

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 15 maart 2011¹

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak betreft de verhouding tussen de Unierechtelijke verplichtingen van Slowakije ertoe strekkende niet-discriminerende toegang tot het elektriciteitstransmissienetwerk te verzekeren overeenkomstig richtlijn 2003/54/EG (hierna: „richtlijn 2003/54”)² en haar verplichtingen op grond van een vóór haar toetreding tot de Europese Unie op 1 mei 2004 met Zwitserland op 5 oktober 1990 gesloten overeenkomst voor de bevordering en wederzijdse veiligstelling van

investeringen (hierna: „Investeringsbeschermingsakkoord”).³

2. Het onderhavige geding draait om een op 27 oktober 1997 tussen een Zwitsers bedrijf [Aare-Tessin AG für Elektrizität (hierna: „ATEL”)] en een netbeheerder gecontroleerd door de Slowaakse overheid [destijds bekend als Slovenské elektrárne a.s., en later als Slovenská elektrizačná prenosová sústava a.s. (hierna: „SEPS”)] privaatrechtelijke overeenkomst (hierna: „de overeenkomst”). Op grond van deze overeenkomst betaalde ATEL meer dan de helft van de bouwkosten van de nog aan te leggen Lemesany-Krosnolijn tussen Polen en Slowakije in ruil voor prioritaire toegang tot de lijn voor een bepaalde en niet hernieuwbare periode van ten hoogste zestien jaar.

3. De Commissie vordert nu een verklaring van het Hof dat Slowakije door geen

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB 2003, L 176, blz. 37). Richtlijn 2003/54 werd voorafgegaan door richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20) (hierna: „richtlijn 96/92”). Richtlijn 2003/54 werd onlangs ingetrokken en vervangen door richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG (PB 2009, L 211, blz. 55) (hierna: „richtlijn 2009/72”).

3 — De overeenkomst werd gesloten tussen de Tsjechische en Slowaakse Republiek en de Zwitserse Bondsstaat. Er zijn geen problemen gerezen inzake de staatopvolging van Tsjechoslowakije en de toepasselijkheid van het Investeringsbeschermingsakkoord op Slowakije nadat het onafhankelijk was geworden.

niet-discriminerende toegang tot het elektriciteitstransmissiesysteem te verzekeren, de krachtens de artikelen 20, lid 1, en 9, sub e, van richtlijn 2003/54 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen. Hoewel de Commissie het Hof niet uitdrukkelijk verzoekt te verklaren dat Slowakije de overeenkomst dient te ontbinden, stelt zij in haar bij het Hof ingediende opmerkingen dat Slowakije niet verplicht is de overeenkomst te laten bestaan. Verder betoogt zij dat het louter niet toepassen van de overeenkomst onvoldoende zou zijn om de aangevoerde niet-nakoming te verhelpen. In dit opzicht heeft de Commissie het Hof impliciet verzocht zich uit te spreken over de vraag of Slowakije de overeenkomst zou moeten ontbinden.

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Volkenrecht*

1. Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht tussen staten en internationale organisaties⁴

5. Artikel 31 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht tussen staten en internationale organisaties, met als opschrift „Algemene regel van uitlegging”, bepaalt:

„1. Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.

[...]

4. Slowakije voert op haar beurt aan dat de overeenkomst als investering wordt beschermd door het Verdrag inzake het Energiehandvest, en dat richtlijn 2003/54 dient te worden uitgelegd conform de verplichtingen van de Europese Unie in het kader van het Verdrag inzake het Energiehandvest.

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

⁴ — Gedaan te Wenen op 23 mei 1969, en in werking getreden op 27 januari 1980, UN Doc. A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) (hierna: „Verdrag van Wenen”). Beide landen zijn partij bij het Verdrag van Wenen, Slowakije wegens staatoptvolging.

2. Verdrag inzake het Energiehandvest⁵

6. Artikel 10, lid 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest bepaalt:

„Elke verdragsluitende partij bevordert en schept overeenkomstig de bepalingen van dit Verdrag stabiele, billijke, gunstige en transparante voorwaarden voor het doen van investeringen op haar grondgebied door investeerders van andere verdragsluitende partijen. Tot die voorwaarden behoort de verbintenis investeringen van investeerders van andere verdragsluitende partijen steeds eerlijk en billijk te behandelen. Dergelijke investeringen genieten voorts duurzame bescherming en zekerheid en de verdragsluitende partijen doen niet met onredelijke of discriminerende maatregelen afbreuk aan het beheer, de instandhouding, het gebruik en het genot ervan en de beschikking erover. In geen geval mogen deze investeringen minder gunstig worden behandeld dan het internationale recht, met inbegrip van in het kader van verdragen aangegane verplichtingen, vereist. Elke verdragsluitende partij moet verplichtingen die zij is aangegaan ten aanzien van investeerders of met betrekking tot investeringen door investeerders van een andere verdragsluitende partij nakomen.”

5 — Het Verdrag inzake het Energiehandvest werd ondertekend in december 1994 en heeft kracht van wet gekregen in april 1998. Slowakije, Zwitserland en de Europese Gemeenschap waren op het relevante tijdstip alle overeenkomstsluitende partij bij het Verdrag inzake het Energiehandvest.

7. Artikel 13 van het Verdrag inzake het Energiehandvest betreft onteigening, en bepaalt te dien aanzien het volgende:

„1. Investerings van investeerders van een verdragsluitende partij op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij mogen niet worden genationaliseerd, onteigend of onderworpen aan maatregelen met een soortgelijk effect als nationalisatie of onteigening (hierna: ‚Onteigening’), behalve wanneer de onteigening:

- a) geschiedt in het algemeen belang,
- b) niet discriminerend is,
- c) geschiedt met inachtneming van een behoorlijke rechtsgang en
- d) gepaard gaat met de betaling van prompte, adequate en doeltreffende compensatie.

[...]”

3. Het Investeringsbeschermingsakkoord

8. Artikel 1, met als opschrift „Definities”, van het Investeringsbeschermingsakkoord luidt als volgt:

”[...]

(2) De term ‚investeringen’ omvat alle soorten activa en in het bijzonder:

[...]

(c) vorderingen en rechten betreffende om het even welke prestatie met een economische waarde;

[...]”

9. Artikel 3, met als opschrift „Bevordering en toelating”, van het Investeringsbeschermingsakkoord bepaalt:

„(1) Elke contractpartij zal op haar grondgebied investeringen door investeerders van de andere contractpartij bevorderen en deze investeringen toelaten overeenkomstig haar wetten en reglementen.

[...]”

10. Artikel 4, met als opschrift „Bescherming, behandeling”, luidt:

(1) Elke contractpartij zal op haar grondgebied de overeenkomstig haar wetten en reglementen door investeerders van de andere contractpartij gedane investeringen beschermen en zal de bedrijfsvoering, het onderhoud, het gebruik, het genot, de uitbreiding, de verkoop en de liquidatie van deze investeringen niet door onredelijke of discriminerende maatregelen belemmeren. [...]

(2) Elke contractpartij zal op haar grondgebied een eerlijke en billijke behandeling

garanderen van de investeringen door investeerders van de andere contractpartij. Deze behandeling zal niet minder gunstig zijn dan de behandeling door elke contractpartij van op haar grondgebied door haar investeerders gedane investeringen of dan de behandeling door elke contractpartij van op haar grondgebied door de meestbegunstigde natie gedane investeringen, indien deze laatste behandeling gunstiger is. [...]

11. Artikel 6, met als opschrift „Buitenbezitting, vergoeding”, bepaalt:

„(1) Geen enkele contractpartij mag betreffende de investeringen van investeerders van de andere contractpartij direct of indirect maatregelen nemen tot onteigening, tot nationalisatie of van soortgelijke aard of met hetzelfde effect als nationalisatie of onteigening, behalve wanneer deze maatregelen worden genomen wegens redenen van algemeen belang en op voorwaarde dat zij niet discriminerend zijn, conform de wettelijke voorschriften zijn en gepaard gaan met de betaling van een wezenlijke en doeltreffende compensatie.”

12. Artikel 9, met als opschrift „Geschillen tussen een contractpartij en een investeerder van de andere contractpartij”, luidt:

„(1) Zonder afbreuk te doen aan artikel 10 van het Investeringsbeschermingsakkoord (Geschillen tussen contractpartijen), zullen

de betrokken partijen met elkaar overleggen om geschillen inzake investeringen tussen een contractpartij en een investeerder van de andere contractpartij op te lossen.

(2) Indien dit overleg niet binnen zes maanden een oplossing oplevert, zal het geschil op verzoek van de investeerder worden voorgelegd aan een scheidsgerecht. Een dergelijk scheidsgerecht wordt als volgt gevormd:

(a) Het scheidsgerecht wordt gevormd voor elke zaak. [...]

(b) Indien de sub a vermelde termijnen niet in acht worden genomen, kan iedere bij het geschil betrokken partij, bij gebrek aan om het even welk akkoord, de voorzitter van de arbitragecommissie van de Internationale Kamer van Koophandel in Parijs verzoeken de noodzakelijke aanstellingen te doen. [...]

(c) Tenzij de partijen bij het geschil anders overeenkomen, stelt het scheidsgerecht zijn eigen procedureregels vast. Zijn beslissingen zijn definitief en bindend. Elke contractpartij zal zorg dragen voor de erkenning en de tenuitvoerlegging van de uitspraak van het scheidsgerecht. [...]

(3) Ingeval beide contractpartijen partij zijn bij het Verdrag van Washington van 18 maart 1965 inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten, kan een

geschil in de zin van onderhavig artikel op verzoek van de betrokken investeerder worden voorgelegd aan het International Centre for Settlement of Investment Disputes (het Internationale Centrum voor beslechting van investeringsgeschillen), zulks als alternatief voor de procedure bedoeld in lid 2 van dit artikel.

[...]

(5) Geen enkele contractpartij zal een aan een scheidsgerecht voorgelegd geschil langs diplomatieke weg vervolgen tenzij de andere contractpartij zich niet houdt aan de uitspraak van het scheidsgerecht."

13. Artikel 10, getiteld „Geschillen tussen contractpartijen”, bepaalt:

„(1) Geschillen tussen contractpartijen over de uitlegging of de toepassing van de bepalingen van dit Verdrag worden langs diplomatieke weg geregeld.

(2) Indien beide contractpartijen niet binnen twaalf maanden na het begin van hun geschil tot een akkoord kunnen komen, zal het geschil op verzoek van één van beide contractpartijen worden voorgelegd aan een scheidsgerecht bestaande uit drie leden. Elke contractpartij duidt een arbiter aan, en deze twee arbiters duiden een voorzitter aan die onderdaan van een derde Staat is.

[...]

(7) De beslissingen van het scheidsrecht zijn definitief en bindend voor elke contractpartij.”

14. Artikel 11, getiteld „Naleving van de verplichtingen”, bepaalt:

„Elke contractpartij verzekert voortdurend de naleving van de door haar aangegane verplichtingen betreffende de investeringen door de investeerders van de andere contractpartij.”

staten anderzijds, worden door de bepalingen van dit Verdrag niet aangetast.

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

[...]”

B — *Unierecht*

1. Het EG-Verdrag⁶

15. Artikel 307 EG bepaalt:

„1. De rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór 1 januari 1958 of, voor de toetredende staten, vóór de datum van hun toetreding gesloten tussen één of meer lidstaten enerzijds en één of meer derde

2. Richtlijn 2003/54

16. Artikel 9, met als opschrift „Taken van transportnetbeheerder”, van richtlijn 2003/54 luidt te dien aanzien als volgt:

„Elke transportnetbeheerder heeft de taak:

[...]”

e) zich te onthouden van discriminatie tussen gebruikers of categorieën gebruikers van het net, met name ten gunste van verwante bedrijven.

⁶ — Aangezien het onderhavige beroep wegens niet-nakoming werd ingesteld vóór de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (PB 2008, C 115, blz. 47), zijn de verwijzingen naar het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (PB 2002, C 325, blz. 33) overal gehandhaafd.

[...]”

17. Artikel 20, met als opschrift „Toegang van derden”, van richtlijn 2003/54, luidt als volgt:

„1. De lidstaten dragen zorg voor de invoering van een systeem voor toegang van derden tot de transport- en distributiesystemen, gebaseerd op gepubliceerde tarieven die voor alle in aanmerking komende afnemers gelden en die objectief worden toegepast zonder onderscheid te maken tussen gebruikers van het net. De lidstaten zorgen ervoor dat deze tarieven of de aan de berekening daarvan ten grondslag liggende methodes voorafgaand aan hun toepassing worden goedgekeurd overeenkomstig artikel 23 en dat deze tarieven en, wanneer alleen de methodes zijn goedgekeurd, de methodes worden gepubliceerd voordat zij in werking treden.

2. De beheerder van een transport- of distributienet kan de toegang weigeren wanneer hij niet over de nodige capaciteit beschikt. De weigering moet naar behoren met redenen worden omkleed waarbij met name het bepaalde in artikel 3 in acht moet worden genomen. Wanneer de toegang wordt geweigerd, zorgen de lidstaten er zo nodig voor dat de transport- of distributienetbeheerder relevante informatie verstrekt over de voor de versterking van het net vereiste maatregelen. Aan degene die om dergelijke informatie verzoekt kan een redelijke vergoeding in rekening worden gebracht voor de aan de verstrekking van die informatie verbonden kosten.”

18. De in artikel 26 van richtlijn 2003/54/EG vermelde derogaties zijn in deze zaak niet van toepassing.

19. Overeenkomstig artikel 29 van richtlijn 2003/54 wordt richtlijn 96/92 met ingang van 1 juli 2004 ingetrokken, onverminderd de verplichtingen van de lidstaten betreffende de termijnen voor omzetting en toepassing van voornoemde richtlijn.

20. Overeenkomstig artikel 30 van richtlijn 2003/54 laten de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 1 juli 2004 aan deze richtlijn te voldoen.

21. Overeenkomstig artikel 31 van richtlijn 2003/54 treedt deze laatste in werking op de twintigste dag volgend op die van haar bekendmaking, te weten 15 juli 2003, in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

3. Verordening nr. 1228/2003⁷

22. Artikel 7, met als opschrift „Nieuwe interconnectoren”, luidt te dien aanzien als volgt:

„1. Nieuwe gelijkstroom interconnectoren kunnen op verzoek worden vrijgesteld van

7 — Verordening (EG) nr. 1228/2003 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit (PB L 176, blz. 1).

het bepaalde in artikel 6, lid 6, van deze verordening, alsmede artikel 20 en artikel 23, leden 2, 3 en 4, van richtlijn 2003/54/EG, mits aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

a) de investering moet de mededinging in de elektriciteitsvoorziening bevorderen;

b) de risico's die aan de investering zijn verbonden zijn van dien aard dat de investering niet zou plaatsvinden tenzij er een vrijstelling wordt verleend;

c) de interconnector moet eigendom zijn van een natuurlijke of rechtspersoon die op zijn minst qua rechtsvorm gescheiden is van de netbeheerders in wier netten die interconnector wordt ingebouwd;

d) er worden tarieven in rekening gebracht bij de gebruikers van die interconnector;

e) sedert de gedeeltelijke marktopening, als bedoeld in artikel 19 van richtlijn 96/92/EG, is geen enkel deel van de kapitaal- of exploitatiekosten van de interconnector gerecupereerd uit enig bestanddeel van de tarieven die voor het gebruik van door de interconnector verbonden transmissie- of distributiesystemen in rekening zijn gebracht;

f) de vrijstelling gaat niet ten koste van de mededinging of de efficiënte werking van de interne elektriciteitsmarkt, dan wel de efficiënte werking van het gereguleerde systeem waarmee de interconnector verbonden is.

[...]

3. Het bepaalde in lid 1 is ook van toepassing op aanzienlijke verhogingen van de capaciteit van bestaande interconnectoren.

4. a) De regelgevende instantie kan per geval een besluit nemen over de in de leden 1 en 2 bedoelde vrijstelling. De lidstaten kunnen evenwel bepalen dat de regelgevende instanties hun advies over het verzoek om vrijstelling voorleggen aan het desbetreffende orgaan in de lidstaat met het oog op een formeel besluit. Dit advies zal samen met het besluit worden gepubliceerd.

[...]

5. Het besluit tot verlening van vrijstelling wordt door de bevoegde instantie onverwijld ter kennis van de Commissie gebracht, samen met alle relevante informatie over het besluit. De informatie kan in geaggregeerde vorm aan de Commissie worden voorgelegd om haar in staat te stellen een gefundeerd besluit te nemen.

[...]

Binnen twee maanden na ontvangst van deze kennisgeving kan de Commissie eisen dat de betrokken regelgevende instantie of lidstaat

het besluit tot verlening van de vrijstelling wijzigt of intrekt. De termijn van twee maanden kan met één maand worden verlengd indien de Commissie aanvullende informatie behoeft.

Lemesany-Krosnotransmissielijn in Slowakije noodzakelijke kosten, en een om de paar jaar volgens een in de overeenkomst gestipuleerde formule te herberekenen transmissievergoeding.

[...]"

25. De in het Duits opgestelde overeenkomst is een privaatrechtelijke, door het Oostenrijkse recht beheerste handeling. Zij bepaalt dat geschillen tussen partijen overeenkomstig de regels van de Internationale kamer van koop-handel te Parijs aan een scheidsrechterlijke beslissing dienen te worden voorgelegd.

III — Feiten en procesverloop

23. Op 27 oktober 1997 sloten ATEL en de rechtsvoorganger van SEPS de overeenkomst waarbij SEPS ATEL het recht verleende om 300 MW te transporteren op een 400 kV elektriciteitstransmissielijn. De betrokken lijn was de nog aan te leggen Lemesany-Krosnotransmissielijn tussen Polen en Slowakije. Het transportrecht werd toegestaan voor een periode van zestien jaar tot uiterlijk 31 september 2014. Slowakije was geen partij bij de overeenkomst. Verwacht werd dat de transmissielijn vanaf 1 oktober 1998 in gebruik zou zijn. ATEL had het recht om zich uit de overeenkomst terug te trekken indien de lijn niet uiterlijk op 1 oktober 1999 in gebruik zou zijn.

24. In ruil voor deze transmissiecapaciteit diende ATEL een eenmalige vergoeding te betalen van een forfaitair bedrag van meer dan 50% van de voor de bouw van de

26. Op 16 april 2003 ondertekende Slowakije het Toetredingsverdrag. Kort daarna, op 26 juni 2003, werd richtlijn 2003/54 gepubliceerd. Op 1 mei 2004 trad Slowakije toe tot de Europese Unie.⁸ Van een lidstaat wordt verlangd alle uit het EG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen na te leven. Aangezien de implementatieperiode van richtlijn 2003/54 in juni 2004 eindigde, maakte deze richtlijn geen deel uit van het door Slowakije bij de toetreding te implementeren *acquis communautaire*. Verder bevatte de Toetredingsakte geen voorwaarden met betrekking tot de toepassing van richtlijn 96/92 op Slowakije.⁹

8 — Verdrag tussen het Koninkrijk België, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Portugese Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (lidstaten van de Europese Unie) en de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië, de Slowaakse Republiek betreffende de toetreding van de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek tot de Europese Unie (PB 2003, L 236, blz. 17).

9 — Volgens de Commissie had Slowakije moeten vragen een overgangsregeling in haar Toetredingsakte te laten opnemen waarin werd bevestigd dat zij het recht heeft de reservering van transmissiecapaciteit ten behoeve van ATEL voort te zetten. Ik zal hierna het belang van dit argument analyseren.

27. Op 10 april 2006 zond de Commissie Slowakije een aanmaningsbrief, gevolgd door een met redenen omkleed advies van 15 december 2006. In haar verzoekschrift aan het Hof stelt de Commissie dat de op grond van de overeenkomst aan ATEL toegekende prioritaire toegang in strijd is met de krachtens artikelen 9, sub e, en 20, lid 1, van richtlijn 2003/54 op Slowakije rustende verplichtingen inzake niet-discriminerende toegang tot het elektriciteitstransmissiesysteem.

op het Verdrag inzake het Energiehandvest of artikel 307, eerste alinea, EG.

A — Voorafgaande vragen

28. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet de vraag of er sprake is van niet-nakoming worden beoordeeld op basis van de situatie aan het eind van de in het met redenen omkleed advies gestelde periode, dit is in casu twee maanden na 15 december 2006.¹⁰

30. In de onderhavige zaak rijzen twee voorafgaande vragen: (i) of de handelwijze van SEPS kan worden toegerekend aan Slowakije, en (ii) of het Hof Slowakije kan dwingen een privaatrechtelijke overeenkomst op te zeggen teneinde haar niet-nakoming ongedaan te maken.

IV — Beoordeling

29. Bij mijn beoordeling van deze zaak zal ik eerst enkele voorafgaande vragen behandelen, gevolgd door een analyse van de vraag of de behandeling van ATEL door Slowakije overeenkomt met een met richtlijn 2003/54 strijdige discriminatie. Zo ja, dan zal ik analyseren of een dergelijke behandeling kan worden gerechtvaardigd door een beroep te doen

31. Wat de eerste vraag betreft: zelfs al heeft geen enkele partij de vraag gesteld wie eigenaar is van SEPS, ziet het ernaar uit dat Slowakije 100% van de aandelen van SEPS bezit¹¹ zodat haar handelwijze kan worden toegerekend aan Slowakije, aangezien handelingen van overheidsondernemingen aan de lidstaten kunnen worden toegeschreven.¹²

32. Wat de tweede vraag betreft: volgens het verweerschrift van Slowakije heeft de Slovaakse regulerende instantie inzake energie (URSO) zich negatief uitgelaten over de aan

10 — Arresten van 27 november 1990, Commissie/Griekenland (C-200/88, Jurispr. blz. I-4299, punt 13); 31 maart 1992, Commissie/Italië (C-362/90, Jurispr. blz. I-2353, punt 10), en 7 maart 2002, Commissie/Spanje (C-29/01, Jurispr. blz. I-2503, punt 11).

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

12 — Zie bijvoorbeeld arrest van 25 april 1996, Commissie/België (Waalse bussen-arrest) (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043).

ATEL toegestane prioritaire toegang waardoor zich een wijziging opdrong in de praktijk betreffende het verlenen van toegang tot het net. Volgens bij het verweerschrift van Slowakije gevoegde brieven van de voorzitter van URSO en de voorzitter van SEPS, beide van 10 juli 2009 en geschreven met het oog op dit proces, heeft ATEL geen prioritaire toegang meer tot het net maar koopt het sedert 1 januari 2008 al haar capaciteit op veilingen.

33. De Commissie voert aan dat dit niet volstaat om de niet-nakoming ongedaan te maken daar de overeenkomst tussen ATEL en SEPS nog steeds bestaat. Zij baseert deze stelling op de vaststelling dat het Hof heeft geoordeeld dat een administratieve praktijk niet volstaat om een schending ongedaan te maken.

34. In de zaak Commissie/Griekenland heeft het Hof beslist dat eenvoudige administratieve praktijken die naar hun aard volgens goeddenken van de administratie kunnen worden gewijzigd, de lidstaat niet bevrijden van zijn verplichting de met het gemeenschapsrecht strijdige wettelijke bepalingen af te schaffen.¹³ Volgens deze rechtspraak kan alleen een wijziging van de wet zelf garanderen dat de inbreuk ophoudt te bestaan.

35. In casu vloeit de schending evenwel voort uit een privaatrechtelijk, door het Oostenrijks recht beheerst contract tussen twee ondernemingen, en niet uit een wetgevende of reglementaire bepaling. Bijgevolg is het niet duidelijk welke wetgevende maatregelen Slowakije als lidstaat inzake de overeenkomst dient te nemen om de aangevoerde niet-nakoming ongedaan te maken. Aldus leent de redenering van het Hof in het arrest Commissie/Griekenland zich niet voor toepassing op het onderhavige geval.

36. Bijgevolg levert onderhavig geval interessante vragen op, zoals de vraag of een lidstaat ook de verplichting heeft een niet door zijn eigen recht beheerst privaatrechtelijk contract nietig te laten verklaren teneinde een niet-nakoming ongedaan te maken. En de discussie over de vraag of een lidstaat verplicht is een contract nietig te laten verklaren wanneer het Hof een niet-nakoming vaststelt, is hoofdzakelijk ter sprake gekomen op het gebied van de overheidsopdrachten.¹⁴ Mijns inziens is deze rechtspraak van het Hof in casu slechts in beperkte mate relevant aangezien wetgeving inzake overheidsopdrachten precies het regelen van de wijze waarop contracten door overheidsinstanties worden opgesteld en gegund of het gebruik van overheidsgelden tot voorwerp heeft. Dit is niet het geval op het gebied van de elektriciteitsdistributie.

37. Buiten het terrein van de overheidsopdrachten lijkt het twijfelachtig te zijn of

13 — Arrest van 14 juli 1988, Commissie/Griekenland (C-38/87, Jurispr. blz. 4415, punten 9, 10, 12 en 16).

14 — Arresten van 10 april 2003, Commissie/Duitsland (C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. 1-3609), en 28 oktober 1999, Commissie/Oostenrijk (C-328/96, Jurispr. blz. 1-7479).

van een lidstaat kan worden verwacht dat hij een geldig privaatrechtelijk contract nietig laat verklaren. Een dergelijke handeling zou inderdaad in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel en zou het risico met zich meebrengen dat onschuldige derden worden gestraft voor een door een lidstaat gepleegde inbreuk. Volgens de beginselen van het Europees contractenrecht zal een schending van de wet alleen in uitzonderlijke gevallen de ongeldigheid van het contract tot gevolg hebben. Voor een dergelijk gevolg is een voldoende ernstige schending van een algemeen rechtsbeginsel of van een dwingende rechtsregel vereist.¹⁵

38. Ik merk op dat zelfs indien Slowakije partij bij de overeenkomst was, zij mijns inziens niet het recht zou hebben om zich uit de overeenkomst terug te trekken zonder het akkoord van ATEL. Uit het dossier blijkt dat ATEL heeft aangedrongen op haar recht om te mogen vertrouwen op de overeenkomst.¹⁶

B — *Is er discriminatie volgens richtlijn 2003/54?*

39. De Commissie betoogt dat de reservering van een deel van de transmissiecapaciteit ten

15 — Artikelen 15:101 en 15:102. Zie http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm

16 — In het dossier wordt niet uitgelegd waarom de overeenkomst niet meer wordt toegepast tussen de partijen. Aangezien ATEL geen partij in het onderhavige geding is, is het niet mogelijk haar standpunt dienaangaande te weten te komen. Mijns inziens heeft ATEL gegronde economische of juridische redenen om tegelijkertijd niet de toepassing van de overeenkomst te vragen maar evenmin te verzaken aan haar uit de overeenkomst voortvloeiende rechten.

behoefte van een onderneming overeenkomt met het toekennen van een bevoorrechte positie aan één gebruiker ten nadele van andere, hetgeen op zijn beurt overeenkomt met discriminatie tussen verschillende ondernemingen die toegang tot het net proberen te krijgen. De Commissie baseert zich voor deze stelling op de zaak VEMW waar het Hof oordeelde dat richtlijn 96/92 zich verzet tegen maatregelen die bij voorrang grensoverschrijdende transmissiecapaciteit voor elektriciteit verlenen, wanneer voor dergelijke maatregelen geen toestemming is verleend op grond van de derogatieprocedure van artikel 24 van deze richtlijn.¹⁷

40. Slowakije voert aan dat ATEL een aanzienlijke bijdrage heeft geleverd aan de bouw van de Lemesany-Krosnolijn, en zich dus in een andere situatie bevindt dan andere gebruikers, zodat de op haar toegepaste verschillende behandeling niet overeenkomt met discriminatie.

41. Volgens vaste rechtspraak van het Hof verlangt het algemene gelijkheidsbeginsel dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een verschil

17 — Arrest van 7 juni 2005, VEMW (C-17/03, Jurispr. blz. I-4983).

in behandeling objectief gezien gerechtvaardigd is.¹⁸

42. Prioritaire toegang tot 300 MW van de transmissiecapaciteit op de Lemesany-Krosnolijn vormt een verschil in behandeling tussen ATEL en de andere bedrijven die toegang tot het net proberen te krijgen. Aldus rijst de vraag of ATEL zich in dezelfde situatie bevindt als alle andere gebruikers van het net.

1. Staat prioritaire toegang steeds gelijk aan discriminatie? — De in het arrest VEMW ontwikkelde logica

43. Het arrest VEMW betrof het bij voorrang voorbehouden van een deel van de capaciteit van het grensoverschrijdende net voor de invoer van elektriciteit in Nederland ten gunste van een voormalig monopolie (Samenwerkende ElektriciteitsProductiebedrijven NV, later gekend als Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV (hierna: „SEP/NEA”). SEP/NEA was belast met het uitvoeren van

18 — Arrest van 12 maart 2002, Omega Air (C-27/00 en C-122/00, Jurispr. blz. I-2569, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 14 april 2005, AEM and AEM Torino (C-128/03 en C-129/03, Jurispr. blz. I-2861, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak); arresten van 12 december 2002, Rodriguez Caballero (C-442/00, Jurispr. blz. I-11915); 9 september 2003, Milk Marque and National Farmers' Union (C-137/00, Jurispr. blz. I-7975, punt 126); 20 september 1988, Spanje/Raad (C-203/86, Jurispr. blz. I-4563, punt 25); 17 april 1997, EARL de Kerlast (C-15/95, Jurispr. blz. I-1961, punt 35); 13 april 2000, Karlsson (C-292/97, Jurispr. blz. I-2737, punt 39), en 6 maart 2003, Niemann (C-14/01, Jurispr. blz. I-2279, punt 49).

taken van algemeen economisch belang die tot doel hadden de elektriciteitsvoorziening in Nederland te waarborgen met het oog op de wederverkoop tegen redelijke prijzen. Daartoe had SEP/NEA vóór de inwerkingtreding van richtlijn 96/92 verschillende internationale contracten voor de invoer van elektriciteit gesloten waarvoor het een beroep moest kunnen doen op de betrokken voorbehouden capaciteit. Op grond hiervan stelde SEP/NEA dat het zich in een andere situatie bevond dan de andere beheerders, en dat er bijgevolg geen sprake was van discriminatie.

44. Het Hof wees dit argument impliciet af door te oordelen dat SEP/NEA zich in dezelfde situatie als de andere beheerders bevond daar het niet meer met deze taak was belast ingevolge de inwerkingtreding van richtlijn 96/92 en de desbetreffende tenuitvoerlegging van deze richtlijn in het Nederlands recht.

45. Vervolgens gaf het Hof een ontkennend antwoord op de vraag of de verschillende behandeling gerechtvaardigd¹⁹ was. Hierbij verwees hij naar artikel 24 van richtlijn 96/92 dat voorziet in het recht van een lidstaat om ontheffing te bekomen van bepaalde bepalingen van deze richtlijn. Het Hof oordeelde dat aangezien richtlijn 96/92 de mogelijkheid laat af te wijken van niet-discriminerende bepalingen, lidstaten niet eenzijdig invoerders van elektriciteit verschillend kunnen behandelen op gronden die kunnen worden gelijkgesteld met een ontheffing in de zin van richtlijn

19 — Arrest VEMW, aangehaald in voetnoot 17, punt 54.

96/92²⁰, daar hierdoor het *effet utile* van zowel artikel 24 als de richtlijn zelf in gevaar zou komen.²¹ Bijgevolg lijkt het Hof in wezen te concluderen dat discriminatie nooit op grond van de richtlijn kan worden gerechtvaardigd tenzij een ontheffing werd toegekend.²²

verordening nr. 1228/2003 (namelijk op 1 juli 2004) gedane investeringen zijn vrijgesteld van de discriminatiebepalingen, terwijl dit niet zou gelden voor tussen deze twee data gedane investeringen. Er is terecht op gewezen dat dit een eigenaardig resultaat is.²³

46. Geopperd werd dat de uitlegging van deze zaak als zou hiermee een algemeen beginsel zijn vastgelegd dat prioritaire toegang steeds overeenkomt met discriminatie tenzij er een ontheffing is, zoals de Commissie stelt, zowel te ruim als niet wenselijk is.

47. Het eerste punt van kritiek betreft de behandeling van situaties waarin ontheffing niet mogelijk is. Technisch gezien kan de redenering van het Hof in het arrest VEMW niet worden toegepast op situaties waarin geen ontheffing mogelijk is, die een tijdsontbreking tot gevolg hebben en leiden tot een verschillende behandeling van investeerders op het tijdstip dat de investering werd gedaan. Derhalve is het mogelijk dat vóór het verval van de ontheffingsbepaling in richtlijn 96/92 (namelijk op 20 februari 1998) gedane investeringen en na de inwerkingtreding van

48. Het tweede punt van kritiek betreft het feit dat er goede redenen kunnen zijn om onafhankelijke investeerders anders te behandelen dan andere ondernemers die toegang tot elektriciteitstransmissielijnen proberen te krijgen. Investeringen zijn belangrijk in de energiesector daar deze sector verlangt dat nieuwe transmissielijnen worden gebouwd en bestaande technologieën verder worden ontwikkeld.²⁴ Bovendien is het opstarten van zulke projecten zeer duur.²⁵ Aangezien elektriciteitsnetten natuurlijke monopolies zijn, is het vanuit het oogpunt van een liberalisering van de markt wenselijk dat externe ondernemingen investeren in de netten daar hierdoor ook een einde kan worden gemaakt aan voormalige monopolies.²⁶ Verder heeft de Commissie reeds gesteld dat met het oog op het veiligstellen van investeringen opgebouwde reservecapaciteiten niet mededingingsbeperkend

20 — Arrest VEMW, aangehaald in voetnoot 17, punt 61.

21 — Arrest VEMW, aangehaald in voetnoot 17, punten 58, 61, 62 en 63.

22 — De Commissie lijkt het arrest VEMW in deze zin te hebben uitgelegd. Zie het werkdocument van de Commissie betreffende het arrest C-17/03 van 7 juni 2005 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, SEC(2006) 547, 26 april 2006.

23 — Talus, K., „Role of the European Court of Justice in the Opening of Energy Markets”, *ERA Forum* (2007) 8, blz. 435.

24 — Zie bijvoorbeeld het in verordening nr. 1228/2003 beschreven tienjarig investeringsplan voor Europa.

25 — Talus, K., and Wälde, T., „Electricity interconnectors in EU law: energy, security, long term infrastructure contracts and competition law”, *European Law Review* (2007) deel 32, nr. 1, blz. 133.

26 — Helm, D., „Energy, the State and the Market — British Energy Policy since 1979” (*OUP*, 2003), blz. 407

zijn in de zin van artikel 81 EG, en dat zij evenmin indruisen tegen artikel 82 EG.²⁷

energiesector³⁰ daar dit zeer belangrijk is om de veiligheid van de elektriciteitsvoorziening in de Europese Unie te verzekeren.³¹

49. Hoewel ik deze punten van kritiek deel, past de redenering van het Hof in het arrest VEMW mijns inziens beter in de logica achter het op het terrein van de energiepolitiek door de wetgever nagestreefde systeem van marktliberalisering.

50. Het doel van de energiepolitiek van de Europese Unie is het openstellen van markten en het zorgen voor gelijke concurrentievoorwaarden door voormalige monopolies niet langer een voorkeursbehandeling te geven en teneinde de mededinging op de markt te vergroten.²⁸ Het beginsel van gelijke toegang is cruciaal om dit doel te verwezenlijken.²⁹

51. Het doel van liberalisering dient evenwel te worden afgewogen tegen de noodzaak van het aanmoedigen van investeringen in de

52. Mijns inziens wordt de doelstelling van het aanmoedigen van investeringen niet in gevaar gebracht door het arrest VEMW noch door richtlijn 2003/54, aangezien zij geen totaal discriminatieverbod instellen.³² De wetgever heeft inderdaad in het kader van richtlijn 2003/54 rekening gehouden met de noodzaak van bescherming van investeringen in bepaalde omstandigheden.³³ Zo wordt in artikel 7 van verordening nr. 1228/2003 bepaald dat nieuwe gelijkstroom interconnectoren op verzoek kunnen worden vrijgesteld van het bepaalde in artikel 20 van richtlijn 2003/54/EG mits aan de in artikel 7 vermelde voorwaarden wordt voldaan. Voor de toepassing van deze verordening worden interconnectoren gedefinieerd als transportlijnen, die

27 — Zaak COMP/E-3/37.921 — Viking Cable; PB 2001, C 247, blz. 11. Zie ook Commissie, XXXIIIe Verslag over het mededingingsbeleid (2003), blz. 202.

28 — Overwegingen 1 tot en met 5 van richtlijn 2003/54. Zie ook arresten van 22 mei 2008, citiworks, (C-439/06, Jurispr. blz. I-3913, punt 38) en 9 oktober 2008, Sabatauskas e.a. (C-239/07, Jurispr. blz. I-7523, punt 31).

29 — Zie conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackel in het arrest VEMW, aangehaald in voetnoot 17, punt 58.

30 — Zie onder meer het Groenboek van de Commissie over een Europese strategie voor duurzame, veilige en concurrerende energie van 8 maart 2006, (COM)2006 105 definitief, waar de Commissie stelt dat de energiepolitiek van de Europese Unie een interne, geïntegreerde, duurzame, concurrerende en veilige markt voor energie tot stand wil brengen.

31 — Aldus beoogt richtlijn 2005/89/EG van 18 januari 2006 inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen (PB 2006, L 33, blz. 22) juist voldoende investeringen in productiecapaciteit te verzekeren om een adequaat evenwicht tussen aanbod en vraag te waarborgen.

32 — Verder is het interessant vast te stellen dat richtlijn 2009/72, te weten de nieuwe richtlijn die richtlijn 2003/54 intrekt, uitdrukkelijke bepalingen bevat inzake het bevorderen van coördinatie tussen lidstaten betreffende investeringsplanning in de Europese Unie (zie de mededeling van de Commissie aan het Parlement 2007/0195 COD).

33 — Artikel 7 van verordening nr. 1228/2003 die met ingang van 1 juli 2004 van toepassing is.

een grens tussen lidstaten overschrijden of overspannen.³⁴

investeringen aan te trekken en te beschermen, hetgeen de bedoeling van de wetgever is.

53. Het systeem laat dus in bepaalde gevallen een verschillende behandeling toe, zij het in een kader dat onder de uiteindelijke controle van de Commissie staat. Krachtens de in artikel 7 van verordening nr. 1228/2003 bedoelde procedure mag een regelgevende instantie van geval tot geval beslissen interconnectoren een ontheffing van artikel 20 van richtlijn 2003/54 toe te staan ingeval van een investering in nieuwe gelijkstroom interconnectoren. Bovendien kunnen lidstaten voorschrijven dat die regelgevende instanties het verzoek om een ontheffing met het oog op een formele beslissing ter zake voorleggen aan de betrokken instantie in die lidstaat.³⁵

Deze ontheffingsbeslissing wordt daarna aan de Commissie betekend zodat zij haar kan onderzoeken. Nadat zij de beslissing heeft getoetst, kan de Commissie de regelgevende instantie van de lidstaat verzoeken haar beslissing te wijzigen of in te trekken.³⁶

54. Gelet op hetgeen voorafgaat, ben ik dan ook van mening dat de algemene regel volgens welke prioritaire toegang niet is toegelaten tenzij er daarvoor een ontheffing is, een gezonde manier is om marktliberalisering in evenwicht te houden met de noodzaak om

2. De zaak ATEL en onafhankelijke investeerders

55. Bijgevolg kan het argument van Slowakije dat de investeerders zich in een verschillende situatie bevinden, niet slagen.

56. Dit is zo, ook al heeft deze conclusie ernstigere gevolgen voor het bedrijf in onderhavige zaak dan in het arrest VEMW, aangezien SEP/NEA de door haar op grond van internationale contracten aan te kopen elektriciteit buiten Nederland kon verkopen³⁷ terwijl ATEL in casu redelijkerwijze niet kan beschikken over haar contractueel recht van prioritaire toegang omdat het geen enkele waarde meer zou hebben.

57. Nochtans, toelaten dat investeerders verschillend worden behandeld zou erop neerkomen dat een kleine groep ondernemingen

34 — Artikel 2, lid 1, van verordening nr. 1228/2003.

35 — Artikel 7, lid 4, sub a, van verordening nr. 1228/2003.

36 — Artikel 7, lid 5, van verordening nr. 1228/2003.

37 — Arrest VEMW, aangehaald in voetnoot 17, punt 83. Het Hof heeft eveneens erop gewezen dat de nationale onderneming aanspraak kan maken op schadevergoeding van de autoriteiten daar zij niet heeft verzocht om ontheffing uit hoofde van artikel 24 van richtlijn 96/92 (zie punt 86).

prioritaire toegang kan kopen, hetgeen indruist tegen de wezenlijke doelstellingen van richtlijn 2003/54 en tegen de energiepolitiek van de Europese Unie in het algemeen.

58. ATEL is gewoonweg een bedrijf dat toegang probeert te krijgen tot het net met het oog op de transmissie van elektriciteit naar zijn klanten. Aldus concurreert het met verschillende andere potentiële verkopers van elektriciteit, zodat ATEL moet worden geacht zich in een met hen vergelijkbare situatie te bevinden.

59. Bijgevolg staat de prioritaire behandeling in deze zaak mijns inziens gelijk aan discriminatie in de zin van richtlijn 2003/54, en dient te worden onderzocht of deze behandeling is gerechtvaardigd.

C — *Rechtvaardiging*

1. Verdrag inzake het Energiehandvest

60. Het belangrijkste verweermiddel van Slowakije voor de aan ATEL bij voorrang verleende toegang zijn de uit het Verdrag inzake het Energiehandvest voortvloeiende verplichtingen. Zij stelt terecht dat richtlijn 2003/54 dient te worden uitgelegd conform

de uit het Verdrag inzake het Energiehandvest voor de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen.³⁸ Daarenboven, aangezien het Verdrag inzake het Energiehandvest een gemengde overeenkomst is, is de Europese Unie juridisch gebonden door de in het Verdrag inzake het Energiehandvest vermelde verplichtingen van eerlijke en billijke behandeling en niet-onteigening en door de gelijkaardige, wezenlijke bepalingen van het Investeringsbeschermingsakkoord.

61. Nochtans kunnen mijns inziens de in het arrest VEMW nauwkeurig uitgelegde gedetailleerde bepalingen van richtlijn 2003/54 niet terzijde worden geschoven door de meer algemene bepalingen van het Verdrag inzake het Energiehandvest.³⁹ Dit geldt zelfs nog meer voor een uitlegging die ertoe strekt een retroactieve, door richtlijn 2003/54 niet toegelaten ontheffing op de niet-discriminerende bepalingen in te stellen.

62. Dan blijft de vraag naar de verplichtingen die direct op de Europese Unie rusten als overeenkomstsluitende partij bij het Verdrag inzake het Energiehandvest.

63. Mijns inziens biedt het Verdrag inzake het Energiehandvest de investeerder niet meer bescherming dan het Investeringsbeschermingsakkoord. Van het Europees energierecht in zijn huidige stand krachtens richtlijn 2003/54 en verordening nr. 1228/2003 kan niet worden beweerd dat het er niet in slaagt de door het Verdrag inzake het

38 — Arrest van 10 september 1996, Commissie/Duitsland (C-61/94, Jurispr. blz. I-3989, punt 52).

39 — Arrest van 16 juli 1998, Scotch Whisky Association (C-136/96, Jurispr. blz. I-4571, punt 47).

Energiehandvest vereiste normen te bereiken voor zover het binnen de toepassing ratione temporis van deze wetgevingsbesluiten vallende investeringen betreft. Wat daarenboven de ongestoorde exploitatie en de bescherming van investeringen betreft, biedt het in het Unierecht voorziene algemene niveau van bescherming van fundamentele rechten aan investeerders een bescherming die beantwoordt aan de uit artikel 10, lid 1, en artikel 13, lid 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest voortvloeiende verplichtingen.⁴⁰

64. Aangezien de overeenkomst wordt beschermd door artikel 307, eerste alinea, EG, zoals ik hierna zal aantonen, handelt de Europese Unie in verband met ATEL in deze zaak niet in strijd met de overeenkomstig het Verdrag inzake het Energiehandvest op haar rustende verplichtingen. Bijgevolg lijkt het niet noodzakelijk nader in te gaan op de uitlegging van het Verdrag inzake het Energiehandvest.

2. Afwijking

65. De Commissie stelt dat Slowakije in haar Toetredingsakte afspraken had moeten maken over een afwijking met betrekking tot de overeenkomst.

40 — Wat de bescherming van de investering van ATEL betreft, denk ik niet dat er zulk een opeenvolging van verplichtingen tussen Slowakije en de Europese Unie was dat deze laatste overeenkomstig het Verdrag inzake het Energiehandvest vóór de toetreding van Slowakije tot de Europese Unie specifieke verplichtingen zou hebben tegenover een investeerder die een investering heeft gedaan op het grondgebied van een contractpartij.

66. Nochtans mocht mijns inziens niet van Slowakije worden verlangd dat zij afspraken zou hebben gemaakt over een afwijking in verband met een regeling waarvan de status volgens het Unierecht niet zeker was. Op het ogenblik van de toetreding was het niet duidelijk dat prioritaire behandeling zou overeenkomen met een discriminatie in de zin van richtlijn 2003/54. Vooreerst, op het tijdstip waarop over het Toetredingsverdrag werd onderhandeld, was het arrest VEMW nog niet geweest.⁴¹ Verder waren in de zaak VEMW de Nederlandse, de Franse en de Finse regering alsook de Commissie van mening dat de in geding zijnde maatregelen van prioritaire toegang niet neerkwamen op discriminatie.⁴² Bovendien lijkt de Commissie in haar jaarlijkse Mededingingsrapport van 2003 het standpunt te hebben ingenomen dat vóór de liberalisering gesloten contracten geldig zijn ook al doen zij een probleem rijzen op het vlak van de mededinging.⁴³ Het is twijfelachtig dat lidstaten en de Commissie tijdens de toetredingsonderhandelingen akkoord zouden zijn gegaan met een afwijking voor een kandidaat-lidstaat indien deze afwijking gebaseerd zou zijn geweest op een uitlegging van het *acquis communautaire* waar zij het toen niet mee eens waren.

67. Daartegenover staat dat als de overeenkomst bescherming geniet krachtens artikel 307, eerste alinea, EG, speculaties over de

41 — Het Toetredingsverdrag, waarvan de Toetredingsakte deel uitmaakt, werd ondertekend in Athene op 16 april 2003. Het arrest VEMW werd gewezen door de Grote kamer op 7 juni 2005.

42 — Punt 39.

43 — Commissie, XXXIIIe Verslag over het mededingingsbeleid (2003), blz. 202.

toetredingsonderhandelingen irrelevant zijn geworden daar in dat geval Slowakije geen ontheffing nodig had.

D — Artikel 307 EG: Vóór de toetreding aangegane internationale verplichtingen

68. De Commissie betoogt dat er geen verplichting uit een vóór de toetreding gesloten overeenkomst in de zin van artikel 307 EG bestaat, en dat dit derhalve niet overeenkomt met een rechtvaardiging voor de aan ATEL verleende discriminerende behandeling.

1. Is de overeenkomst een investering die de bescherming van het Investeringsbeschermingsakkoord zou kunnen genieten?

69. Het Investeringsbeschermingsakkoord is van toepassing op als „alle soorten activa” gedefinieerde investeringen, en op een niet-exhaustieve lijst van mogelijke andere voorbeelden die een investering zouden kunnen vormen, met inbegrip van „vorderingen en rechten betreffende om het even welke prestatie met een economische waarde”.⁴⁴

⁴⁴ — Artikel 1, lid 2, sub c, van het Investeringsbeschermingsakkoord.

70. In deze zaak verkreeg ATEL een transmissierecht van een bepaalde capaciteit op de Lemesany-Krosnolijn door meer dan de helft van de bouwkosten te betalen alsook een tegen een volgens de bepalingen van de overeenkomst te berekenen transmissievergoeding. In ruil daarvoor diende SEPS deze capaciteit op eerste verzoek van ATEL toe te staan, dit wil zeggen, zij moet bij voorrang een transmissienetbeheerdersdienst verstrekken. Dit door ATEL verkregen recht heeft een economische waarde aangezien het de door haar met het oog op de verkoop van elektriciteit vanuit/via Hongarije naar Polen benodigde toegang tot het Slowaakse transmissienet waarborgt.

71. Bijgevolg kan de overeenkomst mijns inziens worden beschouwd als een investering in de zin van artikel 1, sub c, van het Investeringsbeschermingsakkoord.

2. Vloeit uit het Investeringsbeschermingsakkoord een verplichting in de zin van artikel 307 EG voort?

72. Artikel 307 EG tracht een evenwicht te vinden tussen, enerzijds, de pretoetredingsrechten van derde landen (krachtens artikel 307, eerste alinea, EG), en, anderzijds, het verhelpen van onverenigbaarheden met het EU-Verdrag waartoe zij aanleiding zouden kunnen geven op grond van de verplichting van lidstaten alle passende maatregelen te nemen om onverenigbaarheden tussen pretoetredingsovereenkomsten en de

Unierechtelijke verplichtingen weg te werken (krachtens artikel 307, tweede alinea, EG).⁴⁵ Het Hof heeft in zijn meest recente rechtspraak deze op artikel 307, tweede alinea, EG gebaseerde verplichting onderzocht.⁴⁶ In onderhavig geval gaat het evenwel alleen over artikel 307, eerste alinea, EG aangezien de Commissie zich niet beroept op artikel 307, tweede alinea, EG.

73. Krachtens artikel 307, eerste alinea, EG worden de uit een vóór het tijdstip van toetreding tussen een lidstaat en een derde staat gesloten overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen niet aangetast door de bepalingen van het Verdrag.⁴⁷ Bijgevolg lost deze bepaling het conflict tussen de twee onverenigbare verplichtingen op ten gunste van de oudste verplichting, en neemt aldus het beginsel van internationaal recht over dat een later gesloten verdrag dat in strijd is met een eerder gesloten verdrag, geen afbreuk kan doen aan de rechten van een staat die alleen partij is bij het eerder gesloten verdrag.⁴⁸

45 — Arrest van 4 juli 2000, Commissie/Portugal (C-62/98, Jurispr. blz. I-5171, punt 50).

46 — Zie bijvoorbeeld arresten van 3 maart 2009, Commissie/Oostenrijk (C-205/06, Jurispr. blz. I-1301); 3 maart 2009, Commissie/Zweden (C-249/06, Jurispr. blz. I-1335), en 19 november 2009, Commissie/Finland (C-118/07, Jurispr. blz. I-10889).

47 — Zie ook arresten van 3 maart 2009, Commissie/Oostenrijk [C-205/06, Jurispr. blz. I-1301, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak (arresten van 14 oktober 1980, Burgoa, 812/79, Jurispr. blz. 2787, punt 8; 4 juli 2000, Commissie/Portugal, C-84/98, Jurispr. blz. I-5215, punt 53, en 18 november 2003, Budějovický Budvar, C-216/01, Jurispr. blz. I-13617, punten 144 en 145)].

48 — Artikel 34 van het Verdrag van Wenen.

74. Niettegenstaande dat in artikel 307, eerste alinea, EG alleen verplichtingen van lidstaten worden vermeld, zou het zijn doel niet bereiken indien het de instellingen van de Gemeenschap niet zou verplichten de naleving van op een eerder gesloten overeenkomst gebaseerde verplichtingen door lidstaten niet te verhinderen.⁴⁹

75. Verder verleent artikel 307, eerste alinea, EG aan particulieren die vertrouwen op een pretoetredingsovereenkomst, geen rechten die de nationale rechterlijke instanties dienen te handhaven, en omgekeerd tast het niet de rechten aan die particulieren zouden kunnen ontnemen aan een dergelijke overeenkomst.⁵⁰

76. In casu is het duidelijk dat Slowakije overeenkomstig het Investeringsbeschermingsakkoord tegenover Zwitserland de verplichting heeft de door Zwitserse investeerders in Slowakije gedane investeringen te beschermen. Bovendien kent het Investeringsbeschermingsakkoord duidelijk ook aan het internationaal recht ontleende rechten toe aan investeerders die gerechtigd zijn het in het Investeringsbeschermingsakkoord opgenomen arbitragebeding in te roepen tegen een

49 — Arrest Burgoa, aangehaald in voetnoot 47, punt 9.

50 — Arrest Burgoa, aangehaald in voetnoot 47, punt 10. Het beginsel van „niet-tussenkomst” werd duidelijk bevestigd door advocaat-generaal Capotorti in zijn conclusie (punt 2), waar hij stelt: „[...] Daarom dient sterk te worden benadrukt, dat artikel 234, eerste alinea, niets toevoegt aan de oorspronkelijke rechtskracht van de uit eerdere overeenkomst tussen lidstaten en derde landen voortvloeiende verplichtingen en rechten, en dat deze rechten en verplichtingen geheel buiten het gemeenschapsrecht staan. Ten slotte zouden de reeds bestaande rechtsbetrekkingen met derde landen ook onverlet zijn gelaten, indien de betrokken bepaling niet in het Verdrag was opgenomen.”

contractpartij, los van de juridische effecten van het Investeringsbeschermingsakkoord op de nationale wetgeving van de contractpartijen en zonder dat diplomatieke bescherming behoeft te worden gezocht op grond van het volkenrecht.

Het Investeringsbeschermingsakkoord bepaalt dat de opzegging van de overeenkomst niet neerkomt op (i) een inbreuk op de eerlijke en billijke behandeling van de investeringsbepaling in het Investeringsbeschermingsakkoord noch op (ii) onteigening in de zin van het Investeringsbeschermingsakkoord.

77. Aangezien de uit een internationaal pre-toetredingsovereenkomst voortvloeiende rechten van particulieren niet worden aangetaast, kan Slowakije zich verweren op grond van artikel 307, eerste alinea, EG en wordt de discriminerende behandeling hierdoor gerechtvaardigd, indien Slowakije met betrekking tot ATEL volgens het Investeringsbeschermingsakkoord verplichtingen heeft die niet kunnen worden nagekomen indien Slowakije richtlijn 2003/54 toepast, zoals uitgelegd door het Hof in het arrest VEMW.

79. In het algemeen stelt de Commissie dat zij niet bevoegd is om het Investeringsbeschermingsakkoord uit te leggen daar dit uitsluitend toekomt aan het door een contractpartij en een investeerder van de andere contractpartij overeekomstig artikel 9 van het Investeringsbeschermingsakkoord of door de contractpartijen overeekomstig artikel 10 ervan in te stellen scheidsgerecht. Hetzelfde geldt voor de uitlegging van de overeenkomst. Bovendien brengen de arbitragebepalingen van het Investeringsbeschermingsakkoord en de overeenkomst ook het risico mee dat een bevoegd scheidsgerecht op basis van onderzoek van die bepalingen tot andere conclusies dan het Hof zal komen.

78. In de eerste plaats betoogt de Commissie dat er geen conflict is tussen het Unierecht en het Investeringsbeschermingsakkoord daar deze laatste op geen enkel punt onverenigbaar is met het Unierecht. Bovendien ontkent de Commissie dat een dergelijke verplichting voortvloeit uit het Investeringsbeschermingsakkoord aangezien Slowakije volgens het Investeringsbeschermingsakkoord niet verplicht is de overeenkomst in stand te houden.

80. In het kader van de onderhavige niet-nakomingszaak, dient het Hof evenwel een zekere „interpretatieve reconstructie” uit te werken van de elementen van de door deze bedrijven gecreëerde rechtstoestand teneinde te bepalen of er sprake is van een verplichting

in de zin van artikel 307, eerste alinea, EG.⁵¹ Niettemin neemt het Hof kennis van deze juridische elementen als feiten betreffende de aangevoerde niet-nakoming, en niet als door het Hof uit te leggen rechtsnormen.

81. Wanneer het Hof wordt verzocht internationale overeenkomsten uit te leggen, zal deze uitlegging geven in overeenstemming met artikel 31 van het Verdrag van Wenen. Volgens artikel 31 van het Verdrag van Wenen moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het Verdrag. In dit verband dient, behalve met de context, ook rekening te worden gehouden met iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.

82. Volgens artikel 31, lid 4, van het Verdrag van Wenen dient bij de uitlegging van de bepalingen van een internationale overeenkomst ook rekening te worden gehouden met een term die in een bijzondere betekenis dient te worden begrepen, als vaststaat dat dit de bedoeling van de partijen is geweest. In casu is het duidelijk dat de partijen bij het Investeringsbeschermingsakkoord de be-

doeling hadden de woorden van het Investeringsbeschermingsakkoord te begrijpen in de betekenis die eraan werd gegeven door de scheidsgerechten en het International Centre for Settlement of Investment Disputes (het Internationale Centrum voor beslechting van investeringsgeschillen; hierna: „ICSID”), daar het Investeringsbeschermingsakkoord voor de beslechting van investeringsgeschillen door scheidsgerechten uitdrukkelijk verwijst naar de daarin bepaalde procedure of door geschillen voor te leggen aan het IC-SID.⁵² Hoewel er in arbitrageprocedures geen specifieke bindende precedentenleer geldt, verwijzen scheidsgerechten in hun conclusie doorgaans naar beslissingen van andere scheidsgerechten.

83. Het in zijn preambule omschreven voorwerp en doel van het Investeringsbeschermingsakkoord zijn het scheppen en het handhaven van voor investeringen gunstige omstandigheden, alsook het bevorderen en beschermen van deze investeringen. Bovendien bepaalt artikel 3 van het Investeringsbeschermingsakkoord uitdrukkelijk dat contractpartijen investeringen op hun grondgebied dienen te bevorderen.

84. Artikel 4 van het Investeringsbeschermingsakkoord bepaalt hoe investeringen, eens ze zijn toegelaten, dienen te worden behandeld en beschermd. De in artikel 6 van het Investeringsbeschermingsakkoord vermelde gevallen van buitenbezitstelling hebben betrekking op de bescherming van investeringen. Ik zal beide punten achtereenvolgens bespreken.

51 — Zie arrest van 2 augustus 1993, *Levy* (C-158/91, Jurispr. blz. I-4287, punt 13) waar het Hof oordeelde dat voor het beantwoorden van de vraag of een gemeenschapsnorm kan worden doorkruist door een eerdere, vóór de toetreding tot de Europese Gemeenschap gesloten overeenkomst „derhalve moet worden nagegaan, of die overeenkomst de betrokken lidstaat verplichtingen oplegt waarvan de nakoming nog verlangd kan worden door de derde landen die partij bij die overeenkomst zijn”. Zie ook arresten van 14 januari 1997, *Centro-Com* (C-124/95, Jurispr. blz. I-81, punt 57), en 10 maart 1998, *T. Port* (C-364/95 en C-365/95, Jurispr. blz. I-1023, punt 60).

52 — Artikel 9, lid 3, van het Investeringsbeschermingsakkoord.

a) „Eerlijke en billijke behandeling” volgens artikel 4 van het Investeringsbeschermingsakkoord

85. Aangaande artikel 4 van het Investeringsbeschermingsakkoord stelt de Commissie dat ATEL niet het gewettigd vertrouwen had dat het rechtskader ongewijzigd zou blijven. ATEL had met name moeten weten dat Slowakije op het punt stond toe te treden tot de Europese Unie aangezien zij reeds de Europese overeenkomst had gesloten en haar toetredingsaanvraag had ingediend.

86. Slowakije voert aan dat op het tijdstip van de investering in 1997, ATEL niet de datum van toetreding van Slowakije tot de Europese Unie kon voorspellen, en dat het in ieder geval niet verwachtte dat de investering niet zou doorgaan, vooral daar destijds uit de politiek van de Europese Unie bleek dat zij de elektriciteitstransmissiecapaciteiten wou ontwikkelen, ook buiten Europa, overeenkomstig richtlijn 90/547/EEG.⁵³

87. Het is correct dat de chronologie van de toetreding van Slowakije verschillend was van die van de andere landen die op hetzelfde ogenblik zijn toegetreden. Slowakije ondertekende de Associatieovereenkomst op 4 oktober 1993, en op de vergadering van de Europese Raad in Cannes op 27 juni 1995 heeft de Slowaakse eerste minister de

toetredingsaanvraag aan de Europese Unie overhandigd. Het was evenwel pas tijdens de vergadering van de Europese Raad in Helsinki in december 1999 dat Slowakije werd uitgenodigd om de toetredingsonderhandelingen te beginnen. Dit was na de datum waarop de eerste groep kandidaat-lidstaten, die samen met Slowakije tot de Europese Unie zijn toegetreden, werden uitgenodigd om de toetredingsonderhandelingen te beginnen.⁵⁴

88. Deze chronologie kan erop wijzen dat in 1997 de investeerder niet zeker kon zijn of niet kon verwachten dat Slowakije tot de Europese Unie zou toetreden noch op welke tijdstip dit zou gebeuren aangezien dit nog steeds onzeker was.

89. Had ATEL desondanks toch ervan moeten uitgaan dat het rechtskader ongewijzigd zou blijven?

90. De letterlijke tekst van artikel 4 van het Investeringsbeschermingsakkoord geeft aan dat bescherming van investeringen niet impliceert dat de ontvangende staat deze investeringen moet schaden door onredelijke of discriminerende maatregelen te nemen. Verder moeten de investeringen een eerlijke en niet minder gunstige behandeling dan de door eigen investeerders gedane investeringen krijgen.

53 — Richtlijn van de Raad 90/547/EEG van 29 oktober 1990 betreffende de doorvoer van elektriciteit via de hoofdnetten (PB L 313, blz. 30).

54 — De Europese Raad van Luxemburg heeft in december 1997 beslist dat toetredingsonderhandelingen met zes kandidaat-lidstaten (Tsjechische Republiek, Cyprus, Estland, Hongarije, Polen en Slovenië) in 1998 zouden worden geopend. Conclusies van het voorzitterschap — Europese Raad van Luxemburg 12 en 13 december 1997; Raad van de Europese Unie, 16.04.2004, SN400/94. Beschikbaar op <http://ue.eu.int/en/info/eurocouncil/>.

91. Het door artikel 4 in zijn geheel geboden beschermingsniveau geeft mijns inziens niet aan dat het juridisch en economisch kader nooit zal veranderen, maar enkel dat veranderingen niet willekeurig mogen zijn en de buitenlandse investeerder niet mogen raken op een onredelijke en discriminerende manier vergeleken met de nationale investeerders die op het grondgebied investeringen doen.

92. Deze conclusie lijkt steun te vinden in de praktijk van de scheidsgerichten. In het algemeen bestaat een verplichting de juridische en economische omgeving waarin een investering werd gedaan, niet te wijzigen.⁵⁵ Naar aanleiding van investeringen in een land dat een overgangperiode doormaakt na zijn communistisch verleden, hebben scheidsgerichten niettemin geoordeeld dat de investeerder geen gewettigd vertrouwen heeft dat de wetten ongewijzigd zullen blijven.⁵⁶ In dergelijke situaties mag van de investeerder worden verwacht dat hij de risico's verbonden aan een investering in een onstabiele juridische omgeving beperkt door een standstill-clausule of een ander beding op te nemen die

hem beschermen tegen ongewenste veranderingen. Indien hij dit niet doet, zou dit tot de conclusie kunnen leiden dat een investeerder een berekend economisch risico heeft genomen door te aanvaarden dat hij eventueel wordt geconfronteerd met een voor zijn belangen en investering mogelijk of waarschijnlijk schadelijke wetswijziging.⁵⁷

93. Op grond van deze gevallen lijkt het erop dat wetswijzigingen specifiek moeten zijn ingegeven door het oogmerk de investering te schaden⁵⁸, tenzij een door de staat gedane tegenovergestelde belofte de investeerder heeft aangezet te investeren.

94. Desondanks ben ik toch niet overtuigd dat de wijziging in het rechtskader waarmee ATEL te maken heeft niet onredelijk is aangezien het wordt geconfronteerd met de dreiging van een totale teloorgang van de tegenprestatie voor zijn investering.

95. Als voorbeeld van een gewijzigd rechtskader waartegen een particuliere investeerder niet is beschermd, kan bijvoorbeeld

55 — Zie bijvoorbeeld *Occidental Exploration and Production Company/Republiek Ecuador*, arbitraal eindvonnis, London Court of International Arbitration, zaak nr. UN 3467.

56 — In *Parkerings-Compagniet/Republiek Litouwen* (ICSID arbitragezaak nr. ARB/05/8) vonden de betrokken feiten plaats tussen 1991 en 1999 „ingevolge de geleidelijke overgang tussen 1991 en 1997 van Litouwen als een sovjetrepubliek naar een kandidaat-lidstaat van de Europese Unie en een markteconomie” (punt 51 van het vonnis). In de zaak *Eastern Sugar/Tsjechische Republiek* (SCC nr. 088/2004) oordeelde het scheidsgerecht dat de enkele invoering met het oog op de toetreding van de Tsjechische Republiek tot de Europese Unie van een op de suikerregeling van de Europese Unie lijkende suikerregeling geen inbreuk vormt op het beginsel van eerlijke en billijke behandeling maar de wetgeving beging een inbreuk wanneer zij de betrokken onderneming op oneerlijke en onbillijke wijze viseerde (punten 271-274, 284-287 en 333-338). Zie ook arbitragezaak *Genin/Estland* (ICSID zaak nr. ARB/99/2, punt 356).

57 — Arbitragezaak *Parkerings*, punt 336.

58 — Zie bijvoorbeeld arbitragezaken *Parkerings*, punt 337, en *Eastern Sugar*, punt 335.

worden aangehaald, de situatie waarin een buitenlands reisbureau participeert in de financiering van een vakantieresort in ruil voor het verkrijgen van het recht om gedurende 20 jaar 20% van zijn beddencapaciteit te gebruiken. Het vakantieresort is aantrekkelijk daar het is gelegen in de nabijheid van een beschermd natuurgebied. Indien het vakantieresort niet meer rendabel is wegens nieuwe regelingen die de toegang van toeristen tot het beschermd gebied verbieden, kan niet worden gesteld dat het gewettigde vertrouwen van de investeerder zou zijn geschonden tenzij de betrokken staat rechtstreeks of onrechtstreeks heeft geparticipeerd in de overeenkomst of heeft beloofd dat de bestaande toestand zou worden behouden. Daartegenover staat dat de situatie anders moet worden beoordeeld indien de staat, met het oog op het bevorderen van de gelijke toegang tot het beschermd gebied, nieuwe regelingen heeft uitgevaardigd waardoor alle reisbureaus op gelijke voet staan inzake het gebruik van de beddencapaciteit van het nieuwe resort. Een investeerder dient niet vooruit te lopen op regelgevende tussenkomsten die tot gevolg hebben dat een rechtmatig gedane particuliere investering ter beschikking wordt gesteld van het publiek, en bijgevolg voor hem geen waarde meer heeft.

96. Zelfs indien ATEL wijzigingen in het regelgevend kader zou hebben verwacht, is het bijgevolg twijfelachtig dat ATEL rekening had moeten houden met een wijziging in de regelgeving die hem de mogelijkheid ontnaemt een bevoorrecht gebruik te genieten van

een op grond van een investering verkregen eigendom.⁵⁹

b) Onteigening volgens artikel 6 van het Investeringsbeschermingsakkoord

97. Artikel 6 van het Investeringsbeschermingsakkoord bepaalt dat contractpartijen niet, rechtstreeks of onrechtstreeks, onteigeningsmaatregelen kunnen nemen of andere maatregelen van gelijksoortige aard of met hetzelfde effect op investeringen. Dit is onderworpen aan maatregelen die in het algemeen belang op een niet-discriminerende basis met inachtneming van een behoorlijke rechtsgang worden genomen en voorzien in de betaling van adequate en doeltreffende compensatie.

98. De Commissie voert aan dat artikel 6 van het Investeringsbeschermingsakkoord niet neerkomt op een internationale verplichting tot behoud van de overeenkomst met SEPS, aangezien de ontbinding van de overeenkomst niet gelijk zou staan aan onteigening.

⁵⁹ — Het komt mij voor dat het op de overeenkomst geponderd recht van ATEL zou kunnen overeenkomen met een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 van Protocol (Nr. 1) bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden; zie Harris, D., „Law of the European Convention on Human Rights”, blz. 656-662. Betreffende rechtspraak inzake investeringen, zie bijvoorbeeld het arrest van 9 december 1994 nr. 13427/87 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Stran Griekse Raffinaderijen en Stratis Andreadis/Griekenland.

Zij betoogt dat het zeldzaam is dat de bemoeienis van een staat in de investeringsrechten van een contractpartij zo ingrijpend is dat zij neerkomt op een indirecte onteigening.

formulering van artikel 6 van het Investeringsbeschermingsakkoord duidelijk dat de handeling van Slowakije tot opzegging van de overeenkomst afbreuk doet aan de rechten van ATEL. Deze laatste zal de enige opbrengst van zijn investering verliezen.⁶¹

99. Slowakije voert aan dat een dergelijke situatie overeenkomt met een indirecte onteigening. Volgens haar is onteigening een overheidshandeling die de bedrijfsvoering, het genot en de waarde van de investering op negatieve wijze beïnvloedt, die zich zal voordoen indien de overheidsmaatregel onomkeerbaar en permanent is en die de investering zodanig aantast dat een deel ervan verdwijnt.⁶⁰

100. Artikel 6 van het Investeringsbeschermingsakkoord is ruim geformuleerd. Het omvat niet alleen directe en indirecte onteigening maar ook maatregelen met hetzelfde effect. Bijgevolg lijkt het een ruime bescherming van investeringen te beogen.

102. De Commissie stelt dat onteigening niet onwettig is daar artikel 6 van het Investeringsbeschermingsakkoord voorziet in betaling van compensatie in geval van onteigening. Dienovereenkomstig is er dus geen verplichting om niet te onteigenen maar een verplichting niet te onteigenen zonder compensatie. De Commissie voert aan dat de zienswijze dat dit een omstandigheid is die een discriminerende behandeling kan rechtvaardigen, neerkomt op het aanvaarden dat een lidstaat zich ten exceptieve op situaties in zijn financieel bestel kan beroepen ter rechtvaardiging van

101. In deze zaak is het op grond van deze betekenis van onteigening en van de ruime

61 — Het is interessant vast te stellen dat de behoefte aan naleving van het Unierecht niet noodzakelijk met een bilateraal investeringsverdrag strijdige maatregelen van het ontvangende land rechtvaardigt. Aldus aanvaardde het scheidsgerecht in de zaak ADCIADMC/Hongarije niet dat de vereiste van naleving met het Unierecht (grondafhandelingsdiensten op de luchthaven van Boedapest dienden in overeenstemming te worden gebracht met richtlijn 96/97 van de Europese Unie, en luchtverkeersleidingsdiensten dienden volgens het Unierecht te worden gescheiden van luchthavendiensten) de door het ontvangende land tegen een buitenlandse investeerder genomen maatregelen rechtvaardigde. Deze maatregelen werden als onteigening beschouwd en bijgevolg strijdig met de op Hongarije rustende verplichtingen in het onderzochte bilaterale investeringsverdrag. Zie ADCIADMC/Hongarije, ICSID zaak nr. ARB/03/16.

60 — Arbitragezaak Plama Consortium Limited/Republiek Bulgarije (ICSID zaak nr. ARB/03/24).

de niet-nakoming, hetgeen strijdig is met de vaste rechtspraak van het Hof.⁶²

inachtneming van mensenrechten en fundamentele rechten.

103. Mijns inziens stelt dit het rechtsmiddel vóór het recht. Artikel 6 voorziet in een recht op compensatie als het resultaat van de schending van het recht van niet-onteiening van de investeerder. Dit recht op compensatie ontkent niet dat er een recht van niet-onteiening bestaat, en aldus rust op Slowakije in de zin van artikel 307 EG een internationale verplichting de investering niet te onteigenen tenzij de voorwaarden van artikel 6, waarvan compensatie slechts één is, zijn vervuld.

104. Ik ben van mening dat een rechtmatige onteigening niet een tegen een gekende investeerder gerichte politieke maatregel ad hoc is, zij het verzacht door compensatie, maar bestaat in de toepassing van een vooraf bestaand rechtskader in vooraf gedefinieerde situaties die worden gekenmerkt door een doorslaggevend algemeen belang en met

105. Deze conclusie vindt steun in een analyse van hetgeen Slowakije dient te doen om te bereiken wat de Commissie aanziet als de rechtstoestand conform richtlijn 2003/54. Niet Slowakije is partij bij de overeenkomst maar SEPS, dat niet het recht heeft zich terug te trekken uit de overeenkomst. De overeenkomst moet naar Oostenrijks recht worden uitgelegd zodat Slowakije de termen of de effecten ervan niet door zijn wetgeving kan wijzigen, noch de overeenkomst van al haar rechtsgevolgen kan beroven. Een Slowaakse wet die zou bepalen dat overeenkomsten met een beding van prioritaire toegang tot de transmissienetten ongeldig en niet toepasselijk zijn, heeft geen invloed op het feit dat SEPS juridisch gebonden blijft door de overeenkomst. Bijgevolg kan Slowakije in deze zaak alleen zijn verplichtingen nakomen door op SEPS gerichte wetgeving vast te stellen die deze laatste ervan weerhoudt de overeenkomst uit te voeren. Mijns inziens komt dit overeen met onteigening of een maatregel met hetzelfde effect, en bovendien is het waarschijnlijk strijdig met de vereiste eerlijke en billijke behandeling.

106. Verder, aangezien het Unierecht op dit ogenblik afwijkingen toelaat van het beginsel van niet-discriminerende toegang tot het elektriciteitstransmissienet, kan niet worden gesteld dat onteigening van ATEL's investering vereist is in het algemeen belang. Bovendien kan niet worden beweerd dat de onteigening geen discriminerende grondslag heeft

62 — Arrest van 20 februari 1986, Commissie/Italië (C-309/84, Jurispr. blz. I-599, punt 17). Ik merk op dat niets in het dossier erop wijst dat ATEL een vergoedingsvoorstel voor de nieuwe situatie heeft ontvangen. Verder zou aan een investeerder verleende financiële steun ter vergoeding van waardeverlies van een verboden, discriminerend voordeel vanuit het oogpunt van staatssteun problemen kunnen opleveren. Dienaangaande, zie bijvoorbeeld Eilmansberfer, T., „Bilateral Investment Treaties and EU law” (2009)46, *Common Market Law Review* 383, op bladzijde 423 en voetnoot 171.

aangezien er een onderbreking is tussen het einde van de krachtens artikel 24 van richtlijn 96/92 toegelaten derogatieperiode en de inwerkingtreding van artikel 7 van verordening nr. 1228/2003. Ingevolge deze onderbreking komen sommige investeringen in aanmerking voor een afwijking en andere niet, hetgeen zelf betekent dat van de maatregel niet kan worden gezegd dat hij geen discriminerende grondslag heeft.

verplichtingen ingevolge de artikelen 9 en 20 van richtlijn 2003/54.

107. Dit noopt tot de conclusie dat er een internationale verplichting in de zin van artikel 307, eerste alinea, EG bestaat, en dat Slowakije SEPS niet kan dwingen haar investeringsovereenkomst met ATEL niet na te komen zonder haar verplichtingen op grond van het Investeringsbeschermingsakkoord te schenden.

109. Ik kom niet zonder enige aarzeling tot deze conclusie. Ook al rechtvaardigt de toepassing van artikel 307 EG deze conclusie, toch lijkt zij op het eerste gezicht niet te stroken met het idee van marktliberalisering dat richtlijn 2003/54 beoogt te bevorderen. Nochtans kom ik tot deze zienswijze op grond van het feit dat deze oplossing niet onverenigbaar is met de in artikel 24 van richtlijn 96/92 en artikel 7 van verordening nr. 1227/2003 opgenomen derogatiebepalingen die toelaten dat tot investeringen in de elektriciteitssector uitzonderlijk en tijdelijk prioritaire toegang wordt verleend.

c) Conclusie betreffende internationale verplichting

108. Het gevolg hiervan is dat zulk een vóór de inwerkingtreding van het Verdrag aangegane verplichting niet kan worden aangetast door het Verdrag, zodat Slowakije niet kan worden geacht inbreuk te maken op haar

110. Verder vormt deze zaak geen bedreiging voor de marktliberalisering, daar ATEL een in een derde land gevestigd bedrijf is dat geen monopolie heeft, en houder is van een vóór de toetreding van Slowakije voor een bepaalde duur toegekend en niet-hernieuwbaar recht.

V — Conclusie

111. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging het beroep te verwerpen en de Commissie te verwijzen in de kosten.