den, der var omhandlet i Achmea-dommen, for så vidt som den giver mulighed for at anlægge sag ved en voldgiftsret, er den en multilateral traktat, som Unionen og medlemsstaterne er part i.

71. Disse forskelle har begrænset den automatiske overførsel af den løsning, der blev valgt med hensyn til BIT'er, til den tvistbilæggesordning, der er fastsat i ECT's artikel 26. Medlemsstaternes successive erklæringer i denne henseende illustrerer netop de eksisterende forskelle med hensyn til muligheden for at udvide rækkevidden af Achmea-dommen til den tvistbilæggesordning, der er fastsat i ECT⁵¹, og mere grundlæggende med hensyn til foreneligheden af ECT's artikel 26 med EU-retten.

72. Det skal derfor undersøges, om Domstolens ræsonnement i Achmea-dommen kan finde anvendelse med hensyn til foreneligheden af den tvistbilæggesordning, der er fastsat i ECT's artikel 26. I denne henseende har den franske, den tyske, den spanske, den italienske, den nederlandske og den polske regering samt Kommissionen gjort gældende, at en sådan løsning skal lægges til grund, og at den omstændighed, at ECT's artikel 26 er uforenelig med EU-retten, indebærer, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i Unionens retsorden. Den ungarske, den finske og den svenske regering har i retsmødet forsvaret tanken om, at løsningen i Achmea-dommen ikke kan anvendes på den tvistbilæggesordning, der er indført ved ECT's artikel 26.

73. Jeg er af den opfattelse, at den tvistbilæggesordning, der er fastsat i ECT's artikel 26, for så vidt som den gør det muligt at indbringe sager for en voldgiftsret, utvivlsomt fører til et resultat, der svarer til den tvistbilæggesordning, der var omhandlet i Achmea-dommen, og som blev fundet uforenelig med EU-retten.

74. For det første skal det bemærkes, at i lighed med den tvistbilæggesordning, som Achmea-dommen drejede sig om, giver ECT's artikel 26 mulighed for at indbringe tvister vedrørende fortolkningen af EU-retten for en voldgiftsret.

⁵¹ Mens Kongeriget Belgien, Republikken Bulgarien, Den Tjekkiske Republik, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Estland, Irland, Den Hellenske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Republikken Kroatien, Den Italienske Republik, Republikken Cypern, Republikken Letland, Republikken Litauen, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Republikken Polen, Den Portugisiske Republik, Rumænien, Den Slovakiske Republik og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland alle har erklæret, at bestemmelsen om tvistbilæggelse i ECT efter deres opfattelse er uforenelig med EU-retten, har Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Malta, Republikken Slovenien, Republikken Finland og Kongeriget Sverige udtrykkelig fremsat forbehold vedrørende muligheden for at overføre løsningen fra denne dom til tvistbilæggesordningen i ECT. Ungarn har anført, at man ikke mener, at denne løsning kan finde anvendelse på ordningen for tvistbilæggelse i henhold til ECT's artikel 26. Jf. erklæringer fra repræsentanterne for medlemsstaternes regeringer af 15.1. og 16.1.2019 om retsvirkningerne af Domstolens dom i Achmea-sagen og om beskyttelse af EU-interne investeringer, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>, <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>> og <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>

75. ECT's artikel 26, stk. 6, bestemmer således, at voldgiftsretten træffer afgørelse om de omtvistede spørgsmål i overensstemmelse med ECT og »de gældende regler og principper i international ret«. I modsætning til, hvad den finske og den svenske regering har gjort gældende, og som Domstolen fastslog i Achmea-dommen⁵², skal denne ret, henset til EU-rettens art og karakteristika, imidlertid anses for både at udgøre en del af gældende ret i enhver medlemsstat og at hidrøre fra en international aftale mellem medlemsstaterne. I denne henseende skal den voldgiftsret, der er oprettet i henhold til ECT's artikel 26, i givet fald fortolke eller anvende EU-retten.

76. For det andet er jeg af den opfattelse, at den voldgiftsret, der er oprettet i henhold til ECT's artikel 26, selv i en tvist anlagt af en investor fra en medlemsstat mod en anden medlemsstat ligger uden for Unionens domstolssystem⁵³.

77. Denne voldgiftsret udgør nemlig ikke en del af medlemsstaternes domstolssystem, og det er netop denne karakter af undtagelse, der begrundet eksistensen af en sådan tvistbilæggelsesordning. Den udgør heller ikke en ret, der er fælles for flere medlemsstater, eftersom den ikke har nogen forbindelse med medlemsstaternes domstolssystemer.

78. Under disse omstændigheder kan den voldgiftsret, der er oprettet i henhold til ECT's artikel 26, ikke anses for at være en »ret i en af medlemsstaterne« som omhandlet i artikel 267 i TEUF og kan ikke forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse. Afgørelser truffet af en sådan domstol er således ikke underlagt mekanismer, der sikrer EU-rettens fulde virkning⁵⁴.

79. Det følger heraf, at ECT's artikel 26, for så vidt som den gør det muligt at anlægge sag ved en voldgiftsret, i lighed med den tvistbilæggelsesordning, der blev fundet uforenelig med EU-retten i Achmea-dommen, efter min opfattelse griber ind i EU-rettens autonomi og derfor ligeledes er uforenelig med EU-retten.

80. En sådan konklusion kan hverken drages i tvivl i kraft af ECT's særlige karakteristika, der har givet anledning til tvivl om, hvorvidt Achmea-dommen finder anvendelse på den tvistbilæggelsesordning, der er fastsat heri, eller af Domstolens nyere praksis, som bl.a. den ungarske, den finske og den svenske regering har gjort gældende i retsmødet.

i) Den manglende betydning af ECT's særlige karakteristika i forhold til en BIT

81. Det er korrekt, at Unionen til forskel fra en BIT som den, der var omhandlet i Achmea-dommen, er part i ECT og derfor er bundet af denne. Jeg bemærker desuden, at Domstolen i denne dom udtrykkeligt fremhævede, at ordningen for bilæggelse af tvister var fastsat i en aftale, som »ikke er blevet indgået af Unionen, men af medlemsstater«⁵⁵. Indebærer dette nødvendigvis, at den samme løsning ikke kan finde anvendelse, når der er tale om en international aftale indgået af medlemsstaterne og Unionen? Det mener jeg ikke.

⁵² Præmis 41.

⁵³ Selv om jeg som udgangspunkt ikke har kunnet udelukke den modsatte opfattelse forud for Achmea-dommen i forbindelse med mine akademiske aktiviteter, henviser jeg nu til Domstolens ræsonnement i denne henseende. Jf. M. Szpunar, »Referrals of Preliminary Questions by Arbitrations Tribunals to the CJEU«, i F. Ferrari (red.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, 2017, s. 85-124.

⁵⁴ Achmea-dommen, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis.

⁵⁵ Achmea-dommen, præmis 58.

82. Jeg skal i denne henseende anføre, at det er ubestridt, at en international aftale om oprettelse af en domstol med ansvar for fortolkning af aftalens bestemmelser, hvis afgørelser er bindende for institutionerne, herunder Domstolen, i princippet ikke er uforenelig med EU-retten. Unionens kompetence i internationale forhold og dens kompetence til at indgå internationale aftaler omfatter nødvendigvis en adgang til, at Fællesskabet kan forpligte sig til at respektere afgørelser fra en retsinstit, der oprettes eller udpeges ved sådanne aftaler, for så vidt angår fortolkningen og anvendelsen af deres bestemmelser⁵⁶.

83. En sådan mulighed kan imidlertid kun tillades på betingelse af, at Unionens og dens retsordens autonomi respekteres⁵⁷. Som jeg har anført i punkt 78 og 79 i dette forslag til afgørelse, griber tvistbilæggelsesordningen i ECT's artikel 26 imidlertid netop ind i EU-retts autonomi, for så vidt som den gør det muligt at anvende voldgift. Under disse omstændigheder kan det forhold, at Unionen ligeledes er part i ECT, ikke have nogen betydning for denne konstatering.

ii) Sondringen i forhold til udtalelse 1/17

84. Endelig har den ungarske, den finske og den svenske regering i retsmødet gjort gældende, at der ved udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada)⁵⁸ blev indført en ny ramme for analyser af tvistbilæggelsesordninger uden for Unionens domstolssystem. En sådan ordning er ikke i sig selv uforenelig med EU-retten, forudsat at den ikke tillader, at en ret, der ikke er kompetent i Unionens retssystem, fortolker eller anvender EU-retlige bestemmelser, og at de kendelser, som denne træffer, ikke forhindrer EU-institutionerne i at fungere i overensstemmelse med Unionens forfatningsmæssige ramme.

85. En sådan argumentation er imidlertid ikke overbevisende. Som anført i punkt 74 og 75 i dette forslag til afgørelse er jeg for det første af den opfattelse, at ECT's artikel 26 netop giver mulighed for, at en voldgiftsret, der ikke er en del af Unionens domstolssystem, fortolker eller anvender EU-retlige bestemmelser. ECT's artikel 26 adskiller sig desuden fra den ordning til bilæggelse af tvister, der er fastsat i den samlede økonomiske og kommercielle aftale mellem Canada på den ene side og Den Europæiske Union og dens medlemsstater på den anden side (herefter »CETA«), for så vidt som sidstnævnte indfører et udtrykkeligt forbehold vedrørende fortolkningen af EU-retten⁵⁹, idet et sådant forbehold ikke findes i henhold til ECT's artikel 26.

86. For det andet og frem for alt skal det fremhæves, at Domstolens argumentation vedrørende den ordning til bilæggelse af tvister, der er indeholdt i CETA, i udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada)⁶⁰ på ingen måde kan påvirke analysen af ECT's artikel 26. Som Domstolen har anført i denne udtalelse, adskiller spørgsmålet om, hvorvidt oprettelsen eller bevarelsen af en investeringsret gennem en sådan aftale er forenelig med EU-retten, sig fra spørgsmålet om, hvorvidt oprettelsen af en sådan ret gennem en aftale mellem Unionen og et tredjeland er forenelig med EU-retten⁶¹. Den ungarske, den finske og den svenske regerings argumentation ville således kun kunne tages til følge, såfremt ECT kun regulerede forholdet mellem Unionen og tredjelande.

⁵⁶ Udtalelse 1/91 (EØS-aftalen – I) af 14.12.1991 (EU:C:1991:490, præmis 40 og 70), udtalelse 1/09 af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 74 og 76) og udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 182 og 183).

⁵⁷ Udtalelse 2/13 af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 183) og Achmea-dommen, præmis 57.

⁵⁸ Udtalelse af 30.4.2019 (EU:C:2019:341).

⁵⁹ Udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada) af 30.4.2019 (EU:C:2019:341, præmis 131).

⁶⁰ Udtalelse af 30.4.2019 (EU:C:2019:341).

⁶¹ Udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada) af 30.4.2019 (EU:C:2019:341, præmis 127).

87. Mens medlemsstaterne er forpligtet til at overholde princippet om gensidig tillid, finder et sådant princip nemlig på ingen måde anvendelse i forholdet mellem Unionen og tredjelande. Nærmere bestemt er forholdet til tredjelande ikke baseret på den grundlæggende præmis, at hver medlemsstat deler en række fælles værdier med alle de øvrige medlemsstater og anerkender, at disse deler en række fælles værdier med den, og således overholder EU-retten, der gennemfører dem. Som generaladvokat Bot har anført, har hver af de kontraherende parter inden for rammerne af en aftale med tredjelande ikke nødvendigvis tillid til, at den anden parts domstolsordning vil sikre overholdelsen af aftalens bestemmelser⁶². Manglen på den samme gensidige tillid, som foreligger inden for Unionen, er netop grunden til, at de kontraherende parter beslutter at nå til enighed om en neutral tvistbilæggelsesordning⁶³. En sådan ordning, der er eksternt i forhold til de to parter, gør det muligt at sikre de kontraherende parters tillid til aftalens gennemførelse, uden at denne tillid kan forveksles med den gensidige tillid, der strukturerer forholdet inden for Unionens retsorden.

88. På denne baggrund har udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada)⁶⁴ i lyset af de principper, der er opstillet i Achmea-dommen, ingen indvirkning på analysen af den tvistbilæggelsesordning, der er fastsat i ECT's artikel 26, for så vidt som den giver mulighed for at anvende en voldgiftsret, idet denne aftale regulerer forholdet mellem medlemsstaterne.

3) Konklusion vedrørende anvendelsen af ECT's artikel 26 i Unionens retsorden

89. Det følger af det ovenstående, at den tvistbilæggelsesordning, der er fastsat i ECT's artikel 26, efter min opfattelse er uforenelig med EU-retten, for så vidt som den gør det muligt for en voldgiftsret, der befinder sig uden for Unionens domstolssystem, i forbindelse med en tvist mellem en investor i en medlemsstat og en anden medlemsstat at fortolke eller anvende EU-retten og dermed rejse tvivl om princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaterne og bevarelse af den særegne karakter af den ved traktaterne indførte ret, idet den samtidig griber ind i EU-rettens autonomi. For så vidt finder ECT's artikel 26 således ikke anvendelse inden for Unionens retsorden.

90. Når dette er sagt, indebærer den omstændighed, at en investor i en medlemsstat ikke har mulighed for at anvende voldgift i en tvist med en anden medlemsstat, ikke, at ECT's artikel 26 aldrig finder anvendelse inden for Unionens retsorden. Investorer fra en medlemsstat kan i princippet altid sagsøge en anden medlemsstat ved dennes domstole i anledning af en tvist som omhandlet i denne bestemmelse⁶⁵. En sådan mulighed afhænger imidlertid af, om de materielle bestemmelser i ECT kan danne grundlag for sådanne påstande, og om de dermed også finder anvendelse i Unionens retsorden. Jeg vil nu undersøge dette spørgsmål.

⁶² Generaladvokat Bots forslag til afgørelse udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada, EU:C:2019:72, punkt 82).

⁶³ Generaladvokat Bots forslag til afgørelse udtalelse 1/17 (CETA-aftalen EU-Canada, EU:C:2019:72, punkt 84). Jf. ligeledes herom K. Lenaerts, »Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue«, *Yearbook of European Law*, 2019, bind 38, s. 12.

⁶⁴ Udtalelse af 30.4.2019 (EU:C:2019:341).

⁶⁵ Desuden kan det ikke udelukkes, at det kan være nødvendigt, at Domstolen fortolker ECT's artikel 26 inden for rammerne af medlemsstaternes statslige domstoles kontrol af en voldgiftskendelse afsagt i forbindelse med en tvist mellem en investor fra et tredjeland og en medlemsstat, hvilket kan indebære, at voldgiftsretten fortolker EU-retten.

b) Anvendelsen af ECT's artikel 1, nr. 6), i Unionens retsorden

91. ECT's artikel 1, nr. 6), definerer begrebet »investering«, således som det anvendes i bestemmelserne i ECT, og er indeholdt i del I af ECT med overskriften »Definitioner og formål«. Denne bestemmelse er således en del af ECT's indledende bestemmelser, som mere generelt har til formål at fastlægge tekstens anvendelsesområde og formål samt at definere de udtryk, der anvendes i dens bestemmelser.

92. Med andre ord har ECT's artikel 1, nr. 6), for så vidt som bestemmelsen fastlægger det materielle anvendelsesområde for ECT, ligeledes til formål at udløse anvendelsen af de materielle beskyttelsesbestemmelser i ECT.

93. Under disse omstændigheder afhænger anvendelsen af denne bestemmelse i Unionens retsorden i det væsentlige af, om de materielle regler, som bestemmelsen gennemfører, i sig selv finder anvendelse i Unionens retsorden, således at investorer fra en medlemsstat kan påberåbe sig dem i forbindelse med et søgsmål mod en anden medlemsstat ved denne medlemsstats domstole.

94. Selv om dette spørgsmål ikke blev afgjort i Achmea-dommen, viste den til gengæld, at der herskede tvivl om muligheden for inden for Unionen at anvende de materielle bestemmelser i traktaterne om fremme og beskyttelse af investeringer generelt og især i ECT⁶⁶.

95. Jeg mener imidlertid ikke, at det er muligt inden for rammerne af den foreliggende sag og rent teoretisk at besvare dette spørgsmål med sikkerhed. Dette forudsætter nemlig, at der foretages en abstrakt og udtømmende analyse af alle de overlapninger, der måtte være mellem EU-retten og ECT⁶⁷. Det forekommer mig imidlertid lidet hensigtsmæssigt at foretage en sådan analyse i forbindelse med undersøgelsen af Domstolens kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål og inden for rammerne af den foreliggende sag. Det skal ligeledes understreges, at dette spørgsmål ikke er blevet drøftet af parterne⁶⁸.

96. Det skal endvidere understreges, at det eneste argument om, at de materielle bestemmelser i ECT er uforenelige med EU-retten, som er formuleret kortfattet i den foreliggende sag, er blevet fremført af den italienske regering og Kommissionen med den begrundelse, at EU-retten indeholder instrumenter til beskyttelse af investeringer, der svarer til ECT's instrumenter til beskyttelse af investeringer. Umiddelbart forekommer grundene til, at denne ækvivalente beskyttelse i sig selv skulle være uforenelig med EU-retten, mig imidlertid uklare.

97. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at det på dette trin hverken med sikkerhed kan udelukkes eller anerkendes, at de materielle bestemmelser i ECT, herunder ECT's artikel 1, nr. 6), er uforenelige med EU-retten. Det må derfor antages, at disse bestemmelser finder anvendelse inden for Unionens retsorden.

⁶⁶ Jf. i denne henseende Kommissionens meddelelse til Europa-Parlamentet og Rådet af 19.7.2018 om beskyttelse af EU-interne investeringer, COM(2018) 547 final.

⁶⁷ For et eksempel på tænkelige overlapninger mellem en traktat om beskyttelse og fremme af investeringer, der er indgået mellem to medlemsstater, og EU-retten, jf. generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699).

⁶⁸ Selv om parterne i retsmødet blev spurgt om virkningerne af Achmea-dommen, vedrørte diskussionen kun denne doms indvirkning på den i ECT's artikel 26 fastsatte tvistbilæggelsesordnings forenelighed med EU-retten. Det skal understreges, at denne dom ikke vedrører de materielle bestemmelsers forenelighed med EU-retten, men alene foreneligheden med EU-retten af en lignende ordning, der er indført ved en BIT.

4. Konklusion vedrørende Domstolens kompetence

98. ECT's artikel 26 er efter min opfattelse ikke forenelig med EU-retten, for så vidt som den foreskriver anvendelse af en voldgiftsret, idet en sådan ordning til bilæggelse af tvister ikke kan finde anvendelse inden for Unionens retsorden.

99. For så vidt som det ikke på dette trin kan udelukkes, at de materielle bestemmelser i ECT, herunder ECT's artikel 1, nr. 6), kan finde anvendelse i Unionens retsorden, må det imidlertid ligeledes antages, at disse bestemmelser kan påberåbes af investorer fra en medlemsstat i forbindelse med en tvist mod en anden medlemsstat ved retterne i denne medlemsstat som omhandlet i ECT's artikel 26. Under disse omstændigheder skal såvel ECT's artikel 1, nr. 6), som ECT's artikel 26 anses for at kunne finde anvendelse inden for Unionens retsorden.

100. Det følger heraf, at det afgjort er i Unionens interesse, at disse bestemmelser fortolkes ensartet, således at Domstolen bør have kompetence til at besvare alle de præjudicielle spørgsmål.

B. Om realiteten

1. Det første præjudicielle spørgsmål: begrebet »investering« i ECT's artikel 1, nr. 6)

101. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om ECT's artikel 1, nr. 6), skal fortolkes således, at en fordring på baggrund af en kontrakt om salg af elektricitet, hvor en investor ikke har foretaget noget indskud i værtslandet, kan udgøre en investering.

102. I retsmødet har Komstroy gjort gældende, at begrebet »investering« er defineret i ECT, og at denne definition i sig selv er tilstrækkelig, selv om den understøttes af en ikke-udtømmende liste over eksempler på aktiver, der udgør en investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT. Selskabet har ligeledes gjort gældende, at den egentlige betydning af ordlyden af ECT's artikel 1, nr. 6), er klar, således at det hverken er nødvendigt at fortolke den eller at henvise til kriterier, der ligger uden for den givne definition. Komstroy har endelig gjort gældende, at ECT's artikel 1, nr. 6), selv bestemmer, at en kontraktmæssig fordring kan betragtes som en investering, idet der i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c) og f), henvises til henholdsvis »fordringer på penge« og »en ved [...] kontrakt [...] sikret rettighed«.

103. Republikken Moldova, den spanske, den nederlandske og den polske regering samt Kommissionen har gjort gældende, at en fordring i henhold til en købsaftale ikke kan udgøre en investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 6). De har gjort gældende, at når det i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), bestemmes, at en fordring på penge udgør en investering, er det på den ene betingelse, at fordringen er »i tilknytning til en investering«. En fordring i henhold til en købsaftale kan imidlertid ikke anses for at være »i tilknytning til en investering«. Republikken Moldova har endvidere understreget, at man må henholde sig til den almindelige betydning af udtrykket »investering«, som forudsætter et kapitalindskud, hvilket ikke er tilfældet i forbindelse med en kontraktmæssig fordring. Endelig har Republikken Moldova og Kommissionen understreget, at det er vigtigt at sondre mellem det, der henhører under en handel, og det, der henhører under en investering, idet kun investeringer er beskyttet af del III i ECT.

104. I ECT's artikel 1, nr. 6), defineres investering som »enhver form for aktiv, der ejes eller kontrolleres direkte eller indirekte af en investor«. Herved giver ECT en lidt upræcis definition, der umiddelbart synes at være begrænset af genstanden for den aktivitet, som investeringen er forbundet med. Det tilføjes i denne bestemmelse, at en investering i ECT's forstand skal være forbundet med en økonomisk aktivitet i energisektoren.

105. Denne definition suppleres af en ikke-udtømmende liste over præcise eksempler på investeringer som omhandlet i denne bestemmelse. Det følger heraf, således som Komstroy har gjort gældende, at når den pågældende fordring klart er omfattet af en af de investeringer, der udtrykkeligt er nævnt i ECT's artikel 1, nr. 6), er det i princippet ikke nødvendigt at foretage en fortolkning af denne bestemmelse⁶⁹.

106. Hvad angår kontraktmæssige fordringer kan disse være omfattet af definitionen i ECT's artikel 1, nr. 6), i henhold til såvel ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), som artikel 1, nr. 6), litra f). Der er tale om »fordringer på penge [...] af økonomisk værdi, i henhold til kontrakt og i tilknytning til en investering«⁷⁰, samt »en ved [...] kontrakt [...] sikret rettighed til en økonomisk aktivitet i energisektoren«⁷¹.

107. Jeg bemærker imidlertid, at selv om disse to bestemmelser giver eksempler på investeringer i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT, tilføjer de ligeledes yderligere betingelser for at kvalificere investeringen. For det første bestemmer ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), at en fordring på penge er en investering, forudsat at den er resultatet af en kontrakt, der i sig selv er tilknyttet en investering. For det andet bestemmer ECT's artikel 1, nr. 6), litra f), at en rettighed, der tildeles ved en kontrakt, er en investering, forudsat at den er tildelt med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet i energisektoren. Med andre ord er en fordring i henhold til en kontrakt ikke automatisk en investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT, idet visse begrænsninger er fastsat i teksten.

108. Tilføjelsen af disse betingelser gør det vanskeligt, om ikke umuligt, entydigt at knytte enhver kontraktmæssig fordring til den ene eller den anden form for investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 6). Der er således ingen tvivl om, at en kontraktmæssig fordring, navnlig når den er opstået i henhold til en kontrakt om salg af elektricitet, ikke kan være omfattet af ECT's artikel 1, nr. 6), litra c) eller f), uden at det på forhånd er blevet fastlagt, hvad de yderligere betingelser, der fastsættes i disse bestemmelser, indebærer.

109. Der skal derfor foretages en fortolkning af disse to bestemmelser, som i overensstemmelse med Wienerkonventionens artikel 31, stk. 1⁷², skal foretages »loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål«.

⁶⁹ Jf. herom i voldgiftsretspraksis *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd mod Kazakhstan* (sag nr. V 116/2010 ved handelskammeret i Stockholm (CSS)), kendelse af 19.12.2013, præmis 806, og i retslitteraturen E. Gaillard, *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, nr. 6), s. 160.

⁷⁰ ECT's artikel 1, nr. 6), litra c).

⁷¹ ECT's artikel 1, nr. 6), litra f).

⁷² Konvention om traktatretten, indgået i Wien den 23.5.1969 (*De Forenede Nationers traktatsamling*, bind 1155, s. 353) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

a) ECT's artikel 1, nr. 6), litra c)

110. ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), der bestemmer, at en fordring skal være opstået i henhold til en kontrakt i tilknytning til en investering, rummer efter min opfattelse en vis tvetydighed. Denne bestemmelse definerer nemlig de fordringer på penge, der kan anses for en investering, ved at henvise til begrebet »investering«. Begrebet »investering« er med andre ord både det definerede begreb og det begreb, der anvendes til at definere det. ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), har således karakter af en cirkelslutning⁷³.

111. Under disse omstændigheder og med henblik på at slippe ud af denne cirkelslutning kan udtrykket »investering« i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), kun forstås på en anden måde end den, der netop er omhandlet i denne bestemmelse. Som den polske regering har anført, er en fordring på penge kun en investering, hvis den er indgået i henhold til en kontrakt, der i sig selv er tilknyttet en anden investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT, som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for ECT's artikel 1, nr. 6), litra c).

112. Ingen af de andre investeringer, der er omhandlet i ECT's artikel 1, nr. 6), kan imidlertid forstås således, at de omfatter levering af elektricitet, som er genstand for den kontrakt, som den omhandlede fordring på penge hidrører fra. Ingen af bestemmelsens afsnit omhandler en simpel handelstransaktion⁷⁴. Det følger således af en ordlydsfortolkning af ECT's artikel 1, nr. 6), at en fordring, der udspringer af en kontrakt om levering af elektricitet, og som ikke har indebåret noget indskud, ikke er en fordring på penge i henhold til kontrakt af økonomisk værdi, der er tilknyttet en investering.

113. Ordlydsfortolkningen af ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), bekræftes dernæst af henvisningen til den almindelige betydning af ordet »investering«, der er nævnt i denne bestemmelse⁷⁵.

114. I sædvanlig sprogbrug betegner dette udtryk, således som Republikken Moldova og Kommissionen har gjort gældende, generelt en transaktion, der består af et økonomisk indskud af en vis varighed, og som indebærer en risiko⁷⁶.

⁷³ Jf. vedrørende den cirkulære karakter af definitionen af investeringer M. Pyka, *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitżu inwestycyjnym*, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 43 og 44.

⁷⁴ Der kan herske tvivl om, hvorvidt det er muligt at antage, at levering af elektricitet er omfattet af ECT's artikel 1, nr. 6), litra f), der omhandler »en ved [...] kontrakt [...] sikret rettighed til en økonomisk aktivitet i energisektoren«. Et sådant ræsonnement er i øvrigt blevet anvendt i voldgiftsretspraksis, jf. i denne henseende kendelse af 29.3.2005, *Petrobart Limited mod Den Kirgisiske Republik* (CSS-sag nr. 126/2003), s. 72. Henset til den fortolkning, som jeg foreslår at anlægge af ECT's artikel 1, nr. 6), litra f), bør en sådan mulighed imidlertid udelukkes. Jf. punkt 121 ff. i dette forslag til afgørelse.

⁷⁵ I retslitteraturen forfægtes det synspunkt, at der for så vidt angår definitionen af begrebet »investering« i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), alene skal henvises til dette udtryks almindelige betydning. Som den polske regering har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, sondres der i den engelske udgave af ECT nemlig mellem det engelske ord »Investment« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT, hvilket markeres med stort begyndelsesbogstav, og det engelske ord »investment« i ordets sædvanlige betydning med lille begyndelsesbogstav. De »investeringer«, der således adskiller sig fra de »Investeringer«, der er beskyttet af ECT, skulle således have en objektiv betydning som anført i punkt 114, 115 og 116 i dette forslag til afgørelse. Da det imidlertid præciseres i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), at en fordring skal være resultatet af en kontrakt »i tilknytning til en investering«, følger det heraf, at begrebet »investering« i dette tilfælde alene skal forstås objektivt under henvisning til udtrykkets sædvanlige betydning. Jf. vedrørende denne tankegang C. Baltag, *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, s. 174. Jeg er imidlertid ikke helt overbevist af denne argumentation, som alene hviler på den tekstmæssige formulering, som man i øvrigt ikke genfinder i alle sprogudgaver af ECT.

⁷⁶ Begrebet »investering« er på fransk bl.a. defineret som »placement de fonds en vue d'obtenir des revenus« (anbringelse af midler med henblik på at opnå indtægter), *Dictionnaire de l'Académie française*, 9. udg. På engelsk defineres »investment« som »the act of putting money [...] into something to make a profit«. Vedrørende udviklingen i definitionen af dette udtryk, jf. A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, s. 16 ff.

115. I samme retning har voldgiftsretspraksis i øvrigt gradvist udviklet en objektiv definition af begrebet »investering«, hvorefter en investering forudsætter, at tre elementer er til stede: investorens indskud, en vis gennemførelsesperiode og deltagelse i risiciene ved transaktionen⁷⁷.

116. Selv om denne definition er blevet udviklet i relation til begrebet »investering« i konventionen om bilæggelse af investeringstvister mellem stater og andre landes statsborgere, undertegnet i Washington den 18. marts 1965, forekommer den mig imidlertid at indeholde de væsentlige elementer af, hvad der kan udgøre en investering, og er i denne henseende ofte omtalt i retslitteraturen, når der skal foreslås en generel definition af dette begreb⁷⁸.

117. Ifølge denne forståelse af begrebet »investering« er en fordring på penge således en investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 6), forudsat at fordringen er opstået på grundlag af en kontrakt, der har indebåret et indskud fra den formodede investor, og en forventning om en fortjeneste, som ikke er garanteret. Denne forståelse af begrebet »investering« i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), genfindes i øvrigt i såvel voldgiftsretspraksis⁷⁹ som i retslitteraturen⁸⁰.

118. En kontrakt om levering af elektricitet er imidlertid en simpel handelstransaktion, som ikke kan være omfattet af begrebet »investering«, eftersom den hverken indebærer et indskud⁸¹ eller en forventning om indtægter, der afhænger af indskuddet. Jeg er således af den opfattelse, at en fordring, der udspringer af en kontrakt om levering af elektricitet, ikke er tilknyttet en investering og ikke opfylder betingelsen i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c).

119. Endelig understøttes en sådan fortolkning af begrebet »investering« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), af en gennemgang af den samlede logik i ECT og det indførte investeringsbeskyttelsessystem. Som Kommissionen har fremhævet, sondres der i ECT mellem handelsbestemmelserne i del II og reglerne om fremme og beskyttelse af investeringer i del III. En simpel handelstransaktion kan således ikke som sådan sidestilles med en investering, idet sondringen mellem det, der vedrører handel, og det, der vedrører investering, og som sådant kræver en særlig beskyttelse, ellers ikke ville have nogen mening⁸².

120. Begrebet »investering« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), kan således ikke falde sammen med en simpel handelsaktivitet, således at en fordring, der udspringer af en kontrakt om levering af elektricitet, og som ikke indebærer indskud eller forventninger om en gevinst på dette indskud, ikke kan være omfattet heraf.

⁷⁷ Jf. *Salini Costruttori S.p.A. og Italstrade S.p.A. mod Kongeriget Marokko* (ICSID-sag nr. ARB/00/4), kendelse af 23.7.2001, 129 *Journal du droit international* 196 (2002), præmis 52. Vedrørende analysen af denne retspraksis jf. M. Pyka, op.cit., s. 63-111, og M. Jeżewski, *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C.H. Beck, Warszawa, 2019, s. 127-134.

⁷⁸ Jf. C. Baltag, op.cit., s. 167-183, og C. Kessedjian og V. Pironon, op.cit., s. 206.

⁷⁹ Jf. bl.a. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. mod Kongeriget Spanien* (ICSID-sag nr. ARB/14/1), kendelse af 16.5.2018, præmis 195 ff., og *Isolux Netherlands BV mod Kongeriget Spanien* (CSS-sag nr. V 2013/153), kendelse af 17.7.2016, præmis 683 ff.

⁸⁰ Jf. C. Baltag, op.cit., s. 178 ff., og M. Audit, *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, nr. 3, s. 16.

⁸¹ Komstroy har i retsmødet gjort gældende, at indskuddet bestod i levering af elektricitet. Et sådant argument er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at kvalificere kontrakten om levering af elektricitet som en »kontrakt [...] i tilknytning til en investering«, eftersom dette ikke som sådan indebærer en risiko med hensyn til de forventede afkast af et sådant indskud.

⁸² Bl.a. ved hjælp af den tvistbilæggelsesordning, der er fastsat i ECT's artikel 26. Selv om visse handelstransaktioner undertiden har kendetegn, der kan begrunde, at de kvalificeres som »investering«, jf. på dette punkt M. Pyka, op.cit., s. 175-181. Jeg mener ikke, at en sådan analyse kan anvendes her.

b) ECT's artikel 1, nr. 6), litra f)

121. ECT's artikel 1, nr. 6), litra f), omhandler »en ved [...] kontrakt [...] sikret rettighed til en økonomisk aktivitet i energisektoren«. Jeg gør i denne forbindelse opmærksom på, at ECT's artikel 1, nr. 6), allerede generelt bestemmer, at en investering i ECT's forstand skal være knyttet til en økonomisk aktivitet i energisektoren. Betingelsen i ECT's artikel 1, nr. 6), litra f), kan således ikke forstås på samme måde, idet en sådan præcisering ellers ville miste sin betydning.

122. ECT's artikel 1, nr. 6), litra f), omfatter således ikke alle aftaleretlige rettigheder i forbindelse med en økonomisk aktivitet i energisektoren, men tilføjer en yderligere betingelse for, at en kontraktlig rettighed kan anses for en investering, der er beskyttet i henhold til ECT. Dette fremgår af selve ordlyden af denne bestemmelse. Anvendelsen af udtrykket »sikret rettighed til« indikerer således, at den pågældende kontraktrettighed skal være tildelt *med henblik på* udøvelse af en økonomisk aktivitet i energisektoren⁸³. Aftaleretten skal gøre det muligt at udøve en økonomisk aktivitet i energisektoren, som modtageren ikke ville kunne udøve uden denne rettighed. Med andre ord skal aftaleretten tillade udøvelsen af denne aktivitet og skabe betingelserne herfor⁸⁴.

123. Selv om en kontraktlig fordring er en rettighed i henhold til en kontrakt, kan den imidlertid ikke anses for at tillade udøvelse af en økonomisk aktivitet i energisektoren, når den erhverves *efter* dens stiftelse hos den oprindelige indehaver. Under disse omstændigheder giver fordringen ikke indehaveren ret til at udøve økonomisk aktivitet inden for energisektoren, men alene retten til at kræve betaling herfor.

124. Selv hvis man skulle tage hensyn til fordringens oprindelse, quod non, dvs. aftalen om levering af elektricitet, er det min opfattelse, at resultatet ville blive det samme. Selv om en kontrakt om salg af elektricitet mellem to selskaber ganske vist gør det muligt for det ene selskab at levere elektricitet til det andet selskab, er det ikke denne kontrakt, der tillader udøvelse af en økonomisk aktivitet inden for energisektoren. Selskabet, der leverer elektricitet, er nemlig allerede i stand til at levere den pågældende elektricitet til sin medkontrahent, således at kontrakten under ingen omstændigheder indeholder en tilladelse eller en rettighed til at udøve økonomisk aktivitet inden for energisektoren i værtslandet.

125. En sådan fordring er derfor efter min opfattelse ikke omfattet af ECT's artikel 1, nr. 6), litra f).

126. Det følger af det ovenstående, at hverken ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), eller artikel 1, nr. 6), litra f), skal fortolkes således, at en fordring, der udspringer af en kontrakt om levering af elektricitet, som ikke har indebåret noget indskud, er en investering i disse bestemmelsers forstand.

c) Den generelle definition af begrebet »investering« i ECT's artikel 1, nr. 6)

127. Det forholder sig ikke desto mindre således, at ECT's artikel 1, nr. 6), ligeledes fastsætter en – ganske vist vag – generel definition af begrebet »investering«, og at den liste over investeringer, som bestemmelsen indeholder, ikke er udtømmende. Man kunne således forsvare tanken om, at

⁸³ En sådan fortolkning fremgår i øvrigt endnu tydeligere af den engelske udgave af ECT: »any right conferred [...] by contract [...] to undertake any economic activity in the energy sector« (enhver [...] ved kontrakt [...] sikret rettighed *til at udøve* en økonomisk aktivitet i energisektoren) (min fremhævelse).

⁸⁴ Det typiske eksempel på en sådan kontraktrettighed er en koncession til at drive en infrastruktur på den kontraherende parts område.

en fordring, der ikke er omfattet af ECT's artikel 1, nr. 6), litra c) eller f), alligevel kunne udgøre en investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 6), idet den udgør et »aktiv, der ejes eller kontrolleres direkte eller indirekte af en investor«.

128. Denne argumentation er ikke overbevisende. Som jeg har fremhævet⁸⁵, er kontraktmæssige fordringer de eneste aktiver, for hvilke ECT's artikel 1, nr. 6), fastsætter udtrykkelige begrænsninger for, at de kan anerkendes som investeringer. Man kan derfor ikke henvise til den generelle definition af begrebet »investering« alene med det formål at undgå de begrænsninger, der ellers er fastsat i ECT's artikel 1, nr. 6), litra c) og f), uden at benægte eksistensen af disse præcise bestemmelser og foretage en fortolkning contra legem af begrebet »investering« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT.

129. Jeg foreslår derfor, at det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at ECT's artikel 1, nr. 6), skal fortolkes således, at en fordring i henhold til en kontrakt om levering af elektricitet, som ikke har indebåret noget indskud, ikke er en investering i denne bestemmelses forstand.

2. Det andet præjudicielle spørgsmål

130. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om ECT's artikel 26, stk. 1, skal fortolkes således, at en virksomhed fra en kontraherende parts erhvervelse af en fordring, der er stiftet af en økonomisk operatør fra et tredjeland i forhold til ECT, udgør en investering.

131. Jeg gør i denne henseende opmærksom på, at den omhandlede fordring udspringer af et kontraktforhold mellem Moldtranselectro og Derimen, idet sidstnævnte selskab er registreret i De Britiske Jomfruøer, dvs. et tredjeland i forhold til ECT.

132. Ifølge ECT's artikel 26, stk. 1, er det muligt at bilægge tvister mellem en kontraherende part og en investor fra en anden kontraherende part, når tvisten vedrører en investering *foretaget af denne investor*. Den forelæggende ret er i tvivl om den eventuelle betydning af fordringens oprindelse, når denne fordring oprindeligt er blevet stiftet af en økonomisk operatør fra et tredjeland i forhold til ECT, for dens kvalificering som »investering« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 26, stk. 1, hvorefter en sådan investering skal være foretaget af en investor fra en kontraherende part.

133. Jeg bemærker indledningsvis, at det, henset til mit forslag til besvarelse af det første spørgsmål, ikke er nødvendigt at besvare det andet spørgsmål, for så vidt som den benægtende besvarelse af det første spørgsmål betyder, at det ikke er nødvendigt at afgøre, om fordringens oprindelse har betydning for, hvorvidt fordringen kan anses for en investering foretaget af en investor i en kontraherende part som omhandlet i ECT's artikel 26, stk. 1.

134. For fuldstændighedens skyld vil jeg alligevel undersøge det andet præjudicielle spørgsmål for det tilfælde, at Domstolen ikke er enig i min analyse af det første spørgsmål, idet det antages, at en sådan fordring kan udgøre en investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 6).

⁸⁵ Jf. nærværende forslag til afgørelses punkt 107.

135. Som den forelæggende ret har anført, og som Republikken Moldova har fremhævet, skal der ved afgørelsen af, om en investering er »foretaget af en investor fra en kontraherende part«, henvises til ECT's artikel 1, nr. 8), hvori udtrykket »foretage investeringer« defineres. Denne bestemmelse fastsætter bl.a., at en investering kan gennemføres ved at erhverve en bestående investering helt eller delvis. Den kræver derimod ikke, at den pågældende bestående investering oprindeligt blev oprettet i en stat, der er part i ECT.

136. Republikken Moldova har imidlertid gjort gældende, at en sådan betingelse foreligger. Ifølge Republikken Moldova skal udtrykket »bestående investering« forstås i henhold til definitionen af »investering« i ECT's artikel 1, nr. 6), der bestemmer, at en investering skal »ejes eller kontrolleres direkte eller indirekte af en investor«. Republikken Moldova har imidlertid anført, at ECT's artikel 1, nr. 7), definerer begrebet »investor« som »et selskab eller anden form for organisation, der er stiftet i overensstemmelse med [en] kontraherende parts lovgivning«. Republikken Moldova har således gjort gældende, at eftersom den økonomiske operatør, der oprindeligt var indehaver af den pågældende fordring, er en operatør fra et tredjeland i forhold til ECT, kan denne ikke anses for investor i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 7), hvorfor den pågældende fordring ikke kan udgøre en »bestående investering«, der foretages af et selskab i en kontraherende part i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 1, nr. 8), og artikel 26, stk. 1.

137. Denne argumentation er ikke overbevisende. Selv om Republikken Moldovas argumentation vedrørende nødvendigheden af at henvise til ECT's artikel 1, nr. 6)-8), for at definere, hvad udtrykket »investering foretaget af« dækker, skal tiltrædes, er den konklusion, som Republikken Moldova er nået frem til, imidlertid baseret på en ufuldstændig læsning af disse artikler.

138. Som jeg har anført⁸⁶, fastsætter ECT's artikel 1, nr. 8), ingen betingelser vedrørende den bestående investerings geografiske oprindelse, og de undersøgte bestemmelser fastsætter udtrykkeligt, at en sådan investering kan være stiftet af en økonomisk operatør fra et tredjeland i forhold til ECT. I ECT's artikel 1, nr. 7), defineres begrebet »investor« for så vidt angår såvel de kontraherende parter som tredjelande. Det er således klart anerkendt, at en investor kan komme fra et tredjeland i forhold til ECT, uden at dette dog indebærer, at de investeringer, som investoren foretager, ikke er bestående investeringer i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT⁸⁷.

139. Under disse omstændigheder har det forhold, at fordringen er blevet stiftet af en økonomisk operatør fra et tredjeland i forhold til ECT, ingen betydning for, om den kan kvalificeres som en »bestående investering«, eftersom denne økonomiske operatør ifølge ECT ligeledes skal anses for investor.

140. Det følger heraf, at en økonomisk operatør i en kontraherende parts erhvervelse af en fordring, der er stiftet af en økonomisk operatør fra et tredjeland i forhold til ECT, skal anses for erhvervelse af en bestående investering og dermed for at udgøre en investering foretaget af en investor fra en kontraherende part i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT.

⁸⁶ Jf. nærværende forslag til afgørelses punkt 135.

⁸⁷ Det skal præciseres, at selv om en investering foretaget af en investor fra et tredjeland i forhold til ECT ganske vist er en investering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT, er den ikke en investering, der er *beskyttet* af teksten, idet de materielle bestemmelser om fremme og beskyttelse af investeringer udtrykkeligt og udelukkende vedrører investeringer foretaget af investorer fra de kontraherende parter. Jf. bl.a. ECT's artikel 10: »Alle kontrahenterne skal [...] fremme og skabe stabile, rimelige, gunstige og gennemsigtige betingelser for, at *investorer fra andre kontraherende parter* kan foretage investeringer på deres område. Disse betingelser omfatter forpligtelse til altid at tilstå *investeringer foretaget af investorer fra andre kontraherende parter* loyal og rimelig behandling.« (Min fremhævelse.)

141. Republiken Moldova, Komstroy og Kommissionen har imidlertid taget forbehold med hensyn til muligheden for misbrug af rettigheder under disse omstændigheder. Det kan nemlig ikke udelukkes, at en investering, der er stiftet af en økonomisk operatør fra et tredjeland i forhold til ECT, kun erhverves af en investor fra en kontraherende part med det formål at nyde godt af den beskyttelse, som ECT yder, navnlig med henblik på at påberåbe sig ECT's artikel 26, stk. 1, for at anlægge sag mod en kontraherende part, hvilket ellers ikke ville have været muligt.

142. Selv om det er korrekt, at en sådan mulighed foreligger, er den imidlertid ikke tilstrækkelig til automatisk at udelukke en investering, der er erhvervet fra en økonomisk operatør fra et tredjeland i forhold til ECT, fra den beskyttelse af investeringer, der følger af anvendelsen af tvistbilæggelsesordningen. Jeg mener ikke alene, at en sådan fortolkning er uforenelig med de tidligere undersøgte bestemmelser i ECT, men at den indebærer, at ingen investering, der er erhvervet fra en udenlandsk investor, nogensinde vil være beskyttet i henhold til ECT.

143. Under disse omstændigheder kan spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger misbrug af rettigheder, kun tages i betragtning kasuistisk, og det kan ikke danne grundlag for et princip om, at en investering, som en investor fra en kontraherende part har erhvervet fra en investor fra et tredjeland i forhold til ECT, ikke skal anses for en investering foretaget af førstnævnte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i ECT's artikel 26, stk. 1. Det tilkommer derfor den forelæggende ret at undersøge årsagerne til Komstroys erhvervelse af den omhandlede fordring med henblik på at afgøre, om denne erhvervelse alene havde til formål at anlægge sag mod Republiken Moldova i henhold til ECT.

144. Såfremt Domstolen ikke er enig i min analyse af det første præjudicielle spørgsmål, foreslår jeg derfor, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares med, at ECT's artikel 26, stk. 1, skal fortolkes således, at erhvervelsen af en fordring, der er stiftet hos en investor fra et tredjeland i forhold til ECT, er en investering som omhandlet i denne bestemmelse, medmindre en sådan erhvervelse udelukkende har til formål at blive omfattet af beskyttelsen i henhold til bestemmelserne i ECT og navnlig at gøre det muligt at anlægge sag mod en kontraherende part ved en voldgiftsret, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

3. Det tredje præjudicielle spørgsmål

145. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om ECT's artikel 26, stk. 1, skal fortolkes således, at en fordring tilhørende en investor, som er opstået på grundlag af en kontrakt om salg af elektricitet, der leveres ved værtsstatens grænse, kan udgøre en investering foretaget på en anden kontraherende parts område, hvis ikke denne investor har udøvet nogen økonomisk aktivitet på den pågældende stats territorium.

146. Jeg bemærker også her, at det tredje spørgsmål er subsidiært. Hvis det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at en fordring, der udspringer af en kontrakt om levering af elektricitet, ikke er en investering, er det nemlig ikke relevant at afgøre, om denne fordring er stiftet på en anden kontraherende parts *område*.

147. For fuldstændighedens skyld vil jeg imidlertid besvare det tredje præjudicielle spørgsmål for det tilfælde, at Domstolen ikke er enig i min analyse af det første og det andet spørgsmål, idet det antages, quod non, at en fordring, der udspringer af en kontrakt om levering af elektricitet, er en investering som omhandlet i ECT.

148. Republiken Moldova, støttet i denne retning af den spanske regering og Kommissionen, har gjort gældende, at der ikke er foretaget nogen investeringer på dens område, eftersom den elektricitet, der blev leveret i henhold til den kontrakt, som fordringen udspringer af, kun blev leveret til grænsen mellem Ukraine og Moldova på den ukrainske side.

149. En sådan argumentation bygger på en læsning af ECT's artikel 1, nr. 6), litra c), som bestemmer, at en fordring på penge er en investering, hvis den er stiftet i henhold til en kontrakt, der selv er tilknyttet en investering. Efter min opfattelse ser den imidlertid bort fra et væsentligt element. Selv om det er relevant at undersøge den investering, som den kontrakt, den pågældende fordring udspringer af, er tilknyttet, for at kunne kvalificere fordringen som »investering«, er den omhandlede investering, når dette er fastslået, alene fordringen, uden at det er nødvendigt på ny at henvise til den tilknyttede investering på et senere tidspunkt.

150. Den investering, der er genstand for tvisten, og som derfor skal undersøges i lyset af ECT's artikel 26, stk. 1, er således ikke leveringen af elektricitet i henhold til den kontrakt, som fordringen udspringer af, men selve fordringen. Det drejer sig således kun om at fastslå, hvorvidt erhvervelsen af en sådan fordring kan anses for at være en investering på Moldovas område, uden at det er nødvendigt at fastslå, om den kontrakt, i henhold til hvilken fordringen er stiftet, er tilknyttet en investering, der selv foretages på dette område.

151. Den pågældende investering, dvs. fordringen, indehaves i den foreliggende sag af en ukrainsk investor over for et selskab etableret i Moldova. I ECT's artikel 1, nr. 10), defineres udtrykket »område« helt enkelt som »det under statens suverænitet hørende territorium«. Det følger heraf, at en fordring på et selskab, der er etableret på Moldovas område, kan anses for en investering foretaget på denne kontraherende parts område, idet skyldnerens placering er tilstrækkelig til at fastslå dette.

152. Under alle omstændigheder ville resultatet være blevet det samme, hvis man lagde Republiken Moldovas argument om, at det er nødvendigt ligeledes at efterprøve, på hvilket område den investering, som er tilknyttet den kontrakt, fordringen udspringer af, er foretaget, til grund.

153. Elektriciteten leveres formelt frem til grænsen til Moldova. Medmindre der lægges en alt for formalistisk løsning til grund, forholder det sig ikke desto mindre således, at elektriciteten i sidste ende indføres på det moldoviske net, og at denne omstændighed udgør den væsentligste årsag til problemet. Om den økonomiske operatør har leveret elektriciteten på den ene eller den anden side af grænsen, har ikke nogen betydning for dette resultat⁸⁸. Den leverede elektricitet er stadig beregnet til at blive distribueret på Moldovas område og dermed på den kontraherende parts område⁸⁹.

154. Såfremt Domstolen ikke er enig i min analyse af det første og det andet præjudicielle spørgsmål, foreslår jeg derfor, at det tredje præjudicielle spørgsmål besvares med, at ECT's artikel 26, stk. 1, skal fortolkes således, at en fordring, der indehaves af en investor fra en kontraherende part over for en økonomisk operatør fra en anden kontraherende part, er en investering, som førstnævnte har foretaget på sidstnævntes område.

⁸⁸ M. Audit, op.cit.

⁸⁹ Dette gælder så meget desto mere, som det for så vidt angår elektricitet er rent fiktivt at forestille sig en levering ved grænsen. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er elektricitetsnettene i Ukraine og Moldova sammenkoblede, og det er urimeligt at antage, at elektriciteten leveres til et punkt A og lagres der, mens man venter på, at modtageren afhenter den samme sted.

V. Forslag til afgørelse

155. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 1, nr. 6), i energichartertraktaten, undertegnet i Lissabon den 17. december 1994 og godkendt på Den Europæiske Unions vegne ved Rådets og Kommissionens afgørelse 98/181/EF, EKSF, Euratom af 23. september 1997 om De Europæiske Fællesskabers indgåelse af energichartertraktaten og energicharterprotokollen om energieffektivitet og de hermed forbundne miljøaspekter, skal fortolkes således, at en fordring, der udspringer af en kontrakt om levering af elektricitet, hvor der ikke er foretaget noget indskud, ikke er en investering som omhandlet i denne bestemmelse.«