



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. SZPUNAR

van 3 maart 2021¹

Zaak C-741/19

Republiek Moldavië

tegen

Vennootschap Komstroy, rechtsopvolger van de vennootschap Energoalians

[verzoek van de cour d'appel de Paris (rechter in tweede aanleg Parijs, Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Verdrag inzake het Energiehandvest – Begrip ‚investering‘ – Geschillen tussen een investeerder en een verdragsluitende partij – Situatie die geheel buiten de rechtsorde van de Unie valt – Bevoegdheid van het Hof”

I. Inleiding

1. De bepalingen van het Verdrag inzake het Energiehandvest² (hierna: „EHV”) zijn sinds de ondertekening ervan door de Europese Unie bijna 30 jaar geleden, pas twee keer het voorwerp geweest van prejudiciële vragen, met inbegrip van de onderhavige zaak.³ Deze zaak is dus uniek, om te beginnen omdat zij het Hof de welkome gelegenheid biedt om zich uit te spreken over de betekenis van bepalingen die tot op heden niet zijn uitgelegd.
2. Vervolgens zijn bij het geschil in het kader waarvan de onderhavige prejudiciële vragen worden gesteld, noch de Unie noch de lidstaten betrokken: het geschil speelt zich af tussen de Republiek Moldavië en een Oekraïense onderneming en lijkt op het eerste gezicht dus los te staan van de Unie.
3. Ten slotte moet de onderhavige zaak volgens mijn analyse het Hof ertoe brengen zich uit te spreken over een belangrijk vraagstuk, namelijk de verenigbaarheid van het bij het EHV ingevoerde stelsel voor geschillenbeslechting met het Unierecht, in het verlengde van het arrest van het Hof in de zaak Achmea⁴.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² Ondertekend te Lissabon op 17 december 1994 (PB 1994, L 380, blz. 24) en goedgekeurd namens de Europese Unie bij besluit 98/181/EG, EGKS, Euratom van de Raad en de Commissie van 23 september 1997 betreffende sluiting door de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het Energiehandvest en het protocol bij het Energiehandvest betreffende energie-efficiëntie en daarmee samenhangende milieuaspecten (PB 1998, L 69, blz. 1).

³ De andere zaken betreffende de uitlegging van het EHV zijn de gevoegde zaken Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e.a. (C-798/18 en C-799/18), thans aanhangig bij het Hof.

⁴ Arrest van 6 maart 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158; hierna: „arrest Achmea”).

II. Toepasselijke bepalingen

A. EHV

4. Het EHV is door de Unie ondertekend op 17 december 1994 en namens de Unie goedgekeurd bij besluit 98/181. De lidstaten zijn ook alle partij bij het EHV, met uitzondering van de Italiaanse Republiek, naast 28 derde landen.

5. De preambule van het EHV luidt:

„De partijen bij dit verdrag,

[...]

Gelet op het Europees Energiehandvest dat is aangenomen als onderdeel van het op 17 december 1991 te 's-Gravenhage ondertekende Slotdocument van de Conferentie van 's-Gravenhage over het Europees Energiehandvest,

[...]

Geleid door de wens een concrete invulling te geven aan de grondgedachte van het Europees Energiehandvest, te weten dat dit als katalysator voor de economische groei moet fungeren door het nemen van maatregelen voor de liberalisatie van de investeringen en de handel in energie,

[...]”

6. Het EHV bestaat uit een preambule en acht delen. De delen I, II, III en V hebben respectievelijk de opschriften „Definities en doel”, „Handel”, „Bevordering, bescherming en behandeling van investeringen” en „Regeling van geschillen”.

7. Artikel 1 EHV, met het opschrift „Definities”, bepaalt:

„In dit verdrag wordt verstaan onder:

[...]

6. ‚investering’: elke vorm van activa die een investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft, met inbegrip van:

[...]

c) aanspraken op geld en aanspraken op prestaties volgens een contract met een economische waarde en in verband met een investering;

[...]

f) een bij [...] contract [...] verleend recht om een economische activiteit in de energiesector te ondernemen.

[...]

„Investering” heeft betrekking op elke investering in verband met een economische activiteit in de energiesector en op investeringen of categorieën investeringen die door een verdragsluitende partij op haar grondgebied worden aangemerkt als „onder het [Europese Energiehandvest] vallende efficiëntieprojecten” en als zodanig bij het secretariaat worden aangemeld;

7. „investeerders”:

a) van een verdragsluitende partij,

i) natuurlijke personen die het staatsburgerschap of de nationaliteit bezitten van of permanent verblijven op het grondgebied van die verdragsluitende partij conform haar toepasselijke wetgeving,

ii) vennootschappen of andere organisaties opgericht conform op het grondgebied van die verdragsluitende partij toepasselijke wetgeving;

b) uit een derde land, natuurlijke personen, vennootschappen of andere organisaties die mutatis mutandis voldoen aan de onder a) aan verdragsluitende partijen gestelde voorwaarden;

8. „investeringen doen”: nieuwe investeringen tot stand brengen, een bestaande investering geheel of gedeeltelijk overnemen, dan wel op nieuwe terreinen investeringsactiviteiten ontwikkelen;

[...]

10. „grondgebied” met betrekking tot een staat, die verdragsluitende partij is:

a) het grondgebied onder zijn soevereiniteit, met dien verstande dat dat grondgebied land, binnenwateren en de territoriale zee omvat, alsmede

b) behoudens en overeenkomstig het internationale zeerecht: de zee, zeebodem en ondergrond daarvan waarover die verdragsluitende partij soevereine rechten of rechtsmacht uitoefent.

Met betrekking tot een regionale organisatie voor economische integratie die partij bij dit verdrag is, betekent „grondgebied” de gebieden van de lidstaten van die organisatie volgens de bepalingen van het verdrag tot oprichting van die organisatie;

[...]”

8. Artikel 26 EHV, met het opschrift „Regeling van geschillen tussen een investeerder en een verdragsluitende partij”, luidt als volgt:

„1. Geschillen tussen een verdragsluitende partij en een investeerder van een andere verdragsluitende partij over een investering van deze laatste op het grondgebied van eerstgenoemde partij, die betrekking hebben op de beweerd niet-nakoming van een verplichting van eerstgenoemde partij die voortvloeit uit deel III van dit verdrag, worden, zo mogelijk, door middel van een minnelijke schikking geregeld.

2. Indien dergelijke geschillen niet overeenkomstig de bepalingen van het eerste lid kunnen worden geregeld binnen een periode van drie maanden vanaf de datum waarop één van beide partijen bij het geschil om een minnelijke schikking heeft verzocht, wordt het geschil op verzoek van de betrokken investeerder voorgelegd:

- a) aan de rechters of administratiefrechtelijke instanties van de verdragsluitende partij die partij is bij het geschil; of
- b) in overeenstemming met een toepasselijke, eerder overeengekomen procedure voor regeling van geschillen; of
- c) in overeenstemming met de volgende leden van dit artikel.

[...]

6. Een overeenkomstig het vierde lid ingesteld scheidsgerecht beslist over de geschillen overeenkomstig dit verdrag en de toepasselijke internationale rechtsregels en -beginselen.

[...]”

B. Frans recht

9. Volgens artikel 1520 van de code de procédure civile (Frans wetboek van burgerlijke rechtsvordering) kan een in Frankrijk gewezen arbitraal vonnis onder meer alleen dan worden vernietigd wanneer het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd of onbevoegd heeft verklaard.

III. Aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

10. Ter uitvoering van de overeenkomsten van 1 en 24 februari 1999 heeft de vennootschap Ukrenergo, een Oekraïense elektriciteitsproducent, elektriciteit verkocht aan de vennootschap Energoalians, een Oekraïense distributeur van elektriciteit, die de elektriciteit vervolgens heeft doorverkocht aan Derimen Properties Limited (hierna: „Derimen”), een op de Britse Maagdeneilanden geregistreerde onderneming, die de elektriciteit op haar beurt heeft doorverkocht aan de vennootschap Moldtranselectro, een Moldavisch overheidsbedrijf. De te leveren volumes elektriciteit werden maandelijks rechtstreeks vastgesteld tussen Moldtranselectro en Ukrenergo, die deze elektriciteit leverde onder de voorwaarden „DAF Incoterms 1990”, dat wil zeggen tot aan de Oekraïense kant van de Oekraïens-Moldavische grens.

11. De elektriciteit werd geleverd gedurende de jaren 1999 en 2000, met uitzondering van de periode van mei tot juli 1999. Voor elke maand van levering moest Energoalians worden betaald door Derimen, die zelf een betaling moest ontvangen van Moldtranselectro. De hoogte van de betalingen werd bepaald door de addenda bij de overeenkomst van 24 februari 1999, op grond waarvan de prijs die Moldtranselectro aan Derimen betaalde ongeveer twee keer zo hoog was als de prijs die Derimen aan Energoalians betaalde.

12. Derimen heeft Energoalians voor alle aangekochte elektriciteit betaald, terwijl Moldtranselectro Derimen slechts gedeeltelijk heeft betaald.

13. Bij overeenkomst van 30 mei 2000 heeft Derimen haar vordering op Moldtranselectro overgedragen aan Energoalians.

14. Moldtranselectro heeft haar schuld gedeeltelijk betaald door een aantal van haar vorderingen over te dragen aan Energoalians. Energoalians heeft vervolgens tevergeefs geprobeerd om het restant van haar vordering te innen door een procedure in te leiden bij de Moldavische en vervolgens de Oekraïense rechterlijke instanties.

15. Aangezien Energoalians van mening was dat bepaalde handelingen van de Republiek Moldavië een gekwalificeerde schending vormden van de op grond van het EHV aangegane verplichtingen, heeft zij de arbitrageprocedure van artikel 26 van dit verdrag ingeleid.

16. Bij arbitraal vonnis dat op 25 oktober 2013 in Parijs bij meerderheid van stemmen is geweest, heeft het ad-hoc-scheidsgerecht zich bevoegd verklaard en de Republiek Moldavië op grond van dit verdrag veroordeeld tot betaling van een bepaald bedrag aan Energoalians wegens het niet-nakomen van haar uit het EHV voortvloeiende verplichtingen. De voorzitter van het ad-hoc-scheidsgerecht daarentegen heeft een afwijkend standpunt kenbaar gemaakt over de bevoegdheid van het scheidsgerecht.

17. De Republiek Moldavië heeft overeenkomstig artikel 1520 van de Franse code de procédure civile, beroep tot vernietiging van dat vonnis ingesteld wegens schending van een bepaling van openbare orde, namelijk die betreffende de bevoegdheid van het ad-hoc-scheidsgerecht.

18. Bij vonnis van 12 april 2016 heeft de cour d'appel de Paris (rechter in tweede aanleg Parijs, Frankrijk) het vonnis vernietigd, op grond dat het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd had verklaard. De cour d'appel heeft geoordeeld dat de door Derimen overgedragen vordering waarop het geschil tussen Energoalians en de Republiek Moldavië betrekking had, uitsluitend de verkoop van elektriciteit betrof. Wanneer er geen sprake is van enige inbreng, kan een dergelijke vordering volgens deze rechter niet worden beschouwd als een investering in de zin van het EHV en kan de bevoegdheid van het scheidsgerecht derhalve niet daarop worden gebaseerd.

19. Op het cassatieberoep van Komstroy, die bij akte van overdracht van 6 oktober 2014 rechtsopvolger werd van Energoalians, heeft de cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Frankrijk) bij arrest van 28 maart 2018, het arrest van 12 april 2016 vernietigd in al zijn onderdelen en de zaak terugverwezen naar de cour d'appel de Paris, in een andere samenstelling.

20. Voor deze laatste rechter voert de Republiek Moldavië aan dat het scheidsgerecht zich onbevoegd had moeten verklaren, aangezien er geen sprake was van een „investering” in de zin van het EHV „die is gedaan door” een onderneming van een verdragsluitende partij bij het EHV „op het grondgebied van” Moldavië. Zij betoogt dat de vordering die Energoalians van Derimen heeft verworven, geen „investering” is in de zin van artikel 26, lid 1, EHV, gelezen in het licht van artikel 1, punt 6, van dit verdrag, en dus niet kon worden onderworpen aan arbitrage, aangezien die procedure alleen geldt voor deel III van het EHV, dat nu juist betrekking heeft op investeringen. Bovendien, ook al zou die vordering kunnen worden aangemerkt als een investering, dan is die niet „gedaan door” een onderneming van een verdragsluitende partij, aangezien Derimen een op de Britse Maagdeneilanden gevestigde onderneming is. Tot slot geldt in elk geval dat de verkoop van elektriciteit waarop de vordering betrekking heeft, niet heeft plaatsgevonden „op het grondgebied” van Moldavië, aangezien de elektriciteit enkel werd verkocht en geleverd tot aan de Oekraïense kant van de Oekraïens-Moldavische grens.

21. Komstroy is daarentegen van mening dat het scheidsgerecht bevoegd was op grond van artikel 26 EHV, aangezien aan alle in die bepaling gestelde voorwaarden was voldaan en het met name om een op het grondgebied van Moldavië gedane investering ging.

22. Gelet op het voorgaande heeft de cour d'appel de Paris de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Moet [artikel 1, punt 6, EHV] aldus worden uitgelegd dat een vordering die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit en die geen bijdrage van de investeerder in de staat van ontvangst inhoudt, een ‚investering‘ in de zin van dit artikel kan vormen?
- 2) Moet [artikel 26, lid 1, EHV] aldus worden uitgelegd dat de verwerving door een investeerder van een verdragsluitende partij, van een vordering van een marktdeelnemer die niet afkomstig is uit een van de staten die partij zijn bij dat verdrag, een investering vormt?
- 3) Moet [artikel 26, lid 1, EHV] aldus worden uitgelegd dat een vordering van een investeerder die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit die aan de grens van de staat van ontvangst wordt geleverd, een investering kan vormen die op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij wordt gedaan, wanneer de investeerder op het grondgebied van die andere verdragsluitende partij geen enkele economische activiteit heeft uitgeoefend?”

23. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Republiek Moldavië, de Duitse, de Spaanse en de Poolse regering alsmede de Europese Commissie.

24. Ter terechtzitting van 17 november 2020 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt namens de Republiek Moldavië, Komstroy, de Franse, de Duitse, de Spaanse, de Italiaanse, de Hongaarse, de Nederlandse, de Poolse, de Finse en de Zweedse regering alsmede de Raad van de Europese Unie en de Commissie.

IV. Analyse

25. De onderhavige zaak is uniek. In de eerste plaats hebben de door de verwijzende rechter gestelde vragen betrekking op de uitlegging van enkele bepalingen van het EHV waarover het Hof zich tot nu toe nooit heeft hoeven te buigen. In de tweede plaats staat in het hoofdgeding een derde land, de Republiek Moldavië, tegenover een onderneming uit een ander derde land, Oekraïne.

26. Over de bevoegdheid van het Hof om de vragen te beantwoorden zou dan ook kunnen worden gediscussieerd, aangezien het gaat om de uitlegging van een internationaal verdrag in het kader van een geschil dat in elk geval op het eerste gezicht alle kenmerken heeft van een situatie die kan worden aangeduid als „louter extern”.

27. Alvorens in te gaan op de inhoud van de prejudiciële vragen (B), moet ik dus eerst onderzoeken of het Hof bevoegd is (A).

A. Bevoegdheid van het Hof

28. Allereerst breng ik in herinnering dat artikel 267 VWEU bepaalt dat het Hof bevoegd is, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over de uitlegging van de handelingen van de instellingen van de Unie, met dien verstande dat een door de Raad overeenkomstig de artikelen 217 en 218 VWEU gesloten internationale overeenkomst een dergelijke handeling is. Aangezien de bepalingen van een dergelijke overeenkomst vanaf de inwerkingtreding ervan deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie, is het Hof bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de uitlegging van die overeenkomst.⁵

29. Aangezien het EHV is ondertekend door en goedgekeurd namens de Unie, moet dit verdrag worden beschouwd als een door de instellingen van de Unie vastgestelde handeling in de zin van artikel 267 VWEU. Op het eerste gezicht is het Hof is dus bevoegd om een uitspraak te doen over de bepalingen van het EHV.

30. Een dergelijke vaststelling volstaat echter niet om de bevoegdheid van het Hof zeker te stellen. Bij het hoofdgeding zijn immers noch de Unie noch de lidstaten betrokken. Het is derhalve zaak om te onderzoeken of dit element mogelijk van invloed is op de bevoegdheid van het Hof om de prejudiciële vragen te beantwoorden.

1. Rechtspraak betreffende de uitlegging van bepalingen van een internationale overeenkomst wat betreft de toepassing ervan buiten de rechtsorde van de Unie

31. De rechtspraak heeft enkele verduidelijkingen aangebracht ten aanzien van de bevoegdheid van het Hof om een internationale overeenkomst uit te leggen. Met name in de arresten Andersson en Wåkerås-Andersson⁶ en Salzmänn⁷ heeft het Hof met betrekking tot de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz.3; hierna: „EER-Overeenkomst”) geoordeeld dat het Hof niet bevoegd is om zich uit te spreken over de uitlegging van een overeenkomst wat betreft de toepassing ervan in derde landen.

32. Wanneer die rechtspraak wordt toegepast op het hoofdgeding, zou het Hof zich op grond daarvan onbevoegd moeten verklaren om uitspraak te doen over de uitlegging van het EHV, aangezien het gaat om een geschil tussen een onderneming uit een derde land en een ander derde land. Toch denk ik dat dit in casu niet de juiste oplossing is.

33. De conclusie waartoe het Hof in de arresten Andersson en Wåkerås-Andersson⁸ en Salzmänn⁹ is gekomen, namelijk dat het Hof niet bevoegd was om de bepalingen van de EER-Overeenkomst uit te leggen, kan alleen worden begrepen indien wordt nagegaan welke redenen tot deze conclusie hebben geleid. De redenering van het Hof was gebaseerd op twee elementen.

⁵ Arresten van 30 april 1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, punten 2 en 4); 15 juni 1999, Andersson en Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punt 26), en 7 juni 2018, KP (C-83/17, EU:C:2018:408, punt 24).

⁶ Arrest van 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, punt 28).

⁷ Arrest van 15 mei 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, punt 66).

⁸ Arrest van 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

⁹ Arrest van 15 mei 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

34. Ten eerste heeft het Hof uiteengezet dat zijn bevoegdheid tot uitlegging van de bepalingen van het Unierecht alleen geldt wat de Unie betreft.¹⁰ Anders gezegd, het Hof acht zich niet bevoegd om bepalingen uit te leggen die ertoe strekken om buiten de rechtsorde van de Unie te worden toegepast.

35. Ten tweede werd de onbevoegdheid van het Hof ook gerechtvaardigd door het feit dat de tekst zelf van de EER-Overeenkomst de bevoegdheid tot uitlegging van de bepalingen van die overeenkomst toekent aan het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA)¹¹ wat betreft de toepassing ervan buiten de rechtsorde van de Unie, waarbij tegelijkertijd wordt gewaarborgd dat die uitlegging in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof. Uit de bepalingen van de EER-Overeenkomst blijkt immers dat vanwege de nauwe samenhang tussen deze overeenkomst en de rechtsorde van de Unie, die bepalingen, voor zover zij in essentie gelijk zijn aan de overeenkomstige regels van de Verdragen en de ter uitvoering daarvan aangenomen besluiten, moeten worden uitgelegd overeenkomstig de rechtspraak van het Hof.¹²

36. De door het Hof in de arresten Andersson en Wåkerås-Andersson¹³ en Salzmänn¹⁴ gevolgde redenering lijkt dus te zijn gebaseerd op het doel van het in artikel 267 VWEU neergelegde mechanisme van de prejudiciële verwijzing, namelijk het voorkomen van verschillen in de uitlegging van het Unierecht binnen de rechtsorde van de Unie.¹⁵

37. Dit doel heeft echter ook reeds gediend als rechtvaardiging voor de bevoegdheid van het Hof om bepalingen van het Unierecht uit te leggen in het kader van geschillen die niet strikt onder de rechtsorde van de Unie vielen. Zo heeft het Hof in het arrest Hermès geoordeeld dat wanneer een bepaling op zowel situaties die onder het Unierecht vallen als situaties die daar niet onder vallen, kan worden toegepast, de Unie er stellig belang bij heeft dat die bepaling, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst, op eenvormige wijze wordt uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moet vinden. Het Hof heeft zich derhalve bevoegd verklaard om een bepaling van een internationale overeenkomst waarbij de Unie partij is, uit te leggen in een situatie die niet onder het Unierecht viel.¹⁶

38. In die omstandigheden mogen de arresten Andersson en Wåkerås-Andersson¹⁷ en Salzmänn¹⁸ niet aldus worden begrepen dat de bevoegdheid van het Hof om bepalingen van Unierecht uit te leggen in het kader van geschillen die buiten de rechtsorde van de Unie vallen, systematisch uitgesloten is. Die bevoegdheid wordt immers algemeen erkend wanneer de uit te leggen bepaling op zowel situaties die onder het Unierecht vallen als situaties die daar niet onder vallen, kan worden toegepast.

¹⁰ Arresten van 15 juni 1999, Andersson en Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punt 28), en 15 mei 2003, Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, punt 66).

¹¹ Arresten van 15 juni 1999, Andersson en Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punt 29), en 15 mei 2003, Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, punt 67).

¹² Zie artikel 6 van de EER-Overeenkomst en de vijftiende alinea van de preambule van die overeenkomst. Zie ook in die zin Baudenbacher, C., „The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union”, in Baudenbacher, C. (ed), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, blz. 179-194.

¹³ Arrest van 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁴ Arrest van 15 mei 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁵ Arresten van 12 juni 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, punt 20), en 21 juli 2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, punt 60), alsmede advies 1/09 van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 83).

¹⁶ Arrest van 16 juni 1998, Hermès (C-53/96, EU:C:1998:292, punt 32).

¹⁷ Arrest van 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁸ Arrest van 15 mei 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

2. Specifieke kenmerken van het EHV en de gevolgen ervan voor de toepassing van de betrokken rechtspraak op het onderhavige geval

39. Het EHV kent bovendien bepaalde specifieke kenmerken, waardoor het om twee redenen niet zonder meer kan worden gelijkgesteld met de EER-Overeenkomst die aan de orde was in de door mij genoemde rechtspraak.

40. In de eerste plaats wordt bij het EHV geen rechterlijke instantie in het leven geroepen die belast is met de uniforme uitlegging van de bepalingen ervan, op dezelfde wijze als de uitlegging die het Hof eraan geeft binnen zijn rechtsorde. Uitlegging van het EHV geschiedt immers alleen in het kader van geschillenbeslechting door verschillende rechterlijke instanties, dat wil zeggen scheidsgerechten of nationale rechterlijke instanties van de verdragsluitende partijen, die dus niet kunnen voorkomen dat er sprake is van verschillen in uitlegging.¹⁹

41. In de tweede plaats, zoals is opgemerkt door de Duitse regering in haar schriftelijke opmerkingen en door de Commissie tijdens de terechtzitting, bestaat het EHV, hoewel het een multilaterale overeenkomst is, uit een geheel van bilaterale verplichtingen tussen de verdragsluitende partijen, waaronder de Unie en de lidstaten²⁰. De verplichtingen waarin het EHV voorziet, dienen vooral ter bescherming van de investeringen die worden gedaan door investeerders van een verdragsluitende partij in een andere verdragsluitende partij.²¹ De schending van een van die verplichtingen heeft dus niet tot gevolg dat alle verdragsluitende partijen te allen tijde daarvoor schadevergoeding kunnen vorderen, aangezien die verplichtingen alleen bilaterale werking hebben, tussen twee verdragsluitende partijen.²²

42. Het EHV stelt dus een geheel van bilaterale verplichtingen vast die tot doel hebben om, op het gebied waarop het EHV betrekking heeft, enerzijds de betrekkingen tussen de verdragsluitende partijen te regelen en anderzijds die tussen de investeerders van een verdragsluitende partij en de verdragsluitende partij op het grondgebied waarop de investeringen zijn gedaan. Hieruit volgt dat die verplichtingen theoretisch gezien ook binnen de Unie zelf de betrekkingen tussen de lidstaten kunnen regelen en bijgevolg van toepassing kunnen zijn binnen de rechtsorde van de Unie.

43. Derhalve beperken deze twee specifieke kenmerken van het EHV, in vergelijking met de EER-Overeenkomst, de mogelijkheid om de oplossing die in de arresten Andersson en Wåkerås-Andersson²³ en Salzmann²⁴ is uitgewerkt met betrekking tot de onbevoegdheid van het Hof om een internationale overeenkomst uit te leggen, toe te passen op situaties die buiten de rechtsorde van de Unie vallen.

44. In de onderhavige zaak verzoekt de verwijzende rechter het Hof om uitlegging te geven aan bepalingen van een internationale overeenkomst die niet uniform en in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof worden uitgelegd in geschillen buiten de Unie en die in beginsel ook van toepassing zouden kunnen zijn op situaties binnen de rechtsorde van de Unie.

¹⁹ Het bewijs hiervoor zijn de controversen in de arbitrale rechtspraak wat betreft de uitlegging van het begrip „investering”, waarop de onderhavige prejudiciële vragen betrekking hebben.

²⁰ Die alle partij zijn bij het EHV, met uitzondering van de Italiaanse Republiek.

²¹ Zie bijvoorbeeld artikel 10, lid 1, EHV: „Elke verdragsluitende partij bevordert en schept [...] stabiele, billijke, gunstige en doorzichtige voorwaarden voor het doen van investeringen op haar grondgebied door investeerders van andere verdragsluitende partijen.”

²² Over het bestaan van bilaterale verplichtingen binnen multilaterale verdragen, zie arrest van het Internationaal Gerechtshof van 5 februari 1970, Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited (België/Spanje), *C.I.J. Recueil*, 1970, blz. 3, punten 33 en 35.

²³ Arrest van 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, punt 28).

²⁴ Arrest van 15 mei 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, punt 66).

45. In die omstandigheden ben ik van mening dat het belang van de Unie bij een uniforme uitlegging van de bepalingen van het EHV niet kan worden uitgesloten. Daaruit leid ik af dat de bevoegdheid van het Hof om de prejudiciële vragen in deze zaak te beantwoorden, in die omstandigheden moet worden erkend.

3. Twijfels ten aanzien van de toepasselijkheid van de bepalingen van het EHV binnen de rechtsorde van de Unie

46. Ik moet deze vaststelling meteen weer afzwakken. Een dergelijke conclusie geldt alleen indien de uit te leggen bepalingen inderdaad van toepassing zijn binnen de rechtsorde van de Unie. Indien dit niet het geval is, ontbreekt het belang van de Unie bij de uniforme uitlegging ervan, evenals de bevoegdheid van het Hof om deze uitlegging te geven.

47. Ten eerste wordt bij artikel 26 EHV een stelsel ingevoerd voor de beslechting van geschillen tussen investeerders van een verdragsluitende partij en een verdragsluitende partij waarbij beroep kan worden ingesteld bij een scheidsgerecht. In dit verband heeft het Hof in het arrest Achmea²⁵ geoordeeld dat een beroep op een scheidsgerecht dat is ingesteld op grond van een tussen twee lidstaten gesloten verdrag ter bescherming en bevordering van investeringen, niet is toegestaan binnen de rechtsorde van de Unie. Dat arrest lijkt dan ook te suggereren dat artikel 26 EHV nooit van toepassing is binnen de rechtsorde van de Unie, zodat het Hof onbevoegd is om deze bepaling uit te leggen.

48. Het EHV is echter niet helemaal vergelijkbaar met het bilaterale investeringsverdrag (hierna: „BIT”) dat aan de orde was in het arrest Achmea en kent bepaalde specifieke kenmerken die in aanmerking moeten worden genomen teneinde een volledig antwoord te kunnen geven op de vraag of het bij het EHV ingevoerde stelsel voor geschillenbeslechting verenigbaar is met het Unierecht. Ik geef het Hof dan ook in overweging om van deze gelegenheid gebruik te maken om de gevolgen van dit arrest voor de toepasselijkheid van artikel 26 EHV te onderzoeken, aangezien die analyse noodzakelijk is om vast te stellen of het Hof bevoegd is om antwoord te geven op de prejudiciële vragen betreffende de uitlegging van die bepaling.

49. Ten tweede is het juist dat in het arrest Achmea geen definitief antwoord wordt gegeven op de meer algemene vraag over de verenigbaarheid met het Unierecht van de materiële bepalingen van de verdragen ter bescherming en bevordering van investeringen, wanneer die de betrekkingen tussen de lidstaten beogen te regelen. Dit arrest heeft evenwel aan het licht gebracht dat dergelijke overeenkomsten tot problemen leiden wanneer ze worden toegepast binnen de Unie.²⁶ De vraag is immers of een beroep kan worden gedaan op de materiële bepalingen wanneer een geschil tussen een investeerder van een lidstaat en een andere lidstaat wordt voorgelegd aan de rechter van die staat. Derhalve dient te worden nagegaan of de materiële bepalingen van het EHV, in navolging van het arrest Achmea, onverenigbaar kunnen worden verklaard met het Unierecht en dan niet van toepassing zijn binnen de rechtsorde van de Unie.

50. Via dit onderzoek kan worden vastgesteld of de Unie belang heeft bij een uniforme uitlegging van de bepalingen van het EHV en of het Hof bevoegd is om de onderhavige prejudiciële vragen te beantwoorden.

²⁵ Punt 60 en dictum.

²⁶ Zie in dit verband mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2018 inzake de bescherming van investeringen binnen de EU, COM(2018) 547 final.

a) Toepasselijkheid van het bij artikel 26, lid 1, EHV ingevoerde stelsel voor geschillenbeslechting binnen de rechtsorde van de Unie

51. De vraag naar de verenigbaarheid met het Unierecht van stelsels voor geschillenbeslechting die zijn vervat in voor de lidstaten bindende conventionele instrumenten, staat al jaren centraal in levendige discussies, zowel in de doctrine²⁷ als in de praktijk²⁸.

52. Dit komt tot uiting in de zaak die heeft geleid tot het arrest Achmea, dat laat zien, voor zover dat nodig was, hoe gespannen de verhouding is tussen het Unierecht en het recht op investeringsarbitrage.²⁹

1) Arrest Achmea

53. In het arrest Achmea³⁰ heeft het Hof geoordeeld dat de artikelen 267 en 344 VWEU aldus dienen te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bepaling in een tussen twee lidstaten gesloten internationale overeenkomst op grond waarvan een investeerder uit een van deze lidstaten, in geval van een geschil over investeringen in de andere lidstaat, tegen laatstgenoemde staat een procedure kan inleiden voor een scheidsrecht waarvan deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid te aanvaarden.

54. Met andere woorden, het Hof heeft geoordeeld dat een arbitragebeding in een tussen twee lidstaten gesloten BIT onverenigbaar is met het Unierecht.

55. Het Hof heeft zijn redenering in dat arrest gebaseerd op fundamentele en onbetwiste beginselen van Unierecht. Het heeft allereerst benadrukt dat een internationale overeenkomst geen inbreuk mag maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het rechtstelsel van de Unie.³¹ Het Hof heeft erop gewezen dat de autonomie van het Unierecht gerechtvaardigd is op grond van de essentiële kenmerken van de Unie, haar recht inzake met name de constitutionele structuur en de aard van het genoemde recht zelf³², dat met name hierdoor wordt gekenmerkt dat het zijn oorsprong vindt in een autonome rechtsbron, namelijk de Verdragen, dat het voorrang heeft en dat het rechtstreekse werking heeft.³³

56. Vervolgens heeft het Hof benadrukt dat het Unierecht dus op de fundamentele premisse berust dat elke lidstaat met alle andere lidstaten een reeks gemeenschappelijke waarden deelt waarop de Unie berust, en dat elke lidstaat erkent dat de andere lidstaten deze waarden met hem

²⁷ Zie met name wat betreft de doctrine van vóór het arrest van Achmea, Eilmansberger, T., „Bilateral investment Treaties and EU Law”, *Common Market Law Review*, 2009, deel 46, nr. 2, blz. 383-429; Hindelang, S., „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, deel 39, nr. 2, blz. 179-206, en Miron, S., „The Last Bite of the BITs – Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration”, *European Law Journal*, 2013, deel 20, nr. 3, blz. 332-345.

²⁸ Zie bij wijze van voorbeeld Vattenfall AB e.a./Duitsland (zaak ICSID nr. ARB/12/12), besluit inzake Achmea van 31 augustus 2018; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A./Koninkrijk Spanje (zaak ICSID nr. ARB/14/1), vonnis van 16 mei 2018; Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Groothertogdom Luxemburg), SICAR/Koninkrijk Spanje (zaak SCC nr. 2015/063), vonnis van 15 februari 2018.

²⁹ Zie met name Gaillard, E., „L’affaire Achmea ou les conflits de logiques”, *Revue critique de droit international privé*, 2018, nr. 3, blz. 616; Hess, B., „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, blz. 8, en Basedow, J., „Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration”, *Journal of international economic Law*, 2020, deel 23, nr. 1, blz. 271-292.

³⁰ Punt 60 en dictum.

³¹ Arrest Achmea, punt 32. Zie ook advies 2/13 van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 201 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³² Arrest Achmea, punt 33.

³³ Arrest Achmea, punt 33.

delen. Het Hof heeft voorts opgemerkt dat deze premisse impliceert en rechtvaardigt dat de lidstaten er onderling op vertrouwen dat de andere lidstaten deze waarden erkennen en het Unierecht, dat deze waarden ten uitvoer brengt, dus in acht nemen.³⁴

57. Tot slot heeft het Hof erop gewezen dat de Verdragen, om het behoud van de specifieke kenmerken en de autonomie van de rechtsorde van de Unie te waarborgen, een rechterlijk systeem hebben ingesteld dat de coherente en eenvormige uitlegging van het Unierecht dient te verzekeren.³⁵ Het Hof heeft voorts aangegeven dat de hoeksteen van dit systeem wordt gevormd door de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, die tot doel heeft de eenvormige uitlegging van het Unierecht te verzekeren en die aldus de mogelijkheid biedt de coherentie, de volle werking en de autonomie van het Unierecht te verzekeren en, in laatste instantie, de eigenheid van het door de Verdragen ingestelde recht in acht te nemen.³⁶

58. Op basis van die beginselen heeft het Hof er enerzijds op gewezen dat het dat bij de bepalingen van de betrokken BIT opgerichte scheidsgerecht gehouden is om het Unierecht uit te leggen en zelfs toe te passen.³⁷ Het Hof heeft anderzijds vastgesteld dat het betrokken scheidsgerecht geen deel uitmaakt van het rechterlijk systeem van de Unie, zodat het bij de BIT ingestelde mechanisme voor beslechting van geschillen mogelijkwijs belet dat geschillen, hoewel zij betrekking kunnen hebben op de uitlegging of toepassing van het Unierecht, op zodanige wijze worden beslecht dat de volle werking van de Unierechtelijke normen wordt gewaarborgd.³⁸

59. Het Hof heeft opgemerkt dat dit het geval was zelfs indien het recht van de lidstaten voor de nationale rechterlijke instanties in de mogelijkheid voorziet om het arbitrale vonnis te toetsen, aangezien een dergelijke toetsing beperkt is en alleen kan worden verricht indien het nationale recht dit toestaat. In die zin heeft het Hof in het arrest Achmea een onderscheid gemaakt tussen een mechanisme voor geschillenbeslechting dat in een verdrag tussen twee lidstaten is opgenomen, en handelsarbitrage, waarvan is vastgesteld dat die wel verenigbaar is met het Unierecht mits de fundamentele bepalingen van het Unierecht door de nationale rechterlijke instanties kunnen worden onderzocht in het kader van de toetsing van arbitrale vonnissen en die in voorkomend geval het voorwerp van een prejudiciële verwijzing kunnen vormen.³⁹

60. Ik wijs erop dat er inderdaad een fundamenteel verschil bestaat tussen die twee stelsels. Een commerciële arbitrageprocedure gaat uit van de autonomie van partijen en houdt in dat er een arbitrageovereenkomst wordt gesloten, ofwel tegelijkertijd met het sluiten van de overeenkomst ten aanzien waarvan de daarop betrekking hebbende geschillen aan arbitrage worden onderworpen, ofwel nadat het geschil is ontstaan. Met andere woorden, bij handelsarbitrage vloeit de bevoegdheid van het gerecht altijd voort uit een arbitrageovereenkomst die betrekking heeft op een hierin nauwkeurig omschreven geschil. De bevoegdheid van een dergelijk scheidsgerecht kan niet worden geacht onder het stelsel van de door de staat toegekende

³⁴ Arrest Achmea, punt 34. Zie ook advies 2/13 van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punten 168 en 173 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁵ Arrest Achmea, punt 35. Zie ook advies 2/13 van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 174).

³⁶ Arrest Achmea, punt 37. Zie ook advies 2/13 van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 176 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁷ Arrest Achmea, punten 39-42.

³⁸ Arrest Achmea, punten 42-56).

³⁹ Arrest Achmea, punten 45 en 55.

rechtsbescherming te vallen. Die bevoegdheid vloeit veeleer voort uit de autonomie van de handelpartijen.⁴⁰ Het is immers deze autonomie die partijen in staat stelt te besluiten om hun geschillen door middel van handelsarbitrage te beslechten.

61. Aan een stelsel voor geschillenbeslechting dat in een internationale overeenkomst wordt opgenomen, ligt echter een andere logica ten grondslag.⁴¹ In dat geval vormt dit stelsel een algemeen en permanent arbitragevoorstel, dat de wederpartij al dan niet kan aanvaarden. Met andere woorden, met dit stelsel doet de staat afstand van de mogelijkheid om een binnen de werkingssfeer van die overeenkomst vallend geschil tussen hem en een investeerder van een andere lidstaat te laten beslechten door de nationale rechterlijke instanties. Het uitsluiten van die mogelijkheid heeft een systematisch karakter, aangezien dit kan gelden voor alle geschillen die binnen de werkingssfeer van die overeenkomst vallen. Zodoende creëert de staat een stelsel van rechtsbescherming dat buiten het door hem aanvaarde rechterlijke stelsel valt.

62. Het is juist dit aspect van de in overeenkomsten tussen lidstaten vastgestelde regelingen voor investeringsarbitrage dat het Hof in het vizier heeft genomen in het arrest Achmea: het is immers niet toegestaan dat de lidstaten een reeks geschillen met betrekking tot de uitlegging of toepassing van het Unierecht op systematische wijze aan het rechterlijk systeem van de Unie kunnen onttrekken door internationale overeenkomsten te sluiten.

63. In die omstandigheden heeft het Hof geoordeeld dat het betrokken stelsel voor geschillenbeslechting van dien aard was dat het niet alleen afbreuk deed aan het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, maar ook aan de handhaving van het eigen karakter van het door de Verdragen ingestelde recht dat wordt gewaarborgd door de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, en dat dit stelsel bijgevolg niet verenigbaar was met het beginsel van loyale samenwerking.⁴² Volgens het Hof volgde hieruit dat het in de betrokken BIT vervatte stelsel voor geschillenbeslechting op grond waarvan elke willekeurige investeerder van een lidstaat tegen een andere lidstaat een procedure voor een scheidsgerecht kan inleiden, afbreuk deed aan de autonomie van het Unierecht.⁴³

64. Deze oplossing doet uiteindelijk geheel recht aan de autonomie van het recht van de Unie⁴⁴, die zelf gebaseerd is op het wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, die een reeks waarden delen en erkennen dat zij die waarden met elkaar delen. Zo zijn de lidstaten gehouden om, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ervan uit te gaan dat alle andere lidstaten het Unierecht en, meer in het bijzonder, de door dat recht erkende grondrechten eerbiedigen, daaronder begrepen het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht.⁴⁵

65. Dat is met andere woorden precies de reden waarom het binnen de rechtsorde van de Unie wordt aanvaard en erkend dat de lidstaten een geheel van waarden en rechten eerbiedigen, waaronder het beginsel van de rechtsstaat en van het genoemde recht op een doeltreffende

⁴⁰ Zie in die zin Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice”, *Journal of International Arbitration*, 2015, deel 32, nr. 4, blz. 367-386, in het bijzonder blz. 370.

⁴¹ Zie met betrekking tot het unieke karakter van dit stelsel, Kessedjian, C., en Pironon, V., *Droit du commerce international*, 2e druk, Thémis, PUF, 2020, blz. 209.

⁴² Arrest Achmea, punt 58.

⁴³ Arrest Achmea, punt 59.

⁴⁴ Hess, B., op. cit., blz. 8.

⁴⁵ Advies 1/17 (CETA EU-Canada) van 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punt 128 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

voorziening in rechte, en ook wordt gegarandeerd dat de investeerders van de lidstaten zeker voldoende beschermd zijn⁴⁶ binnen de rechtsorde van de Unie, zodat het niet nodig is om gebruik te maken van een stelsel dat buiten de rechterlijke stelsels van de lidstaten valt.⁴⁷

66. Het Hof heeft overigens in verschillende zaken gewezen op het belang van die waarden, in het bijzonder die van de rechtsstaat⁴⁸, waarbij het Hof de nadruk heeft gelegd op de rol van de instellingen van de Unie, in het bijzonder die van de Commissie, die belast is met het toezicht op de naleving ervan.

67. Het arrest Achmea heeft derhalve een eind gemaakt aan de twijfels omtrent de verhouding tussen het Unierecht en de regelingen voor geschillenbeslechting die zijn vervat in een tussen twee lidstaten gesloten BIT.

68. Bijna alle lidstaten hebben vervolgens op deze uitspraak gereageerd door in verschillende verklaringen⁴⁹ hun voornemen kenbaar te maken om de tussen de lidstaten bestaande BIT's te beëindigen. Naar aanleiding van deze verklaringen is op 5 mei 2020 door 23 lidstaten een overeenkomst gesloten tot beëindiging van tussen de lidstaten van de Unie gesloten bilaterale investeringsverdragen.⁵⁰

69. Ik moet ook erop wijzen dat de onverenigbaarheid met het Unierecht van een in een internationale overeenkomst neergelegde regeling voor investeringsarbitrage rechtstreeks voortvloeit uit het beginsel van voorrang van het Unierecht. Hieruit volgt de niet-toepasselijkheid van een dergelijke regeling binnen de rechtsorde van de Unie, zonder enige beperking in de tijd, zodat de bevoegdheid van een scheidsgerecht die op die regeling is gebaseerd, niet kan worden erkend.

2) *Draagwijdte van het arrest Achmea met betrekking tot het EHV*

70. Het arrest Achmea regelt echter niet alle aspecten van de verhouding tussen de investeringsarbitrage en het Unierecht. In deze zaak was met name een bilateraal verdrag aan de orde, waarbij twee lidstaten partij waren. Het EHV daarentegen is, hoewel het voorziet in een stelsel voor geschillenbeslechting dat vergelijkbaar is met het stelsel dat aan de orde was in het arrest Achmea voor zover dit voorziet in een beroep op een scheidsgerecht, een multilateraal verdrag waarbij de Unie en de lidstaten partij zijn.

⁴⁶ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2018 inzake de bescherming van investeringen binnen de EU, COM(2018) 547 final.

⁴⁷ Daarbij kan niet worden ontkend dat de op het gebied van het investeringsrecht optredende scheidsgerichten in zekere mate hebben bijgedragen aan de naleving van het beginsel van de rechtsstaat. Zie in dit verband Sadowski, W., „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, blz. 1025-1060. Die bijdrage valt echter niet te vergelijken met de zekerheid die de lidstaten van de Unie ontlenen aan de erkenning en de naleving van de fundamentele waarden waarop de Unie is gebaseerd, waaronder de naleving van het beginsel van de rechtsstaat en van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte voor een onafhankelijk gerecht.

⁴⁸ Ik denk met name aan de arresten van 27 februari 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117, punten 32 en 33); 24 juni 2019, *Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de Sąd Najwyższy)* (C-619/18, EU:C:2019:531, punten 43 en 47), en 5 november 2019, *Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de gewone rechterlijke instanties)* (C-192/18, EU:C:2019:924, punt 98).

⁴⁹ Verklaringen van de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten van 15 en 16 januari 2019 betreffende de juridische gevolgen van het door het Hof van Justitie gewezen arrest Achmea en de investeringsbescherming binnen de Europese Unie, <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>>, en <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵⁰ Overeenkomst tot beëindiging van bilaterale investeringsverdragen tussen de lidstaten van de Europese Unie (PB 2020, L 169, blz. 1). De overeenkomst is gesloten door alle lidstaten met uitzondering van Ierland, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden.

71. Vanwege deze verschillen is het niet mogelijk om de met betrekking tot de BIT's gekozen oplossing zonder meer automatisch toe te passen op het in artikel 26 EHV neergelegde stelsel voor geschillenbeslechting. De verklaringen die de lidstaten nadien hierover hebben afgelegd, geven een goed beeld van de verschillende standpunten die er bestaan over de mogelijkheid om de draagwijdte van het arrest Achmea uit te breiden naar de geschillenbeslechtsregeling van het EHV⁵¹ en meer fundamenteel over de verenigbaarheid van artikel 26 EHV met het Unierecht.

72. Derhalve moet worden nagegaan of de redenering van het Hof in het arrest Achmea ook geldt inzake de verenigbaarheid van de geschillenbeslechtsregeling waarin artikel 26 EHV voorziet. In dit verband hebben de Franse, de Duitse, de Spaanse, de Italiaanse, de Nederlandse en de Poolse regering alsmede de Commissie betoogd dat die oplossing moet worden overgenomen en dat de onverenigbaarheid van artikel 26 EHV met het Unierecht inhoudt dat dit artikel niet van toepassing is binnen de rechtsorde van de Unie. De Hongaarse, de Finse en de Zweedse regering daarentegen hebben zich tijdens terechtzitting op het standpunt gesteld dat de in het arrest Achmea uitgewerkte oplossing niet kan worden toegepast op het bij artikel 26 EHV ingestelde stelsel voor geschillenbeslechting.

73. Ik ben van mening dat het stelsel voor geschillenbeslechting van artikel 26 EHV, voor zover dit voorziet in een beroep op een scheidsgerecht, zonder meer tot een vergelijkbaar resultaat leidt als het in het arrest Achmea aan de orde zijnde stelsel voor geschillenbeslechting dat onverenigbaar is verklaard met het Unierecht.

74. In de eerste plaats merk ik op dat artikel 26 EHV, net als het stelsel voor geschillenbeslechting dat aan de orde is in het arrest Achmea, het mogelijk maakt om geschillen die betrekking kunnen hebben op de uitlegging van het Unierecht voor te leggen aan een scheidsgerecht voor investeringsgeschillen.

75. Artikel 26, lid 6, EHV bepaalt immers dat het scheidsgerecht geschilpunten beslecht overeenkomstig het EHV en de „toepasselijke internationale rechtsregels en -beginselen”. Anders dan de Finse en de Zweedse regering betogen, moet het Unierecht, gelet op de aard en de kenmerken ervan en zoals het Hof in het arrest Achmea heeft geoordeeld⁵², worden geacht zowel deel uit te maken van het in alle lidstaten geldende recht als voort te vloeien uit een internationale overeenkomst tussen de lidstaten. Daardoor is het op grond van artikel 26 EHV ingestelde scheidsgerecht gehouden om in voorkomend geval het Unierecht uit te leggen en zelfs toe te passen.

⁵¹ Terwijl het Koninkrijk België, de Republiek Bulgarije, de Tsjechische Republiek, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Estland, Ierland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, de Republiek Kroatië, de Italiaanse Republiek, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Polen, de Portugese Republiek, Roemenië, de Slowaakse Republiek en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland allemaal hebben verklaard van mening te zijn dat het in het EHV opgenomen beding over geschillenbeslechting onverenigbaar is met het Unierecht, hebben het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Malta, de Republiek Slovenië, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden uitdrukkelijk een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de mogelijkheid om de in dit arrest uitgewerkte oplossing toe te passen op de geschillenbeslechtsregeling van het EHV. Hongarije heeft zijnerzijds verklaard van mening te zijn dat deze oplossing niet kan worden toegepast op de geschillenbeslechtsregeling van artikel 26 EHV. Zie de verklaringen van de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten van 15 en 16 januari 2019 betreffende de juridische gevolgen van het door het Hof van Justitie gewezen arrest Achmea en de investeringsbescherming binnen de Europese Unie, <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>>, en <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵² Punt 41.

76. In de tweede plaats ben ik van mening dat het op grond van artikel 26 EHV ingestelde scheidsgerecht, zelfs in een geschil dat door een investeerder van een lidstaat aanhangig is gemaakt tegen een andere lidstaat, buiten het rechterlijk systeem van de Unie valt.⁵³

77. Dit scheidsgerecht vormt immers geen onderdeel van het rechterlijk systeem van de lidstaten en het is juist het afwijkende karakter ervan dat het bestaan van een dergelijk stelsel van geschillenbeslechting rechtvaardigt. Het is evenmin een rechterlijke instantie die meerdere lidstaten gemeen hebben, aangezien het geen enkele band heeft met de rechterlijke systemen van de lidstaten.

78. In die omstandigheden kan het krachtens artikel 26 EHV ingestelde scheidsgerecht niet worden beschouwd als een „rechterlijke instantie van een der lidstaten” in de zin van artikel 267 VWEU en is het niet bevoegd om een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof. De beslissingen van een dergelijk gerecht zijn dus niet onderworpen aan mechanismen die daadwerkelijk de volle werking van de normen van de Unie verzekeren.⁵⁴

79. Hieruit blijkt mijns inziens dat, net als het stelsel voor geschillenbeslechting dat in het arrest Achmea onverenigbaar is verklaard met het Unierecht, artikel 26 EHV, voor zover dit voorziet in een beroep op een scheidsgerecht, afbreuk doet aan de autonomie van het Unierecht en daarom ook onverenigbaar is met het Unierecht.

80. Aan die conclusie wordt niet afgedaan door de specifieke kenmerken van het EHV, die aanleiding gaven tot twijfel over de toepassing van het arrest Achmea op de in het EHV vastgestelde regeling voor geschillenbeslechting, en evenmin door de meer recente rechtspraak van het Hof, die met name de Hongaarse, de Finse en de Zweedse regering hebben aangevoerd ter terechtzitting.

i) Geen invloed van de specifieke kenmerken van het EHV in vergelijking met een BIT

81. Het is juist dat de Unie, anders dan het geval is bij een BIT zoals die welke aan de orde was in het arrest Achmea, zélf partij is bij het EHV en dus daaraan gebonden is. Bovendien heeft het Hof er in dit arrest uitdrukkelijk op gewezen dat het stelsel voor geschillenbeslechting voortvloeide uit een overeenkomst die „niet door de Unie maar door de lidstaten” was gesloten.⁵⁵ Houdt dit noodzakelijkerwijs in dat dezelfde oplossing niet kan worden toegepast wanneer het gaat om een internationale overeenkomst die door de lidstaten *en* de Unie is gesloten? Ik denk van niet.

82. In dit verband merk ik op dat vaststaat dat er in beginsel geen sprake is van onverenigbaarheid met het Unierecht wanneer bij een internationale overeenkomst een rechterlijke instantie wordt opgericht die is belast met de uitlegging van de bepalingen van die overeenkomst en waarvan de beslissingen bindend zijn voor de instellingen, waaronder het Hof. De bevoegdheid van de Unie om externe betrekkingen aan te knopen en haar bekwaamheid om internationale

⁵³ Hoewel ik vóór het arrest Achmea het tegengestelde standpunt niet bij voorbaat heb uitgesloten in het kader van mijn academische werkzaamheden, onderschrijf ik thans de redenering van het Hof in dit verband. Zie Szpunar, M., „Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU”, in Ferrari, F. (ed), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, 2017, blz. 85-124.

⁵⁴ Arrest Achmea, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵⁵ Arrest Achmea, punt 58.

overeenkomsten te sluiten, impliceren immers noodzakelijkerwijs dat het haar vrijstaat zich te onderwerpen aan de beslissingen van een bij dergelijke overeenkomsten ingesteld of aangewezen gerecht over de uitlegging en de toepassing van de bepalingen ervan.⁵⁶

83. Van een dergelijke vrijheid kan evenwel alleen sprake zijn indien de autonomie van de Unie en haar rechtsorde wordt geëerbiedigd.⁵⁷ Zoals ik heb aangegeven in de punten 78 en 79 van deze conclusie, doet de geschillenbeslechtsregeling van artikel 26 EHV, voor zover die voorziet in een beroep op arbitrage, juist afbreuk aan de autonomie van het Unierecht. In die omstandigheden heeft het feit dat de Unie ook partij is bij het EHV geen invloed op die vaststelling.

ii) Onderscheid met advies 1/17

84. Tot slot hebben de Hongaarse, de Finse en de Zweedse regering tijdens de terechtzitting aangevoerd dat advies 1/17 (CETA EU-Canada)⁵⁸ een nieuw analytisch schema heeft ingevoerd voor de geschillenbeslechtsregelingen die buiten het rechterlijke stelsel van de Unie vallen. Een dergelijke regeling zou op zich niet onverenigbaar zijn met het Unierecht mits zij niet toestaat dat de bepalingen van het Unierecht worden uitgelegd of toegepast door een gerecht dat niet tot het rechterlijk systeem van de Unie behoort en dit gerecht geen uitspraken doet die kunnen beletten dat de instellingen van de Unie hun taken vervullen in overeenstemming met het constitutionele kader van de Unie.

85. Dit betoog kan echter niet overtuigen. Ten eerste ben ik van mening, zoals ik heb uiteengezet in de punten 74 en 75 van deze conclusie, dat artikel 26 EHV juist wel toestaat dat de bepalingen van het Unierecht worden uitgelegd of toegepast door een scheidsgerecht dat niet tot het rechterlijk systeem van de Unie behoort. Bovendien verschilt artikel 26 EHV van de regeling voor geschillenbeslechting zoals deze is vastgesteld in de brede economische en handelsovereenkomst tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds (hierna: „CETA”), aangezien deze laatste een uitdrukkelijk voorbehoud maakt ten aanzien van de uitlegging van het Unierecht⁵⁹ en er geen sprake is van een dergelijk voorbehoud met betrekking tot artikel 26 EHV.

86. Ten tweede en bovenal wijs ik erop dat de door het Hof in advies 1/17 (CETA EU-Canada)⁶⁰ gevolgde redenering betreffende de in de CETA neergelegde regeling voor geschillenbeslechting, de analyse van artikel 26 EHV op geen enkele wijze kan beïnvloeden. Zoals het Hof in dit advies heeft opgemerkt, verschilt de vraag naar de verenigbaarheid met het Unierecht van de invoering of handhaving van een investeringsgerecht door een overeenkomst die de lidstaten onderling verbindt, van de vraag naar de verenigbaarheid met dat recht van de instelling van een dergelijk gerecht door een overeenkomst tussen de Unie en derde landen.⁶¹ Het betoog van de Hongaarse, de Finse en de Zweedse regering zou dus alleen kunnen slagen indien het EHV uitsluitend de betrekkingen tussen de Unie en derde landen zou regelen.

⁵⁶ Advies 1/91 (EER-Overeenkomst – I) van 14 december 1991 (EU:C:1991:490, punten 40 en 70); advies 1/09 van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punten 74 en 76), en advies 2/13 van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punten 182 en 183).

⁵⁷ Advies 2/13 van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 183), en arrest Achmea, punt 57.

⁵⁸ Advies van 30 april 2019 (EU:C:2019:341).

⁵⁹ Advies 1/17 (CETA EU-Canada) van 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punt 131).

⁶⁰ Advies van 30 april 2019 (EU:C:2019:341).

⁶¹ Advies 1/17 (CETA EU-Canada) van 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punt 127).

87. Terwijl de lidstaten gehouden zijn het beginsel van wederzijds vertrouwen te eerbiedigen, is een dergelijk beginsel immers geenszins van toepassing op de betrekkingen tussen de Unie en derde landen. Meer in het bijzonder zijn de betrekkingen met derde landen niet gebaseerd op de fundamentele premisse dat elke lidstaat met alle andere lidstaten een reeks gemeenschappelijke waarden deelt en dat elke lidstaat erkent dat de andere lidstaten deze waarden met hem delen en dus het Unierecht, dat deze waarden ten uitvoer brengt, in acht nemen. Advocaat-generaal Bot heeft in het kader van een overeenkomst met derde landen opgemerkt dat elk der overeenkomstsluitende partijen niet noodzakelijkerwijs vertrouwen heeft in het rechterlijk systeem van de andere partij om de naleving van de in de overeenkomst vervatte regels te verzekeren.⁶² Het ontbreken van wederzijds vertrouwen zoals dit vertrouwen geldt binnen de Unie, is precies de reden waarom de overeenkomstsluitende partijen besluiten om het eens te worden over de invoering van een neutraal geschillenbeslechtingsmechanisme.⁶³ Een dergelijk mechanisme, dat losstaat van beide partijen, zorgt ervoor dat de overeenkomstsluitende partijen erop kunnen vertrouwen dat de overeenkomst naar behoren zal worden toegepast, zonder dat dit vertrouwen mag worden verward met het wederzijdse vertrouwen dat vorm geeft aan de betrekkingen binnen de rechtsorde van de Unie.

88. In die omstandigheden heeft advies 1/17 (CETA EU-Canada)⁶⁴, in het licht van de in het arrest Achmea aanvaarde beginselen, geen gevolgen voor de analyse van de in artikel 26 EHV neergelegde regeling voor geschillenbeslechting, voor zover die voorziet in een beroep op een scheidsrecht, aangezien dit verdrag de betrekkingen tussen de lidstaten regelt.

3) Conclusie over de toepasselijkheid van artikel 26 EHV binnen de rechtsorde van de Unie

89. Uit al het voorgaande volgt dat de in artikel 26 EHV neergelegde regeling voor geschillenbeslechting mijns inziens onverenigbaar is met het Unierecht, voor zover die toestaat dat een scheidsrecht dat buiten het rechterlijk systeem van de Unie valt, in een geschil tussen een investeerder van een lidstaat en een andere lidstaat, het Unierecht uitlegt of toepast en daarmee niet alleen afbreuk doet aan het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, maar ook aan de handhaving van het eigen karakter van het door de Verdragen ingestelde recht, als ook aan de autonomie van het Unierecht. In dat opzicht kan artikel 26 EHV dus niet worden toegepast binnen de rechtsorde van de Unie.

90. Het feit dat een investeerder van een lidstaat geen gebruik kan maken van arbitrage in een geschil met een andere lidstaat, betekent evenwel niet dat artikel 26 EHV nooit toepasselijk zal zijn binnen de rechtsorde van de Unie. De investeerders van een lidstaat kunnen met betrekking tot een in die bepaling bedoeld geschil een andere lidstaat in beginsel altijd dagvaarden voor hun rechterlijke instanties.⁶⁵ Die mogelijkheid hangt echter af van de vraag of de materiële bepalingen van het EHV kunnen dienen als grondslag voor dergelijke vorderingen en dus of zij hunnerzijds wel van toepassing zijn binnen de rechtsorde van de Unie. Ik zal deze vraag nu onderzoeken.

⁶² Conclusie van advocaat-generaal Bot bij advies 1/17 (CETA EU-Canada, EU:C:2019:72, punt 82).

⁶³ Conclusie van advocaat-generaal Bot bij advies 1/17 (CETA EU-Canada, EU:C:2019:72, punt 84). Zie ook in dit verband Lenaerts, K., „Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue”, *Yearbook of European Law*, 2019, deel 38, blz. 12.

⁶⁴ Advies van 30 april 2019 (EU:C:2019:341).

⁶⁵ Bovendien kan niet worden uitgesloten dat de uitlegging van artikel 26 EHV door het Hof nodig kan zijn in het kader van de toetsing door de nationale rechterlijke instanties van de lidstaten van een arbitraal vonnis dat is gewezen in het kader van een geschil tussen een investeerder van een derde land en een lidstaat en waarin de arbiters mogelijk een uitlegging hebben gegeven aan het Unierecht.

b) Toepasselijkheid van artikel 1, punt 6, EHV binnen de rechtsorde van de Unie

91. Artikel 1, punt 6, EHV definieert het begrip „investering”, zoals dat wordt gebruikt in de bepalingen van het EHV en is opgenomen in het eerste deel van het EHV, dat het opschrift „Definities en doel” heeft. Deze bepaling maakt dus onderdeel uit van de inleidende bepalingen van het EHV, die meer in het algemeen beogen om de werkingssfeer en het doel van het verdrag vast te stellen, alsmede om de in de bepalingen ervan gebruikte termen te definiëren.

92. Anders gezegd, voor zover artikel 1, punt 6, EHV de materiële werkingssfeer van het EHV aangeeft, heeft het ook tot gevolg dat de materiële beschermingsbepalingen van het EHV van toepassing worden.

93. In die omstandigheden hangt de toepasselijkheid van die bepaling binnen de rechtsorde van de Unie in wezen af van de vraag of de materiële normen waaraan zij werking verleent zelf van toepassing zijn binnen de rechtsorde van de Unie, zodat de investeerders van een lidstaat zich daarop kunnen beroepen in het kader van een procedure tegen een andere lidstaat bij de rechterlijke instanties van die staat.

94. Hoewel deze vraag niet is beantwoord in het arrest Achmea, is daaruit wel gebleken dat er bepaalde twijfels bestaan omtrent de mogelijke toepassing binnen de Unie van de materiële bepalingen van de verdragen ter bevordering en bescherming van investeringen in het algemeen en die van het EHV in het bijzonder.⁶⁶

95. Ik denk echter niet dat het mogelijk is om deze vraag in het kader van de onderhavige zaak en zuiver theoretisch gezien, afdoende te beantwoorden. Dit veronderstelt immers dat alle mogelijke overlappingsen tussen het Unierecht en het EHV in abstracto en uitputtend moeten worden onderzocht.⁶⁷ Het lijkt mij echter weinig zinvol om een dergelijke analyse in het stadium van het onderzoek van de bevoegdheid van het Hof om de prejudiciële vragen te beantwoorden en in de context van de onderhavige zaak te verrichten. Ook moet erop worden gewezen dat deze vraag niet aan de orde is gesteld door partijen.⁶⁸

96. Ik merk voorts op dat alleen de Italiaanse regering en de Commissie in de onderhavige zaak kort zijn ingegaan op de vraag of de materiële bepalingen van het EHV onverenigbaar zijn met het Unierecht op grond dat het Unierecht instrumenten kent ter bescherming van investeringen die vergelijkbaar zijn met de instrumenten ter bescherming van investeringen van het EHV. Op het eerste gezicht is mij echter niet duidelijk waarom deze gelijkwaardigheid qua bescherming op zichzelf zou inhouden dat er sprake is van onverenigbaarheid met het Unierecht.

97. In die omstandigheden ben ik van mening dat de onverenigbaarheid met het Unierecht van de materiële bepalingen van het EHV, waaronder artikel 1, punt 6, EHV, in dit stadium niet met zekerheid kan worden uitgesloten dan wel bevestigd. Bijgevolg moet ervan worden uitgegaan dat die bepalingen kunnen worden toegepast binnen de rechtsorde van de Unie.

⁶⁶ Zie in dit verband mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2018 inzake de bescherming van investeringen binnen de EU, COM(2018) 547 final.

⁶⁷ Zie voor een voorbeeld van mogelijke overlappingsen tussen het Unierecht en een tussen twee lidstaten gesloten verdrag ter bescherming en bevordering van investeringen, conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699)

⁶⁸ Hoewel partijen tijdens de terechtzitting zijn ondervraagd over de gevolgen van het arrest Achmea, is alleen gesproken over de invloed van dit arrest op de verenigbaarheid met het Unierecht van de in artikel 26 EHV neergelegde regeling voor geschillenbeslechting. Ik wijs erop dat dit arrest immers geen betrekking heeft op de verenigbaarheid van de materiële regels, maar alleen op de verenigbaarheid met het Unierecht van een vergelijkbare regeling die is ingevoerd bij een BIT.

4. Conclusie over de bevoegdheid van het Hof

98. Artikel 26 EHV is volgens mij niet verenigbaar met het Unierecht voor zover dit voorziet in een beroep op een scheidsgerecht, zodat een dergelijk stelsel voor geschillenbeslechting niet kan worden toegepast binnen de rechtsorde van de Unie.

99. Voor zover in dit stadium evenwel niet kan worden uitgesloten dat de materiële bepalingen van het EHV, waaronder artikel 1, punt 6, EHV, van toepassing kunnen zijn binnen de rechtsorde van de Unie, moet tevens worden aangenomen dat die bepalingen door investeerders van een lidstaat kunnen worden ingeroepen in het kader van een in artikel 26 EHV bedoeld geschil tegen een andere lidstaat voor de rechterlijke instanties van deze laatste. In die omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat zowel artikel 1, punt 6, als artikel 26 EHV van toepassing kan zijn binnen de rechtsorde van de Unie.

100. Hieruit volgt dat de Unie er stellig belang bij heeft dat die bepalingen een uniforme uitlegging krijgen, zodat het Hof bevoegd moet worden geacht om alle prejudiciële vragen te beantwoorden.

B. Ten gronde

1. Eerste prejudiciële vraag: begrip „investering” in de zin van artikel 1, punt 6, EHV

101. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, punt 6, EHV aldus moet worden uitgelegd dat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de verkoop van elektriciteit waarbij geen inbreng van de investeerder in de staat van ontvangst heeft plaatsgevonden, kan worden aangemerkt als een investering.

102. Ter terechtzitting heeft Komstroy betoogd dat het begrip „investering” in het EHV wordt gedefinieerd en dat deze definitie op zich volstaat, ook al wordt zij onderbouwd met een niet-uitputtende lijst van voorbeelden van activa die een investering in de zin van het EHV vormen. Deze onderneming heeft ook aangevoerd dat de letterlijke betekenis van de bewoordingen van artikel 1, punt 6, EHV duidelijk is, zodat deze niet hoeven te worden uitgelegd en evenmin naar criteria hoeft te worden gegrepen die geen verband houden met de gegeven definitie. Tot slot betoogt Komstroy dat artikel 1, punt 6, EHV als zodanig bepaalt dat een contractuele vordering kan worden beschouwd als een investering, aangezien artikel 1, punt 6, onder c) en f), EHV respectievelijk „aanspraken op geld” en „een bij [...] contract [...] verleend recht” noemt.

103. De Republiek Moldavië, de Spaanse, de Nederlandse en de Poolse regering alsmede de Commissie voeren aan dat een vordering die voortvloeit uit een verkoopovereenkomst niet kan worden beschouwd als een investering in de zin van artikel 1, punt 6, EHV. Zij stellen dat artikel 1, punt 6, onder c), EHV weliswaar bepaalt dat een geldvordering een investering vormt, maar dat dit alleen geldt indien die vordering „in verband [staat] met een investering”. Een vordering die voortvloeit uit een verkoopovereenkomst kan echter niet worden geacht „in verband [te staan] met een investering”. De Republiek Moldavië benadrukt verder dat moet worden uitgegaan van de gewone betekenis van de term „investering”, die een kapitaalbreng veronderstelt, waarvan geen sprake is bij een contractuele vordering. Tot slot wijzen de Republiek Moldavië en de Commissie op het belangrijke onderscheid tussen hetgeen onder de handel valt en hetgeen als een investering moet worden beschouwd, aangezien alleen investeringen worden beschermd door deel III van het EHV.

104. Artikel 1, punt 6, EHV definieert een investering als „elke vorm van activa die een investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft”. Hiermee geeft het EHV een weinig nauwkeurige definitie die op het eerste gezicht slechts lijkt te worden afgebakend door het doel van de activiteit waarmee die investering verband houdt. Dat artikel bepaalt namelijk dat een investering in de zin van het EHV verband moet houden met een economische activiteit in de energiesector.

105. Deze definitie wordt aangevuld met een niet-uitputtende lijst van concrete voorbeelden van investeringen in de zin van die bepaling. Hieruit volgt dat, zoals Komstroy betoogt, wanneer de betrokken activa duidelijk onder een van de uitdrukkelijk in artikel 1, punt 6, EHV genoemde investeringen vallen, uitlegging van die bepaling in beginsel niet nodig is.⁶⁹

106. Contractuele vorderingen kunnen volgens zowel artikel 1, punt 6, onder c), als artikel 1, punt 6, onder f), onder de definitie van artikel 1, punt 6, EHV vallen. Daarin is immers respectievelijk sprake van „aanspraken op geld [...] volgens een contract met een economische waarde en in verband met een investering” [...]⁷⁰, en „een bij [...] contract [...] verleend recht om een economische activiteit in de energiesector te ondernemen”⁷¹.

107. Ik stel echter vast dat, waar die twee bepalingen voorbeelden geven van investeringen in de zin van het EHV, zij ook aanvullende voorwaarden stellen voor een kwalificatie als investering. Zo bepaalt artikel 1, punt 6, onder c), EHV dat een geldvordering een investering is indien die voortvloeit uit een overeenkomst die zelf verband houdt met een investering. Verder bepaalt artikel 1, punt 6, onder f), EHV dat een bij overeenkomst verleend recht een investering is indien dit recht is verleend om een economische activiteit in de energiesector te ondernemen. Anders gezegd, een uit een overeenkomst voortvloeiende vordering vormt niet automatisch een investering in de zin van het EHV, aangezien de tekst een aantal beperkingen oplegt.

108. De toevoeging van die voorwaarden maakt het moeilijk, zo niet onmogelijk, om op eenduidige wijze vast te stellen met welke in artikel 1, punt 6, EHV genoemde vorm van investering een contractuele vordering juist samenhangt. Een contractuele vordering, in het bijzonder wanneer die voortvloeit uit een overeenkomst voor de verkoop van elektriciteit, kan immers niet zonder meer onder artikel 1, punt 6, onder c) of f), EHV worden ingedeeld zonder dat vooraf is vastgesteld wat de in die bepalingen genoemde aanvullende voorwaarden inhouden.

109. Aan deze twee bepalingen dient dus een uitlegging te worden gegeven die, overeenkomstig artikel 31, lid 1, van het verdrag van Wenen⁷², „te goeder trouw [...] overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag” dient te geschieden.

⁶⁹ Zie in dit verband in de arbitrale rechtspraak, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd c. Kazakhstan* [zaak van de handelskamer van Stockholm (CSS) nr. V 116/2010], vonnis van 19 december 2013, punt 806, en in de doctrine Gaillard, E., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, nr. 6, blz. 160.

⁷⁰ Artikel 1, punt 6, onder c), EHV.

⁷¹ Artikel 1, punt 6, onder f), EHV.

⁷² Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, gesloten te Wenen op 23 mei 1969 (*United Nations Treaty Series*, deel 1155, blz. 353) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>

a) Artikel 1, punt 6, onder c), EHV

110. Ik wijs erop dat artikel 1, punt 6, onder c), EHV, dat bepaalt dat een vordering moet voortvloeien uit een overeenkomst die verband houdt met een investering, wordt gekenmerkt door een zekere dubbelzinnigheid. Deze bepaling verwijst voor de definitie van de geldvorderingen die als een investering kunnen worden beschouwd immers naar het begrip „investering”. Met andere woorden, het begrip „investering” is zowel het te definiëren begrip als het begrip dat wordt gebruikt om dit te definiëren. Artikel 1, punt 6, onder c), EHV is in die zin een circulaire definitie.⁷³

111. In die omstandigheden en om uit die circulariteit te komen, kan de in artikel 1, punt 6, onder c) EHV bedoelde term „investering” alleen in een andere betekenis worden begrepen dan die waar het in die bepaling nu juist om gaat. Zoals de Poolse regering opmerkt, is een geldvordering alleen een investering indien die is ontstaan op grond van een overeenkomst die zelf in verband staat met een andere investering in de zin van het EHV, die niet onder artikel 1, punt 6, onder c), EHV valt.

112. Geen enkele van de andere in artikel 1, punt 6, EHV bedoelde investeringen kan echter zo worden begrepen dat die betrekking heeft op de levering van elektriciteit, die het voorwerp vormt van de overeenkomst waaruit de betrokken geldvordering is voortgevloeid. Geen enkel onderdeel van die bepaling heeft betrekking op een eenvoudige handelstransactie.⁷⁴ Uit de letterlijke uitlegging van artikel 1, punt 6, EHV volgt dus dat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de levering van elektriciteit waarbij geen inbreng heeft plaatsgevonden, geen geldvordering is op grond van een overeenkomst met economische waarde die verband houdt met een investering.

113. Die letterlijke uitlegging van artikel 1, punt 6, onder c), EHV strookt bovendien met de gewone betekenis van de in deze bepaling gebruikte term „investering”.⁷⁵

114. In normaal taalgebruik wordt, zoals de Republiek Moldavië en de Commissie aanvoeren, over het algemeen onder deze term verstaan: een transactie die bestaat uit een financiële inbreng voor een bepaalde tijdsduur en waaraan risico's zijn verbonden.⁷⁶

⁷³ Zie met betrekking tot de circulaire aard van de definitie van investering, Pyka, M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C.H. Beck, Warschau, 2018, blz. 43 en 44.

⁷⁴ Twijfel zou kunnen bestaan over de mogelijkheid dat de levering van elektriciteit onder artikel 1, punt 6, onder f), EHV valt, dat betrekking heeft op „een bij [...] contract [...] verleend recht om een economische activiteit in de energiesector te ondernemen”. Een dergelijke redenering werd overigens toegepast in de arbitrale rechtspraak; zie in dit verband *Petrobart Limited/Kirgizische Republiek* [zaak SCC nr. 126/2003], vonnis van 29 maart 2005, blz. 72. Gezien de door mij voorgestelde uitlegging van artikel 1, punt 6, onder f), EHV moet die mogelijkheid echter worden uitgesloten. Zie punten 121 e.v. van deze conclusie.

⁷⁵ Volgens de doctrine dient, wat betreft de in artikel 1, punt 6, onder c), EHV vervatte definitie van de term „investering”, uitsluitend te worden uitgegaan van de normale betekenis van die term. Zoals ook de Poolse regering betoogt in haar schriftelijke opmerkingen, maakt de Engelse taalversie van het EHV immers een onderscheid tussen de Engelse term „Investment” in de betekenis van het EHV, met een hoofdletter, en de Engelse term „investment” in de gewone betekenis, zonder hoofdletter. De „investeringen”, die dus verschillen van de door het EHV beschermde „Investeringen”, hebben een objectieve betekenis, zoals vermeld in de punten 114, 115 en 116 van deze conclusie. Aangezien artikel 1, punt 6, onder c), EHV aangeeft dat een vordering moet voortvloeien uit een overeenkomst die „in verband [staat] met een investering”, volgt hieruit dat de term „investering” in dat geval uitsluitend objectief moet worden opgevat, rekening houdend met de gebruikelijke betekenis van de term. Zie met betrekking tot die opvatting Baltag, C., *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, blz. 174. Dit argument kan mij echter niet geheel overtuigen, daar het alleen berust op de typografie van de tekst, die overigens niet is terug te vinden in alle taalversies van het EHV.

⁷⁶ De Franse term „investissement” wordt in het Frans met name gedefinieerd als „le placement de fonds en vue d’obtenir des revenus” (het beleggen van geld om inkomsten te genereren), *Dictionnaire de l’Académie française*, 9e druk. In het Engels wordt „investment” gedefinieerd als „the act of putting money [...] into something to make a profit”. Zie met betrekking tot de ontwikkeling van de definitie van deze term, Gilles, A., *La définition de l’investissement international*, Larcier, Brussel, 2012, blz. 16 e.v.

115. In diezelfde zin is ook in de arbitrale rechtspraak gaandeweg een objectieve definitie van het begrip „investering” ontwikkeld volgens welke een investering de aanwezigheid van drie elementen veronderstelt: een inbreng door de investeerder, een bepaalde tijdsduur voor de uitvoering ervan en het lopen van risico bij de transactie.⁷⁷

116. Hoewel deze definitie is ontwikkeld met betrekking tot het begrip „investering” zoals dat wordt gebruikt in het verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten, ondertekend te Washington op 18 maart 1965, bevat die definitie volgens mij de belangrijkste aspecten van het begrip investering en is zij in die zin in de doctrine vaak herhaald als suggestie voor een algemene definitie voor dit begrip.⁷⁸

117. Volgens deze betekenis van de term „investering” vormt een geldvordering dus een investering in de zin van artikel 1, punt 6, EHV mits zij voortvloeit uit een overeenkomst waarbij sprake is van een inbreng door de vermeende investeerder en de verwachting van een winst, die niet gegarandeerd is. Deze betekenis van de in artikel 1, punt 6, onder c), EHV neergelegde term „investering” is bovendien terug te vinden in zowel de arbitrale rechtspraak⁷⁹ als de doctrine⁸⁰.

118. Een overeenkomst voor de levering van elektriciteit is een eenvoudige handelstransactie die niet onder het begrip investering kan vallen, aangezien daarbij geen sprake is van een inbreng⁸¹ dan wel van een daarmee samenhangende winstverwachting. Derhalve ben ik van mening dat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de levering van elektriciteit niet in verband staat met een investering en niet voldoet aan de in artikel 1, punt 6, onder c), EHV genoemde voorwaarde.

119. Tot slot wordt een dergelijke uitlegging van het begrip „investering” in de zin van artikel 1, punt 6, onder c), EHV bevestigd door de algehele opzet van het EHV en van het ter bescherming van investeringen ingevoerde stelsel. Zoals de Commissie benadrukt, maakt het EHV een onderscheid tussen de regels met betrekking tot de handel, die in deel II staan, en de regels met betrekking tot de bevordering en de bescherming van investeringen, die in deel III zijn opgenomen. Een eenvoudige handelstransactie als zodanig is dus niet vergelijkbaar met een investering. Zo niet zou het bestaande onderscheid tussen hetgeen een handelsverrichting vormt en hetgeen als een investering moet worden aangemerkt en dus bijzondere bescherming behoeft⁸², elke betekenis verliezen.

120. Het begrip „investering” in de zin van artikel 1, punt 6, onder c), EHV moet dus los worden gezien van een eenvoudige handelsactiviteit, zodat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de levering van elektriciteit, waarbij geen sprake is van inbreng en van een met deze inbreng samenhangende winstverwachting, daar niet onder kan vallen.

⁷⁷ Zie *Salini Costruttori S.p.A. en Italstrade S.p.A./Koninkrijk Marokko* (zaak ICSID nr. ARB/00/4), vonnis van 23 juli 2001, 129 *Journal du droit international* 196 (2002), punt 52. Zie met betrekking tot de analyse van die rechtspraak, Pyka, M., op. cit., blz. 63-111, en Jeżewski, M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C.H. Beck, Warschau, 2019, blz. 127-134.

⁷⁸ Zie Baltag, C., op. cit., blz. 167-183, alsmede Kessedjian, C., en Pironon, V., op. cit., blz. 206.

⁷⁹ Zie met name *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A./Koninkrijk Spanje* (zaak ICSID nr. ARB/14/1), vonnis van 16 mei 2018, punten 195 e.v., en *Isolux Netherlands, BV/Koninkrijk Spanje* (zaak SCC nr. V 2013/153), vonnis van 17 juli 2016, punten 683 e.v.

⁸⁰ Zie Baltag, C., op. cit., blz. 178 e.v., alsmede Audit, M., *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, nr. 3, blz. 16.

⁸¹ Komstroy heeft ter terechtzitting betoogd dat de inbreng bestond uit de levering van elektriciteit. Dit argument volstaat echter niet om de overeenkomst voor de levering van elektriciteit als een „contract dat in verband staat met een investering” te kwalificeren, aangezien dit geenszins betekent dat er een risico bestaat wat de als gevolg van die inbreng verwachte opbrengsten betreft.

⁸² Met name door middel van het stelsel voor geschillenbeslechting van artikel 26 EHV. Hoewel bepaalde handelstransacties soms kenmerken vertonen waardoor ze als „investeringen” kunnen worden gekwalificeerd, zie in dit verband Pyka, M., op. cit., blz. 175-181. Ik denk niet dat een dergelijke analyse hier kan worden toegepast.

b) Artikel 1, punt 6, onder f), EHV

121. Artikel 1, punt 6, onder f), EHV betreft „een bij [...] contract [...] verleend recht om een economische activiteit in de energiesector te ondernemen”. Ik breng in dit verband in herinnering dat artikel 1, punt 6, EHV al in algemene zin bepaalt dat een investering in de zin van het EHV in verband moet staan met een economische activiteit in de energiesector. Bijgevolg kan de bij artikel 1, punt 6, onder f), EHV opgelegde voorwaarde niet op dezelfde manier worden begrepen, anders zou een dergelijke precisering geen doel dienen.

122. Artikel 1, punt 6, onder f), EHV heeft dus geen betrekking op elk contractueel recht dat in verband staat met een economische activiteit in de energiesector, maar stelt een aanvullende voorwaarde om een contractueel recht te kunnen aanmerken als een investering die wordt beschermd in de zin van het EHV. Dit blijkt uit de formulering zelf van die bepaling. Het gebruik in de Franse taalversie van de formulering „pour l'exercice d[e]” (voor de uitoefening van) geeft aan dat het betrokken contractuele recht moet zijn toegekend *ten behoeve* van de uitoefening van een economische activiteit in de energiesector.⁸³ Het contractuele recht moet de uitoefening van een economische activiteit in de energiesector mogelijk maken, welke activiteit de rechthebbende bij het ontbreken daarvan niet zou kunnen uitoefenen. Met andere woorden, het is dankzij dit contractuele recht dat die activiteit kan worden uitgeoefend en de voorwaarden daarvoor ontstaan.⁸⁴

123. Hoewel een contractuele vordering zeker een recht is dat bij contract is verleend, is het echter niet door deze vordering dat de houder ervan in staat wordt gesteld een economische activiteit in de energiesector uit te oefenen wanneer die vordering is verkregen *nadat* zij is ontstaan bij de oorspronkelijke houder. In die omstandigheden geeft de vordering zijn houder niet het recht om een economische activiteit in de energiesector uit te oefenen, maar alleen het recht om de betaling ervan op te eisen.

124. Maar zelfs indien de oorsprong van de vordering, te weten de overeenkomst voor de levering van elektriciteit, in aanmerking zou moeten worden genomen, quod non, zou dit volgens mij overigens tot hetzelfde resultaat leiden. Hoewel een overeenkomst voor de verkoop van elektriciteit tussen twee ondernemingen het mogelijk maakt dat de ene partij elektriciteit levert aan de andere, is het echter niet deze overeenkomst die de uitoefening van een economische activiteit in de energiesector mogelijk maakt. De onderneming die de elektriciteit levert is immers al in staat om die elektriciteit aan haar wederpartij te leveren, zodat de overeenkomst geenszins de mogelijkheid creëert of het recht verleent om een economische activiteit in de energiesector uit te oefenen in het land van ontvangst.

125. Een dergelijke vordering valt mijns inziens dus niet onder artikel 1, punt 6, onder f), EHV.

126. Uit het voorgaande volgt dat noch artikel 1, punt 6, onder c), noch artikel 1, punt 6, onder f), EHV aldus kan worden uitgelegd dat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de levering van elektriciteit waarbij geen inbreng heeft plaatsgevonden, een investering vormt in de zin van die bepalingen.

⁸³ Die uitlegging blijkt overigens nog duidelijker uit de Engelse taalversie van het EHV: „any right conferred [...] by contract [...] to undertake any economic activity in the energy sector” als ook uit de Nederlandse taalversie „een bij [...] contract [...] verleend recht om een economische activiteit in de energiesector *te ondernemen*” (cursivering van mij).

⁸⁴ Een typisch voorbeeld van een dergelijk contractueel recht is een concessie om infrastructurele voorzieningen aan te leggen op het grondgebied van de verdragsluitende partij.

c) Algemene definitie van het begrip „investering” in artikel 1, punt 6, EHV

127. Blijft er nog het feit dat artikel 1, punt 6, EHV ook een algemene, weliswaar onduidelijke, definitie bevat van het begrip „investering” en dat de in dit artikel vermelde lijst van investeringen niet uitputtend is. Bijgevolg zou het standpunt kunnen worden ingenomen dat een vordering die niet onder artikel 1, punt 6, onder c) of f), EHV valt, niettemin als een investering in de zin van artikel 1, punt 6, EHV kan worden beschouwd voor zover die vordering bestaat uit „activa die een investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft”.

128. Dit argument kan mij niet overtuigen. Zoals ik reeds heb benadrukt⁸⁵, zijn de contractuele vorderingen de enige activa waarvoor artikel 1, punt 6, EHV voorziet in uitdrukkelijke beperkingen ten aanzien van hun kwalificatie als investeringen. Derhalve kan niet naar de algemene definitie van het begrip „investering” worden verwezen met als enige doel de beperkingen te omzeilen zoals deze hoe dan ook zijn vastgesteld in artikel 1, punt 6, onder c) en f), EHV, anders zou volkomen worden voorbijgegaan aan die specifieke bepalingen en zou er sprake zijn van een uitlegging contra legem van het begrip „investering” in de zin van het EHV.

129. Bijgevolg geef ik in overweging om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 1, punt 6, EHV aldus moet worden uitgelegd dat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de levering van elektriciteit waarbij geen inbreng heeft plaatsgevonden, geen investering in de zin van die bepaling is.

2. Tweede prejudiciële vraag

130. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 26, lid 1, EHV aldus moet worden uitgelegd dat de verwerving, door een onderneming van een verdragsluitende partij, van een vordering van een marktdeelnemer die niet afkomstig is uit een verdragsluitende staat, een investering vormt.

131. Ik breng in dit verband in herinnering dat de betrokken vordering voortkomt uit een contract dat is gesloten tussen Moldtranselectro en Derimen en dat deze laatste onderneming is geregistreerd op de Britse Maagdeneilanden, oftewel een staat die geen partij is bij het EHV.

132. Artikel 26, lid 1, EHV maakt geschillenbeslechting mogelijk tussen een verdragsluitende partij en een investeerder van een andere verdragsluitende partij wanneer het geschil betrekking heeft op een investering die *is gedaan door die investeerder*. De verwijzende rechter vraagt zich af of de oorsprong van de vordering, wanneer die aanvankelijk is ontstaan door toedoen van een marktdeelnemer van een staat die geen partij is bij het EHV, van invloed is op de kwalificatie ervan als „investering” in de zin van artikel 26, lid 1, EHV, dat bepaalt dat een dergelijke investering moet zijn gedaan door een investeerder van een verdragsluitende partij.

133. Ik wijs er meteen op dat de tweede vraag niet hoeft te worden beantwoord rekening houdend met het door mij voorgestelde antwoord op de eerste vraag, aangezien het, gelet op het ontkennende antwoord op de eerste vraag, niet nodig is om vast te stellen of de oorsprong van de vordering van invloed is op de kwalificatie ervan als investering die is gedaan door een investeerder van een verdragsluitende partij in de zin van artikel 26, lid 1, EHV.

⁸⁵ Zie punt 107 van deze conclusie.

134. Voor het geval dat het Hof het niet eens is met mijn analyse van de eerste vraag zal ik de tweede prejudiciële vraag niettemin, ten overvloede, onderzoeken, op basis van de aanname dat een dergelijke vordering een investering kan vormen in de zin van artikel 1, punt 6, EHV.

135. Zoals de verwijzende rechter opmerkt en ook de Republiek Moldavië benadrukt, moet, om vast te stellen of een investering inderdaad „is gedaan door een investeerder van een verdragsluitende partij”, worden gerefereerd aan artikel 1, punt 8, EHV, dat het begrip „investerings doen” definieert. Deze bepaling bepaalt met name dat een investering kan worden gedaan door een bestaande investering geheel of gedeeltelijk over te nemen. Zij bepaalt echter niet dat de bestaande investering in kwestie haar oorsprong moet vinden in een staat die partij is bij het EHV.

136. De Republiek Moldavië betoogt echter dat die voorwaarde wél wordt gesteld. Volgens haar moet het begrip „bestaande investering” worden begrepen in het licht van de definitie van „investering” in artikel 1, punt 6, EHV, die bepaalt dat een investering bestaat uit activa die „een investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft”. Zij wijst erop dat artikel 1, punt 7, EHV zijnerzijds de term „investeerder” definieert als „vennootschappen of andere organisaties opgericht conform op het grondgebied van [een] verdragsluitende partij toepasselijke wetgeving”. Aangezien de marktdeelnemer die de oorspronkelijke houder is van de betrokken vordering, een marktdeelnemer is van een staat die geen partij is bij het EHV, kan deze haars inziens niet als een investeerder in de zin van artikel 1, punt 7, EHV worden beschouwd, zodat de betrokken vordering niet kan worden aangemerkt als een „bestaande investering” die is gedaan door een onderneming van een verdragsluitende partij in de zin van artikel 1, punt 8, en artikel 26, lid 1, EHV.

137. Dat betoog kan niet overtuigen. Hoewel moet worden ingestemd met de redenering van de Republiek Moldavië dat naar artikel 1, punten 6 tot en met 8, EHV moet worden verwezen om de formulering „investering gedaan door” te kunnen definiëren, berust haar conclusie echter op een onvolledige lezing van die artikelen.

138. Niet alleen stelt artikel 1, punt 8, EHV, zoals ik reeds heb opgemerkt⁸⁶, geen enkele voorwaarde met betrekking tot de geografische oorsprong van de bestaande investering, maar de onderzochte bepalingen bepalen zelfs uitdrukkelijk dat een dergelijke investering kan worden gedaan door een marktdeelnemer van een staat die geen partij is bij het EHV. Artikel 1, punt 7, EHV definieert het begrip „investeerder” immers zowel met betrekking tot de verdragsluitende partijen als met betrekking tot derde landen. Het is dus uitdrukkelijk toegestaan dat een investeerder afkomstig is uit een land dat geen partij is bij het EHV, zonder dat dit inhoudt dat de investeringen die hij doet, geen bestaande investeringen in de zin van het EHV zijn.⁸⁷

139. In die omstandigheden heeft het feit dat de vordering is ontstaan bij een marktdeelnemer van een land dat geen partij is bij het EHV, geen enkele invloed op de kwalificatie ervan als „bestaande investering”, aangezien die marktdeelnemer volgens de bewoordingen van het EHV ook als een investeerder moet worden beschouwd.

⁸⁶ Zie punt 135 van deze conclusie.

⁸⁷ Ik wijs erop dat, hoewel een investering van een investeerder uit een land dat geen partij is bij het EHV, wel degelijk een investering in de zin van het EHV is, dit niet wil zeggen dat die investering ook door het verdrag wordt *beschermd*, aangezien de materiële bepalingen ter bevordering en bescherming van investeringen uitdrukkelijk en uitsluitend betrekking hebben op de investeringen van investeerders van de verdragsluitende partijen. Zie met name artikel 10 EHV: „Elke verdragsluitende partij bevordert en schept [...] stabiele, billijke, gunstige en doorzichtige voorwaarden voor het doen van investeringen op haar grondgebied *door investeerders van andere verdragsluitende partijen*. Tot die voorwaarden behoort de verbintenis *investerings van investeerders van andere verdragsluitende partijen* steeds eerlijk en billijk te behandelen.” (Cursivering van mij.)

140. Hieruit volgt dat de verwerving door een marktdeelnemer van een verdragsluitende partij, van een vordering die is ontstaan door toedoen van een marktdeelnemer van een land dat geen partij is bij het EHV, moet worden beschouwd als de verwerving van een bestaande investering en bijgevolg als een investering die is gedaan door een investeerder van een verdragsluitende partij in de zin van het EHV.

141. De Republiek Moldavië, Komstroy en de Commissie hebben echter een voorbehoud gemaakt met betrekking tot mogelijk rechtsmisbruik in die omstandigheden. Men kan immers niet uitsluiten dat een investering die is ontstaan bij een marktdeelnemer van een land dat geen partij is bij het EHV, wordt verworven door een investeerder van een verdragsluitende partij enkel en alleen om aanspraak te kunnen maken op de bescherming die wordt verleend door het EHV, met name door zich te beroepen op artikel 26, lid 1, EHV teneinde een procedure in te leiden tegen een verdragsluitende partij, hetgeen anders niet mogelijk zou zijn geweest.

142. Het is stellig juist dat deze mogelijkheid bestaat, maar zij mag er op zich echter niet toe leiden dat een investering die is verworven van een marktdeelnemer van een land dat geen partij is bij het EHV, automatisch wordt uitgesloten van elke aanspraak op de bescherming van investeringen die wordt verleend wanneer een beroep wordt gedaan op geschillenbeslechting. Een dergelijke uitlegging lijkt mij niet alleen onverenigbaar met de hiervoor onderzochte bepalingen van het EHV, maar houdt ook in dat investeringen die worden verworven van een investeerder van een derde land, nooit worden beschermd volgens het EHV.

143. In die omstandigheden kan het gevaar voor rechtsmisbruik alleen per geval in aanmerking worden genomen en kan het geen rechtvaardiging vormen voor een uitlegging volgens welke een investering die door een investeerder van een verdragsluitende partij is verkregen van een investeerder van een land dat geen partij is bij het EHV, niet mag worden beschouwd als een door die eerste partij gedane investering in de zin van artikel 26, lid 1, EHV. Het staat derhalve aan de verwijzende rechter om na te gaan om welke redenen Komstroy de betrokken vordering heeft verworven, teneinde te bepalen of deze verwerving enkel tot doel had om een procedure tegen de Republiek Moldavië in te leiden op grond van het EHV.

144. Bijgevolg stel ik voor, ingeval het Hof het niet eens is met mijn analyse betreffende de eerste prejudiciële vraag, op de tweede prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 26, lid 1, EHV aldus moet worden uitgelegd dat de verwerving van een vordering die is ontstaan door toedoen van een investeerder van een land dat geen partij is bij het EHV, een investering in de zin van die bepaling is, tenzij die verwerving uitsluitend tot doel had om aanspraak te kunnen maken op de bescherming van investeringen die wordt verleend door de bepalingen van het EHV en met name om voor een scheidsgerecht een procedure te kunnen inleiden tegen een verdragsluitende partij, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit te verifiëren.

3. Derde prejudiciële vraag

145. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 26, lid 1, EHV aldus moet worden uitgelegd dat een vordering van een investeerder die voortvloeit uit een overeenkomst voor de verkoop van elektriciteit die aan de grens van de staat van ontvangst wordt geleverd, kan worden beschouwd als een investering die wordt gedaan op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij, wanneer de investeerder op het grondgebied van die andere verdragsluitende partij geen enkele economische activiteit heeft uitgeoefend.

146. Ik merk ook hier op dat de derde vraag een subsidiair karakter heeft. Indien de eerste prejudiciële vraag aldus wordt beantwoord dat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de levering van elektriciteit geen investering vormt, is het immers niet meer relevant om na te gaan of deze vordering is gedaan *op het grondgebied* van een andere verdragsluitende partij.

147. Ten overvloede zal ik de derde prejudiciële vraag toch beantwoorden, voor het geval dat het Hof het niet eens is met mijn analyse van de eerste en de tweede vraag, waarbij ik er dan van uitga dat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de levering van elektriciteit een investering in de zin van het EHV is, ook al is dat volgens mij dus niet het geval.

148. De Republiek Moldavië, in dat opzicht ondersteund door de Spaanse regering en de Commissie, voert aan dat er op haar grondgebied geen enkele investering is gedaan, aangezien de elektriciteit die is geleverd krachtens de overeenkomst die ten grondslag lag aan de vordering, slechts werd geleverd tot aan de Oekraïense kant van de Oekraïens-Moldavische grens.

149. Dit argument is ontleend aan artikel 1, punt 6, onder c), EHV, waarin is bepaald dat een geldvordering een investering is indien die is ontstaan op grond van een overeenkomst die zelf in verband staat met een investering. Volgens mij wordt daarbij echter voorbijgegaan aan een essentieel aspect. Zo het onderzoek naar de investering die verband houdt met de overeenkomst waaruit de betrokken vordering voortvloeit, van belang is voor de kwalificatie van de vordering als „investering”, bestaat die investering, zodra dit gegeven vaststaat, namelijk uitsluitend uit de vordering, zonder dat later opnieuw hoeft te worden verwezen naar de daarmee samenhangende investering.

150. De investering waarop het geschil betrekking heeft en die om die reden moet worden onderzocht in het licht van artikel 26, lid 1, EHV, is dus niet de levering van elektriciteit die is vastgelegd in de overeenkomst waaruit de vordering is voortgevloeid, maar juist de vordering zélf. Derhalve hoeft alleen te worden vastgesteld of de verwerving van een dergelijke vordering kan worden beschouwd als een investering op het grondgebied van Moldavië, zonder dat het nodig is om na te gaan of de overeenkomst op grond waarvan die vordering is ontstaan, in verband staat met een investering die zelf op dat grondgebied is gedaan.

151. De betrokken investering, dat wil zeggen de vordering, wordt in casu gehouden door een Oekraïense investeerder, jegens een onderneming die in Moldavië is gevestigd. Artikel 1, punt 10, EHV definieert de term „grondgebied” eenvoudigweg als „het grondgebied onder zijn soevereiniteit”. Hieruit volgt dat een vordering jegens een op Moldavisch grondgebied gevestigde onderneming kan worden beschouwd als een investering die is gedaan op het grondgebied van die verdragsluitende partij, aangezien voor het bewijs daarvan de vestigingsplaats van de debiteur van de vordering volstaat.

152. Hoe dan ook, zelfs indien het argument zou worden aanvaard waarmee de Republiek Moldavië aanvoert dat ook moet worden nagegaan op welk grondgebied de investering is gedaan die verband houdt met de overeenkomst waaruit de vordering is voortgevloeid, zou het resultaat hetzelfde zijn.

153. Formeel gezien wordt de elektriciteit inderdaad geleverd tot aan de grens met Moldavië. Afgezien van een uiterst formalistische benadering neemt dit evenwel niet weg dat de elektriciteit uiteindelijk wordt overgeheveld naar het Moldavische netwerk en dat dit gegeven het cruciale element vormt van de zaak. Of de elektriciteit door een marktdeelnemer aan de ene of aan de

andere kant van de grens wordt geleverd, heeft voor dit eindresultaat geen belang.⁸⁸ In feite is de geleverde elektriciteit altijd bedoeld geweest om te worden gedistribueerd op Moldavisch grondgebied en dus op het grondgebied van die verdragsluitende partij.⁸⁹

154. Bijgevolg stel ik voor, voor het geval dat het Hof het niet eens is met mijn analyse met betrekking tot de eerste en de tweede prejudiciële vraag, om op de derde prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 26, lid 1, EHV aldus moet worden uitgelegd dat een vordering van een investeerder van een verdragsluitende partij jegens een marktdeelnemer van een andere verdragsluitende partij een investering is die door de eerste is gedaan op het grondgebied van de tweede.

V. Conclusie

155. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door de cour d'appel de Paris gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„Artikel 1, punt 6, van het Verdrag inzake het Energiehandvest, ondertekend te Lissabon op 17 december 1994 en goedgekeurd namens de Europese Unie bij besluit 98/181/EG, EGKS, Euratom van de Raad en de Commissie van 23 september 1997 betreffende sluiting door de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het Energiehandvest en het protocol bij het Energiehandvest betreffende energie-efficiëntie en daarmee samenhangende milieuaspecten, moet aldus worden uitgelegd dat een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst voor de levering van elektriciteit waarbij geen inbreng heeft plaatsgevonden, geen investering in de zin van die bepaling is.”

⁸⁸ Audit, M., op.cit.

⁸⁹ Temeer daar het wat elektriciteit betreft puur fictief is om van een levering aan de grens uit te gaan. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, zijn de elektriciteitsnetwerken van Oekraïne en Moldavië met elkaar verbonden en is het onrealistisch om aan te nemen dat de elektriciteit op een bepaalde plaats wordt geleverd en daar wordt opgeslagen totdat de ontvanger deze op die plaats in ontvangst komt nemen.