

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

NILLA JÄÄSKINENA

przedstawiona w dniu 15 marca 2011 r.¹

I — Wprowadzenie

1. Sprawa dotyczy relacji pomiędzy zobowiązaniami Słowacji na podstawie prawa UE do zapewnienia niedyskryminacyjnego dostępu do sieci przesyłowej energii elektrycznej na mocy dyrektywy 2003/54/WE (zwananej dalej „dyrektywą 2003/54”)² i jej zobowiązaniami do ochrony inwestycji na podstawie umowy w sprawie wspierania i wzajemnej ochrony inwestycji (zwananej dalej „umową o ochronie inwestycji”) podpisanej w dniu 5 października 1990 r. i zawartej z Konfederacją Szwajcarską

przed przystąpieniem Republiki Słowackiej do Unii Europejskiej w dniu 1 maja 2004 r.³.

2. W centrum sporu znajduje się umowa prawa prywatnego (zwana dalej „umową”) zawarta w dniu 27 października 1997 r. pomiędzy spółką szwajcarską (Aare-Tessin AG für Elektrizität, zwaną dalej „ATEL”) i państwowym operatorem sieci na Słowacji (znanym w tamtym czasie jako Slovenské elektrárne a.s., a następnie jako Slovenská elektrizačná prenosová sústava a.s., zwanym dalej „SEPS”). Zgodnie z umową ATEL pokryła ponad połowę kosztów budowy nieistniejącej jeszcze w tym czasie linii Lemesany-Krosno z Polski do Słowacji, w zamian za priorytetowy dostęp do linii na oznaczony i nieodnawialny okres 16 lat.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz.U. L 176, s. 37). Dyrektywa 2003/54 była poprzedzona dyrektywą 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 19 grudnia 1996 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz.U. L 27, s. 20, zwaną dalej „dyrektywą 96/92”). Dyrektywa 2003/54 została ostatnio uchylona i zastąpiona dyrektywą 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.U. L 211, s. 55, zwaną dalej „dyrektywą 2009/72”).

3. Obecnie Komisja wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że przez niezapewnienie

3 — Umowa była zawarta między Republikami Czeską i Słowacką a Konfederacją Szwajcarską. W odniesieniu do sukcesji państwowej po Czechosłowacji i zastosowania umowy o ochronie inwestycji wobec Słowacji po jej przekształceniu w niezależne państwo żadne kwestie prawne nie zostały podniesione.

niedyskryminacyjnego dostępu do sieci przesyłowych energii elektrycznej Słowacja uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na podstawie art. 20 ust. 1 i art. 9 lit. e) dyrektywy 2003/54. Jakkolwiek Komisja nie zwraca się wyraźnie do Trybunału o stwierdzenie, że na Republice Słowackiej ciąży obowiązek rozwiązania umowy, to w uwagach do Trybunału stwierdza, że Republika Słowacka nie jest zobowiązana do utrzymania umowy w mocy. Ponadto utrzymuje, że samo niestosowanie umowy nie jest wystarczające do usunięcia zarzucanego uchybienia. W tym kontekście Komisja w sposób dorozumiany zwraca się do Trybunału o rozpatrzenie, czy Republikę Słowacką należy zobowiązać do rozwiązania umowy.

II — Ramy prawne

A — Prawo międzynarodowe

1. Konwencja wiedeńska o prawie traktatów⁴

5. Artykuł 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, zatytułowany „Ogólna reguła interpretacji”, stanowi:

„1. Traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu.

[...]

4. Specjalne znaczenie należy przypisywać wyrazowi wówczas, gdy ustalono, że taki był zamiar stron”.

4. Republika Słowacka z drugiej strony uważa, że umowa jest chroniona jako inwestycja zgodnie z Traktatem karty energetycznej i że dyrektywę 2003/54 należy interpretować zgodnie z zobowiązaniami Unii Europejskiej wynikającymi z Traktatu karty energetycznej.

⁴ — Sporządzona w Wiedniu w dniu 23 maja 1969 r. i weszła w życie w dniu 27 stycznia 1980 r. [UN Doc. A/Conf.39/27, UNTS, vol. 1155 s. 331, 8 ILM 679 (1969), zwana dalej „konwencją wiedeńską”]. Oba kraje są stronami konwencji wiedeńskiej, Republika Słowacka w drodze sukcesji.

2. Traktat karty energetycznej⁵

6. Artykuł 10 ust. 1 Traktatu karty energetycznej stanowi:

„Każda z Umawiających się Stron będzie, zgodnie z postanowieniami niniejszego traktatu, popierać i tworzyć stabilne, sprawiedliwe, sprzyjające i przejrzyste warunki dla inwestorów z innych Umawiających się Stron dla dokonywania inwestycji na swoim obszarze. Takie warunki obejmują zobowiązanie zawsze uczciwego i sprawiedliwego traktowania inwestycji inwestorów z innych Umawiających się Stron. Inwestycje te będą również korzystały ze stałej ochrony i zabezpieczeń, a żadna Umawiająca się Strona nie będzie w jakikolwiek sposób pogarszała, przez nieuzasadnione lub dyskryminacyjne środki, możliwości zarządzania, utrzymania, użytkowania, posiadania lub dysponowania nimi. Inwestycjom takim w żadnym razie nie można przyznać gorszego traktowania niż wymagane przez prawo międzynarodowe, łącznie z postanowieniami traktatowymi. Każda Umawiająca się Strona będzie przestrzegać zobowiązań, jakie przyjęła na siebie w odniesieniu do inwestora lub inwestycji inwestora z dowolnej innej Umawiającej się Strony”.

5 — Traktat karty energetycznej został podpisany w grudniu 1994 r. i wszedł w życie w kwietniu 1998 r. Republika Słowacka, Konfederacja Szwajcarska i Unia były sygnatariuszami Traktatu karty energetycznej w okresie mającym znaczenie dla sprawy.

7. Artykuł 13 Traktatu karty energetycznej dotyczy wyłączenia. W odnośnej części stanowi on, że:

„1. Inwestycje inwestorów Umawiającej się Strony na obszarze którejkolwiek innej Umawiającej się Strony nie będą nacjonalizowane, wyłączone lub poddawane działaniu bądź działaniom mającym skutek równoznaczny z nacjonalizacją lub wyłączeniem (dalej zwanych »wyłączeniem«), chyba że takie wyłączenie jest:

- a) w celu, który leży w interesie publicznym;
- b) niedyskryminacyjne;
- c) przeprowadzone zgodnie z właściwym postępowaniem prawnym; oraz
- d) połączone z wypłatą bezzwłocznego, adekwatnego i skutecznego odszkodowania”.

Umowa o ochronie inwestycji

8. Artykuł 1 umowy o ochronie inwestycji, zatytułowany „Definicje”, w odnośnej części stanowi:

„2. pojęcie »inwestycja« obejmuje wszelkie rodzaje aktywów, a w szczególności:

[...]

c) roszczenia i prawa do wszelkich świadczeń mających wartość ekonomiczną;

[...].”

9. Artykuł 3 umowy o ochronie inwestycji, zatytułowany „Popieranie, dopuszczanie”, stanowi:

„1. Każda z Umawiających się Stron będzie popierać na swoim terytorium inwestycje inwestorów drugiej Umawiającej się Strony i dopuszczać takie inwestycje zgodnie ze swoim ustawodawstwem i przepisami

[...].”

10. Artykuł 4, zatytułowany „Ochrona, traktowanie”, stanowi:

„1. Każda z Umawiających się Stron będzie chronić na swoim terytorium inwestycje dokonane zgodnie z jej ustawodawstwem i przepisami przez inwestorów drugiej Umawiającej się Strony i nie będzie naruszać w sposób nieuzasadniony lub dyskryminacyjny prawa inwestora drugiej Umawiającej się Strony do zarządzania, utrzymywania, wykorzystywania, osiągania korzyści, rozszerzania działalności, sprzedaży i likwidacji takich inwestycji [...].

2. Każda z Umawiających się Stron zapewni na swoim terytorium sprawiedliwe i równe traktowanie inwestycji inwestorów drugiej

Umawiającej się Strony. Traktowanie to nie będzie mniej korzystne niż przyznane przez każdą Umawiającą się Stronę inwestycjom dokonywanym na jej terytorium przez jej własnych inwestorów lub takie, jakie zostanie przyznane przez każdą z Umawiających się Stron inwestycjom dokonywanym na jej terytorium przez inwestorów najbardziej uprzywilejowanego państwa, jeżeli to drugie traktowanie będzie bardziej korzystne [...].”

11. Artykuł 6, zatytułowany „Wywłaszczenie, odszkodowanie”, stanowi:

„1. Żadna z Umawiających się Stron nie podejmie bezpośrednio lub pośrednio działań wywłaszczeniowych, nacjonalizacyjnych lub innych działań o takim samym charakterze lub równoważnym skutku w stosunku do inwestycji należących do inwestorów drugiej Umawiającej się Strony, chyba że działania te zostaną podjęte w interesie publicznym i nie będą miały charakteru dyskryminacyjnego i będą podjęte zgodnie z właściwą procedurą prawną oraz za skutecznym i właściwym odszkodowaniem [...].”

12. Artykuł 9, zatytułowany „Spory między Umawiającą się Stroną a inwestorem drugiej Umawiającej się Strony”, stanowi:

„1. W celu rozstrzygnięcia sporu między Umawiającą się Stroną a inwestorem drugiej Umawiającej się Strony w odniesieniu do

inwestycji, nie uchybiając postanowieniom artykułu 10 niniejszej umowy (Spory między Umawiającymi się Stronami), między zainteresowanymi stronami odbędą się konsultacje.

2. Jeżeli konsultacje nie zakończą się rozstrzygnięciem w ciągu sześciu miesięcy, spór zostanie – na żądanie inwestora – przekazany do rozstrzygnięcia trybunałowi arbitrażowemu. Taki trybunał arbitrażowy będzie powoływany w następujący sposób:

a) Trybunał arbitrażowy będzie powoływany dla każdej indywidualnej sprawy [...]

b) Jeżeli terminy wymienione w lit. a) tego artykułu nie zostały zachowane, którakolwiek ze stron sporu może, w braku innych ustaleń, zwrócić się do Przewodniczącego Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu o dokonanie koniecznych nominacji [...]

c) Jeżeli strony sporu nie uzgodnią inaczej, trybunał ustala własne zasady postępowania. Jego orzeczenia są ostateczne i wiążące. Każda z Umawiających się Stron zapewni uznanie i wykonanie orzeczeń arbitrażowych [...]

3. W przypadku gdy obie Umawiające się Strony staną się stronami Konwencji z dnia 18 marca 1965 r. o rozstrzyganiu sporów dotyczących inwestycji między państwami i obywatelami innych państw, spory będą przedkładane, spory o których mowa w niniejszym artykule, mogą na wniosek

inwestora, alternatywnie w stosunku do procedury, o której mowa w ust. 2 niniejszego artykułu, być przedkładane Międzynarodowemu Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych.

[...]

5. Żadne z Umawiających się Państw nie będzie prowadzić w drodze dyplomatycznej sporów przekazanych do arbitrażu, chyba że drugie Umawiające się Państwo nie przestrzeże orzeczenia wydanego przez trybunał arbitrażowy”.

13. Artykuł 10, noszący tytuł „Spory między Umawiającymi się Stronami”, stanowi:

„1. Spory między Umawiającymi się Stronami dotyczące interpretacji i stosowania postanowień niniejszej umowy o ochronie inwestycji będą rozstrzygane w drodze dyplomatycznej.

2. Jeżeli obie Umawiające się Strony nie osiągną porozumienia w ciągu dwunastu miesięcy od powstania sporu, spór zostanie, na żądanie którejkolwiek Umawiającej się Strony, przedłożony trybunałowi arbitrażowemu w składzie trzech członków. Każda Umawiająca się Strona wyznaczy jednego arbitra, a wybrani arbitrzy dokonują nominacji przewodniczącego, który będzie obywatelem państwa trzeciego.

[...]

7. Orzeczenia trybunału są ostateczne i wiążące dla każdej z Umawiających się Stron”.

lub większą liczbą państw członkowskich z jednej strony a jednym lub większą liczbą państw trzecich z drugiej strony.

14. Artykuł 11, zatytułowany „Wykonywanie zobowiązań”, stanowi:

„Każda z Umawiających się Stron będzie stale gwarantować przestrzeganie swoich zobowiązań o odniesieniu do inwestycji inwestora drugiej Umawiającej się Strony”.

W zakresie, w jakim umowy te nie są zgodne z niniejszym traktatem, dane państwo lub państwa członkowskie zastosują wszelkie właściwe środki w celu wyeliminowania stwierdzonych niezgodności. W razie potrzeby państwa członkowskie udzielają sobie wzajemnie pomocy dla osiągnięcia tego celu i w odpowiednim przypadku przyjmują wspólną postawę.

[...]

B — Prawo Unii

2. Dyrektywa 2003/54

1. Traktat WE⁶

16. Artykuł 9 dyrektywy 2003/54, zatytułowany „Zadania operatorów systemu przesyłowego”, ma następujące brzmienie:

15. Artykuł 307 WE ma następujące brzmienie:

„Postanowienia niniejszego traktatu nie naruszają praw i obowiązków wynikających z umów zawartych przed 1 stycznia 1958 roku lub, wobec państw przystępujących, przed datą ich przystąpienia, między jednym

„Każdy operator systemu przesyłowego jest odpowiedzialny za:

[...]

e) zapewnianie braku dyskryminacji między użytkownikami systemu lub grupami użytkowników systemu, w szczególności na korzyść przedsiębiorstw z nim powiązanych”.

6 — Ponieważ niniejsza skarga o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego została wniesiona przed wejściem w życie Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 2008, C 115, s. 47), w całej opinii zachowane zostaną odwołania do artykułów Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.U. 2002, C 325, s. 33).

17. Artykuł 20 dyrektywy 2003/54, zatytułowany „Dostęp strony trzeciej”, przewiduje:

„1 Państwa członkowskie zapewniają wdrożenie systemu dostępu strony trzeciej do systemu przesyłowego i dystrybucyjnego opartego na opublikowanych taryfach, mającego zastosowanie do wszystkich uprawnionych odbiorców i stosowanego obiektywnie, bez dyskryminacji w odniesieniu do użytkowników systemu. Państwa członkowskie zapewniają, że te taryfy lub metody stosowane do ich obliczania są zatwierdzane przed ich wejściem w życie zgodnie z art. 23, a także zapewniają publikację tych taryf i metod – w przypadku gdy tylko metody zostają zatwierdzone – przed ich wejściem w życie.

2. Operator danego systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego może odmówić dostępu, jeśli nie dysponuje konieczną zdolnością. Odmowa musi być właściwie umotywowana, w szczególności mając na względzie art. 3. Państwa członkowskie zapewniają, że w miarę potrzeb i gdy ma miejsce odmowa dostępu, operator systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego przedstawia istotne informacje o środkach, jakie byłyby konieczne dla wzmocnienia sieci. Strona żądająca takich informacji może być obciążona uzasadnioną opłatą odzwierciedlającą koszt przygotowania takich informacji”.

18. Wyjątki zawarte w art. 26 dyrektywy 2003/54 nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie.

19. Zgodnie z art. 29 dyrektywy 2003/54 dyrektywa 96/92 zostaje uchylona z dniem 1 lipca 2004 r., z zastrzeżeniem ważności zobowiązań państw członkowskich dotyczących terminów transponowania i stosowania wspomnianej dyrektywy.

20. Zgodnie z art. 30 dyrektywy 2003/54 państwa członkowskie wprowadzą w życie, najpóźniej do dnia 1 lipca 2004 r., przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania tej dyrektywy.

21. Zgodnie z art. 31 dyrektywa 2003/54 wchodzi w życie dwudziestego dnia po jej opublikowaniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, co nastąpiło w dniu 15 lipca 2003 r.

3. Rozporządzenie nr 1228/2003⁷

22. Artykuł 7, zatytułowany „Nowe połączenia wzajemne”, w odnośnych fragmentach stanowi:

„1. Nowe, bezpośrednie prądowe połączenia wzajemne mogą być, na żądanie, wyłączone

7 — Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej (Dz.U. L 176, s. 1).

z przepisów art. 6 ust. 6 niniejszego rozporządzenia i art. 20 i art. 23 ust. 2, 3 i 4 dyrektywy 2003/54[...], jeżeli spełnione są następujące warunki:

a) inwestycja musi zwiększać konkurencję w dostawach energii elektrycznej;

b) poziom ryzyka związanego z inwestycją jest taki, że inwestycja nie zostałaby dokonana bez zagwarantowania tego zwolnienia;

c) połączenie wzajemne musi być własnością osoby fizycznej lub prawnej, niebędącej, przynajmniej w sensie swej formy prawnej, operatorem systemów, w które ma być wbudowane połączenie wzajemne;

d) na użytkowników tego połączenia wzajemnego nakładane są opłaty;

e) od chwili częściowego otwarcia rynku określonego w art. 19 dyrektywy 96/92/WE żadna część kosztów kapitałowych lub operacyjnych połączenia wzajemnego nie została pokryta przez jakikolwiek składnik opłat poniesionych z tytułu użytkowania systemów przesyłowych lub dystrybucyjnych połączonych za pomocą połączenia wzajemnego;

f) zwolnienie nie wpływa ujemnie na konkurencję lub skuteczne działanie rynku wewnętrznego energii elektrycznej lub na skuteczne funkcjonowanie regulowanych systemów, do których połączenie wzajemne jest przyłączone.

[...]

3. Ustęp 1 stosuje się także do istotnych przyrostów zdolności przesyłowych istniejących połączeń wzajemnych.

4. a) Organ regulacyjny może, w zależności od przypadku, decydować o zwolnieniu określonym w ust. 1 i 2. Jednakże państwa członkowskie mogą ustalić, że organy regulacyjne przedkładają, dla decyzji formalnej, odpowiedniemu organowi w państwie członkowskim swą opinię w sprawie żądania zastosowania zwolnienia. Opinia ta jest publikowana wraz z decyzją.

[...]

5. Państwo członkowskie lub właściwy organ bezzwłocznie przekazuje do wiadomości Komisji decyzję o zwolnieniu wraz ze wszystkimi niezbędnymi informacjami, które jej dotyczą. Informacje te mogą zostać przekazane Komisji w skróconej formie, co pozwoli jej na podjęcie uzasadnionej decyzji.

[...]

W terminie dwóch miesięcy od otrzymania powiadomienia Komisja może zażądać, aby organ regulacyjny lub dane państwo

członkowskie zmieniło lub wycofało decyzję o przyznaniu zwolnienia. Okres dwóch miesięcy może być przedłużony o jeden dodatkowy miesiąc, jeżeli Komisja będzie poszukiwać dodatkowych informacji.

[...].”

III — Stan faktyczny i postępowanie

23. W dniu 27 października 1997 r. ATEL i poprzednik prawny SEPS zawarli umowę, zgodnie z którą SEPS przyznał ATEL prawo przesyłania 300 MW na linii elektroenergetycznej 400 kV. Linią tą była przewidziana do wybudowania linia Lemesany-Krosno pomiędzy Polską i Słowacją. Prawo przesyłania miało być przyznane na okres szesnastu lat kończący się w dniu 31 września 2014 r. Republika Słowacka nie była stroną tej umowy. Zakładano, że linia przesyłowa będzie w użyciu w dniu 1 października 1998 r. ATEL miała prawo wypowiedzenia umowy, gdyby linia nie była w użyciu w dniu 1 października 1999 r.

24. W zamian za tę zdolność przesyłową ATEL była zobowiązana do jednorazowej zapłaty kwoty ryczałtowej w wysokości ponad 50% kosztów niezbędnych do wybudowania linii przesyłowej Lemesany-Krosno na Słowacji oraz opłaty przesyłowej, która miała być rekalkulowana co kilka lat zgodnie z formułą

określoną w umowie. Strony są uprawnione do przeniesienia swoich praw i zobowiązań wynikających z umowy na swojego następcę, pod warunkiem że jest on zdolny do wypełniania wynikających z niej zobowiązań.

25. Umowa sporządzona w języku niemieckim jest aktem prawa prywatnego podlegającym prawu austriackiemu. Stanowi ona, że spory między stronami podlegają arbitrażowi zgodnie z zasadami Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu.

26. Traktat akcesyjny został podpisany przez Republikę Słowacką w dniu 16 kwietnia 2003 r. Niedługo po tym, w dniu 26 czerwca 2003 r., została opublikowana dyrektywa 2003/54. W dniu 1 maja 2004 r. Słowacja przystąpiła do Unii⁸. Jako państwo członkowskie powinna ona przestrzegać wszelkich zobowiązań wynikających z traktatu WE. Ponieważ termin transpozycji dyrektywy 2003/54 dobiegł końca w czerwcu 2004 r., dyrektywa ta nie była częścią *acquis communautaire*, którego transpozycji Słowacja miała dokonać w dniu przystąpienia. Ponadto w akcie przystąpienia nie ustanowiono warunków w zakresie zastosowania dyrektywy 96/92 w stosunku do Republiki Słowackiej⁹.

8 — Traktat między Królestwem Belgii, Królestwem Danii, Republiką Federalną Niemiec, Republiką Grecją, Królestwem Hiszpanii, Republiką Francuską, Irlandią, Republiką Włoską, Wielkim Księstwem Luksemburga, Królestwem Niderlandów, Republiką Austrii, Republiką Portugalską, Republiką Finlandii, Królestwem Szwecji, Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (państwami członkowskimi Unii Europejskiej) a Republiką Czeską, Republiką Estońską, Republiką Cypryjską, Republiką Łotewską, Republiką Litewską, Republiką Węgierską, Republiką Malty, Rzeczpospolitą Polską, Republiką Słowenii, Republiką Słowacką dotyczący przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej do Unii Europejskiej (Dz.U. 2003, L 236, s. 17).

9 — Zdaniem Komisji Słowacja powinna zwrócić się o uregulowanie przejściowe w akcie przystąpienia potwierdzające jej prawo do kontynuowania rezerwacji mocy przesyłowej dla ATEL. Przeanalizuję ważność tego argumentu w dalszej części.

27. W dniu 10 kwietnia 2006 r. Komisja skierowała do Republiki Słowackiej wezwanie do usunięcia uchybienia, a następnie w dniu 15 grudnia 2006 r. uzasadnioną opinię. W skardze do Trybunału Komisja podnosi, że priorytetowy dostęp udzielony ATEL na podstawie umowy jest sprzeczny z ciążącymi na Słowacji zobowiązaniami na podstawie art. 9 lit. e) oraz art. 20 ust. 1 dyrektywy 2003/54 dotyczącymi niedyskryminacyjnego dostępu do systemu przesyłowego.

28. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału ocena, czy doszło do uchybienia, powinna być dokonywana według stanu w momencie upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii, to jest dwóch miesięcy od dnia 15 grudnia 2006 r.¹⁰.

IV — Ocena

29. W analizie tej sprawy najpierw rozpatrzę kilka kwestii wstępnych, a następnie zbadam, czy traktowanie ATEL przez Słowację stanowi dyskryminację sprzeczną z dyrektywą 2003/54. Jeżeli tak będzie, będę kontynuował analizę, czy takie traktowanie jest chronione

przez Traktat karty energetycznej lub na podstawie art. 307 akapit pierwszy WE.

A — *Kwestie wstępne*

30. W niniejszej sprawie pojawiają się dwie kwestie wstępne: (i) czy postępowanie SEPS może być przypisane Republice Słowackiej, a także (ii) czy Trybunał może zmusić Republikę Słowacką do wypowiedzenia umowy prawa prywatnego w celu zaprzestania naruszenia.

31. Co do pierwszego punktu, jakkolwiek żadna ze stron nie podniosła kwestii własności SEPS, wydaje się, że Republika Słowacka ma 100% akcji SEPS¹¹. W rezultacie jego postępowanie może być przypisane Republice Słowackiej, ponieważ działania przedsiębiorstw państwowych można przypisywać państwom członkowskim¹².

32. Co do drugiego punktu, według złożonej przez Republikę Słowacką odpowiedzi na skargę słowacki organ regulacji energetyki (zwany dalej „URSO”) wydał negatywną

10 — Wyroki: z dnia 27 listopada 1990 r. w sprawie C-200/88 Komisja przeciwko Grecji, Rec. s. I-4299, pkt 13; wyrok z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie C-362/90 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-2353, pkt 10; z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie C-29/01 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-2503, pkt 11.

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

12 — Zobacz np. dotyczący autobusów walońskich wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043.

opinię w zakresie priorytetowego dostępu przyznanego ATEL, co wywołało zmianę w praktyce udzielania dostępu do sieci. Według pism prezesa URSO i prezesa SEPS załączonych do złożonej przez Republikę Słowacką odpowiedzi na skargę, obydwu datowanych na dzień 10 lipca 2009 r. i sporządzonych przez wzgląd na niniejsze postępowanie, ATEL nie przysługuje już priorytetowy dostęp do sieci, lecz od dnia 1 stycznia 2008 r. uzyskuje ona całą swoją moc przesyłową w drodze przetargu.

33. Komisja podnosi, że nie jest to wystarczające dla usunięcia uchybienia, jako że umowa pomiędzy ATEL i SEPS w dalszym ciągu obowiązuje. Wysuwając to twierdzenie, opiera się na fakcie, iż Trybunał uznał, że praktyka administracyjna nie jest wystarczająca dla zaprzestania uchybienia.

34. W wyroku w sprawie Komisja przeciwko Grecji Trybunał stwierdził, że zwykła praktyka administracyjna, która z natury może być dowolnie zmieniana przez władze, nie zwalnia państwa członkowskiego z obowiązku uchylenia przepisów prawnych sprzecznych z prawem wspólnotowym¹³. Według tego orzecznictwa jedynie zmiana samego prawa może zapewnić zakończenie naruszenia.

35. Jednakże w niniejszej sprawie uchybienie wynika z umowy prawa prywatnego pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami regulowanej prawem austriackim, nie zaś z aktu ustawowego lub wykonawczego. Z tego względu nie jest jasne, podjęcia jakich środków prawnych należałoby wymagać od Republiki Słowackiej jako państwa członkowskiego w stosunku do umowy w celu usunięcia zarzucanego uchybienia. Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Grecji nie może być transponowany na niniejszą sprawę.

36. Obecna sytuacja rodzi zatem interesujące pytania, czy państwo członkowskie jest także zobowiązane do rozwiązania umowy prawa prywatnego nieregulowanej jego prawem w celu zaprzestania uchybienia. Dyskusja, czy państwo członkowskie zobowiązane jest do wypowiedzenia umowy, gdy Trybunał stwierdzi uchybienie, toczyła się głównie w obszarze zamówień publicznych¹⁴. Moim zdaniem orzecznictwo to ma w tym miejscu ograniczone znaczenie, jako że sednem prawa zamówień publicznych jest regulowanie sposobu zawierania umów i udzielania zamówień przez podmioty publiczne lub przy użyciu środków publicznych. Nie jest tak w przypadku dystrybucji energii elektrycznej.

37. Poza sferą zamówień publicznych wydaje się wątpliwe, by można było nakazać państwu

13 — Wyrok z dnia 14 lipca 1988 r. w sprawie 38/87, Rec. s. 4415, pkt 9, 10, 12, 16.

14 — Wyroki: z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-328/96 Komisja przeciwko Austrii, Rec. s. I-7479; z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-3609.

członkowskemu rozwiązaniu ważnej umowy prawa prywatnego. Takie działanie byłoby bowiem sprzeczne z zasadą pewności prawa i prowadziły do karania nieświadomych osób trzecich z tytułu uchybienia popełnionego przez państwo członkowskie. Zasady europejskiego prawa kontraktów stanowią, że tylko w wyjątkowych przypadkach naruszenie prawa automatycznie prowadzi do nieważności umowy. Aby miało to miejsce, powinno dojść do wystarczająco poważnego naruszenia ogólnej zasady prawa lub bezwzględnie obowiązującej normy prawnej¹⁵.

przedsiębiorstwa stanowi przyznanie uprzywilejowanej pozycji jednemu użytkownikowi na szkodę innych, co z kolei stanowi dyskryminację pomiędzy różnymi przedsiębiorstwami szukającymi dostępu do sieci. Twierdząc tak, opiera się ona na wyroku w sprawie VEMW i in., w którym Trybunał uznał, że dyrektywa 96/92 wyklucza środki przyznające preferencyjne zdolności przesyłowe w zakresie transgranicznego przesyłu energii elektrycznej, jeżeli nie uzyskano zezwolenia na te środki poprzez odstępstwo określone w art. 24 tej dyrektywy¹⁷.

38. Należy zauważyć, że nawet gdyby Republika Słowacka była stroną umowy, nie miała by w moim rozumieniu prawa do odstąpienia od umowy bez zgody ATEL. Jak wynika z akt sprawy, ATEL obstawała przy swoim prawie do wykonania umowy¹⁶.

40. Słowacja stwierdza, że ponieważ ATEL poczyniła istotny wkład na rzecz budowy linii Lemesany-Krosno, ma status odmienny w stosunku do innych użytkowników i odmienne traktowanie jej nie stanowi dyskryminacji.

B — Czy ma miejsce dyskryminacja w rozumieniu dyrektywy 2003/54?

39. Komisja twierdzi, że rezerwacja części zdolności przesyłowej dla danego

41. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem ogólna zasada równego traktowania wymaga, aby podobne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie

15 — Artykuł 15:101 i 15:102. Zobacz http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm.

16 — W aktach nie ma wyjaśnienia, dlaczego umowa nie jest już stosowana pomiędzy stronami. Ponieważ ATEL nie jest stroną obecnego postępowania, nie ma możliwości poznania jej poglądu na sprawę. Moim zdaniem ATEL mogłaby mieć ważne powody prawne i gospodarcze, aby nie żądać wykonania umowy, równocześnie jednak nie rezygnując z wynikających z niej uprawnień.

17 — Wyrok z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-17/03, Zb.Orz. s. I-4983.

były traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione¹⁸.

42. Priorytetowy dostęp do mocy przesyłowej 300 MW na linii Lemesany-Krosno stanowi różnicę w traktowaniu pomiędzy ATEL i innymi przedsiębiorstwami dążącymi do uzyskania dostępu do sieci. Pojawia się zatem pytanie, czy ATEL jest w podobnej sytuacji w porównaniu do tych innych przedsiębiorstw.

1. Czy priorytetowy dostęp zawsze stanowi dyskryminację? – Rozumowanie przyjęte w wyroku w sprawie VEMW i in.

43. Sprawa VEMW i in. dotyczyła rezerwacji części zdolności przesyłowej systemu transgranicznego służącego importowi energii elektrycznej do Niderlandów na korzyść byłego monopolisty [Samenwerkende Elektriciteits Produktiebedrijven NV, w późniejszym czasie znanego jako Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV (zwanego dalej „SEP/NEA”)], któremu powierzono

wykonywanie zadań w ogólnym interesie gospodarczym, których przedmiotem było zapewnianie dostaw energii elektrycznej w Holandii na cele jej odsprzedaży w rozsądnej cenie. Przez wzgląd na te okoliczności SEP/NEA zawarł przed wejściem w życie dyrektywy 96/92 liczne kontrakty międzynarodowe w przedmiocie importu energii elektrycznej i z tego względu potrzebował zarezerwowanej dla niego mocy przesyłowej. Na tej podstawie twierdził, że znajdował się w sytuacji odmiennej w stosunku do innych operatorów oraz że z tego względu nie miała miejsca dyskryminacja.

44. Trybunał w sposób dorozumiany odrzucił ten argument, stwierdzając, że ponieważ SEP/NEA nie było już powierzone to zadanie w wyniku wejścia w życie dyrektywy 96/92 i znajdującego zastosowanie prawa krajowego transponującego tę dyrektywę, był on w podobnej sytuacji do innych operatorów¹⁹.

45. Następnie Trybunał zbadał, czy odmienne traktowanie było uzasadnione, stwierdzając, że nie było. Oparł się przy tym na art. 24 dyrektywy 96/92, który przewiduje prawo zastosowania przez państwo członkowskie odstępstwa od ogólnego przepisu tej dyrektywy. Trybunał stwierdził, że państwa członkowskie nie mogły jednostronnie posłużyć się zróżnicowanym traktowaniem importatorów energii elektrycznej, kierując się względami, które mogłyby uzasadniać odstępstwo

18 — Wyroki: z dnia 20 września 1988 r. w sprawie C-203/86 Hiszpania przeciwko Radzie, Rec. s. 4563, pkt 25; z dnia 17 kwietnia 1997 r. w sprawie C-15/95 EARL de Kerlast, Rec. s. I-1961, pkt 35; z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-292/97 Karlsson i in., Rec. s. I-2737 pkt 39; z dnia 12 marca 2002 r. w sprawach połączonych C-27/00 i C-122/00 Omega Air i in., Rec. s. I-2569, pkt 79 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-442/00 Rodriguez Caballero, Rec. s. I-11915 pkt 126; z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie C-14/01 Niemann, Rec. s. I-2279, pkt 49; dnia 14 kwietnia 2005 r. w sprawach połączonych C-128/03 i C-129/03 AEM i AEM Torino, Zb.Orz. s. I-2861, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo.

19 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawie VEMW i in., pkt 53.

na podstawie dyrektywy 96/92²⁰, ponieważ zagrożiłoby to skuteczności zarówno art. 24, jak i samej dyrektywy²¹. Z tego względu wydaje się, że Trybunał w istocie doszedł do wniosku, że dyskryminacja nie może być nigdy uzasadniona na podstawie dyrektywy, o ile nie przyznano odstępstwa²².

nr 1228/2003 (tj. 1 lipca 2004 r.) mogłyby być wyłączone z zakresu zastosowania przepisów dotyczących dyskryminacji, podczas gdy inwestycje dokonane pomiędzy tymi datami nie byłyby objęte wyłączeniem. Słusznie wskazano, że jest to osobliwy skutek²³.

46. Reprezentowane jest stanowisko, że interpretacja tego wyroku zgodnie z twierdzeniem Komisji jako wprowadzającego ogólną zasadę, że priorytetowy dostęp zawsze stanowi dyskryminację, o ile nie ma zastosowania odstępstwo, jest zbyt zawężająca i niepożądana.

47. Pierwsza uwaga krytyczna dotyczy traktowania sytuacji, w których odstępstwo nie jest możliwe. Pod względem technicznym rozumowanie zastosowane w wyroku w sprawie VEMW i in. nie stosuje się do sytuacji, w której odstępstwo nie jest możliwe, gdyż tworzyłoby to lukę w czasie i prowadziłoby do dyskryminacyjnego traktowania pomiędzy inwestorami w zależności od czasu, w jakim dokonano inwestycji. Tak więc inwestycje dokonane przed wygaśnięciem przepisu dotyczącego odstępstwa w dyrektywie 96/92 (tj. 20 lutego 1998 r.) oraz inwestycje poczynione po wejściu w życie rozporządzenia

48. Druga uwaga krytyczna dotyczy faktu, że mogą istnieć uzasadnione powody traktowania niezależnych inwestorów w sposób odmienny od innych przedsiębiorstw dążących do uzyskania dostępu do linii energetycznych. Inwestycje są dla sektora energetyki istotne, ponieważ sektor ten wymaga budowy nowych linii, jak również rozwoju istniejących technologii²⁴. Podejmowanie się takich projektów jest także bardzo kosztowne²⁵. Ponieważ sieci elektroenergetyczne są naturalnymi monopolami²⁶, z punktu widzenia liberalizacji rynku jest pożądane, aby prywatne przedsiębiorstwa dokonywały inwestycji w sieci, jako że wspomaga to również przełamywanie wcześniejszych monopolii. Ponadto Komisja uznała już, że rezerwacje zdolności przesyłowych dokonywane w celu zabezpieczenia inwestycji nie naruszają konkurencji

20 — Ibidem, pkt 61.

21 — Ibidem, pkt 58, 61–63.

22 — W taki oto sposób Komisja zdaje się interpretować wyrok w sprawie VEMW i in.. Zobacz dokument roboczy służb Komisji w sprawie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-17/03, SEC(2006) 547, z dnia 26 kwietnia 2006 r.

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

24 — Zobacz np. dziesięcioletni europejski plan inwestycyjny przewidziany w rozporządzeniu nr 1228/2003.

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

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

w rozumieniu art. 81 WE i nie naruszają też art. 82 WE²⁷.

inwestycji w sektorze energetyki³⁰, ponieważ jest to szczególnie ważne dla zapewnienia bezpieczeństwa dostaw w Unii³¹.

49. Jakkolwiek podzielam powyższe obawy, moim zdaniem rozumowanie przyjęte w wyroku w sprawie VEMW i in. pasuje lepiej do logiki całego systemu liberalizacji rynku, do której dąży prawodawstwo w obszarze polityki energetycznej.

50. Celem polityki energetycznej Unii jest otwarcie rynków, zwiększenie konkurencyjności i stworzenie jednakowych warunków konkurencji poprzez zaniechanie dalszego przyznawania preferencyjnego traktowania dawnym monopolistom²⁸. Zasada równego dostępu ma kluczową rolę dla osiągnięcia tego celu²⁹.

51. Cel liberalizacji powinien być jednak ważony w stosunku do potrzeby popierania

52. Moim zdaniem cel popierania inwestycji nie jest zagrożony wyrokiem w sprawie VEMW i in. lub dyrektywą 2003/54, ponieważ nie przewidują one całkowitego zakazu dyskryminacji³². Prawodawca wziął bowiem pod uwagę potrzebę ochrony inwestycji w niektórych sytuacjach na podstawie dyrektywy 2003/54³³. Tak więc art. 7 rozporządzenia 1228/2003 przewiduje, że nowe połączenia wzajemne mogą na żądanie podlegać wyłączeniu z objęcia przepisami art. 20 dyrektywy 2003/54 według warunków określonych w tym artykule. Dla celów tego uregulowania połączenia wzajemne zostały zdefiniowane

27 — Sprawa COMP/E-3/37.921 – Viking Cable, Dz.U. C 247, s. 11. Zobacz także Komisja, XXXIII sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji za rok 2003, s. 202.

28 — Motywy 1–5 dyrektywy 2003/54. Zobacz także wyroki: z dnia 22 maja 2008 r. w sprawie C-439/06 citiworks, Zb.Orz. s. I-3913, pkt 38; z dnia 9 października 2008 r. w sprawie C-239/07 Sabatauskas i in., Zb.Orz. s. I-7523, pkt 31.

29 — Opinia rzecznika generalnego C. Stix-Hackel przedstawiona w dniu 28 października 2004 r. sprawie VEMW i in. (wyw. wyrok w przypisie 17), pkt 58.

30 — Zobacz m.in. Zielona księga Komisji – Europejska strategia na rzecz zrównoważonej, konkurencyjnej i bezpiecznej energii z dnia 8 marca 2006 r. [COM(2006) 105 wersja ostateczna], gdzie Komisja stwierdza, że polityka energetyczna Unii dąży do utworzenia zintegrowanego, zrównoważonego, konkurencyjnego i bezpiecznego wewnętrznego rynku energii elektrycznej.

31 — Tak więc szczególnym celem dyrektywy 2005/89/WE z dnia 18 stycznia 2006 r. dotyczącej działań na rzecz zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej i inwestycji infrastrukturalnych (Dz.U. L 33, s. 22) jest zapewnienie wystarczających zdolności wytwórczych energii elektrycznej w celu zapewnienia odpowiedniego zrównoważenia dostaw z zapotrzebowaniem.

32 — Warto także wskazać, że dyrektywa 2009/72 – nowa dyrektywa uchylająca dyrektywę 2003/54 – zawiera wyraźne postanowienia zmierzające ku rozwijaniu współpracy w planowaniu inwestycyjnym w UE pomiędzy państwami członkowskimi (zob. komunikat Komisji do Parlamentu 2007/0195 COD).

33 — Artykuł 7 rozporządzenia nr 1228/2003 obowiązujący od dnia 1 lipca 2004 r.

jako linie przesyłowe przekraczające granice państw członkowskich³⁴. inwestycji, i taki właśnie zamiar przyświecał prawodawcy.

53. Tak więc system zezwala na zróżnicowane traktowanie w pewnych sytuacjach, jednakże w ramach, które są pod ostatecznym nadzorem Komisji. Na podstawie procedury określonej w art. 7 rozporządzenia nr 1228/2003 organ regulacyjny może, w zależności od przypadku, przyznać odstępstwo od art. 20 dyrektywy 2003/54 w odniesieniu do inwestycji w nowe połączenie wzajemne. Ponadto państwa członkowskie mogą ustalić, że te organy regulacyjne przedkładają odpowiedniemu organowi w państwie członkowskim swą opinię w sprawie żądania zastosowania odstępstwa³⁵ w celu podjęcia formalnej decyzji. Decyzja o zastosowaniu odstępstwa jest następnie przekazywana do wiadomości Komisji w celu dokonania oceny. Po dokonaniu oceny powiadomienia Komisja może zażądać, aby organ regulacyjny danego państwa członkowskiego zmienił lub wycofał decyzję o zastosowaniu odstępstwa³⁶.

54. Wobec powyższego ogólna zasada, że priorytetowy dostęp nie jest dozwolony, chyba że został dopuszczony przez odpowiednie odstępstwo, jest moim zdaniem prawidłowym sposobem równoważenia liberalizacji rynku z potrzebą przyciągania i ochrony

2. Przypadek ATEL i niezależnych inwestorów

55. W rezultacie nie sposób zgodzić się z argumentem Republiki Słowackiej, że inwestorzy znajdują się w innej sytuacji.

56. Jest tak, pomimo że wniosek ten ma poważniejsze skutki dla przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie niż w sprawie VEMW i in. W tamtej sprawie SEP/NEA mógł sprzedać poza Niderlandami energię elektryczną, którą zobowiązał się nabyć na podstawie umów międzynarodowych³⁷, podczas gdy ATEL nie może w niniejszej sprawie racjonalnie wyzbyć się swoich wynikających z umowy praw priorytetowego dostępu, ponieważ stałyby się one bezwartościowe.

57. Jednakże dopuszczenie odmiennego traktowania inwestorów oznaczałoby zezwolenie niewielkiej grupie przedsiębiorstw

34 — Artykuł 2 ust. 1 rozporządzenia nr 1228/2003.

35 — Artykuł 7 ust. 4 lit. a) rozporządzenia nr 1228/2003.

36 — Artykuł 7 ust. 5 rozporządzenia nr 1228/2003.

37 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawie VEMW i in., pkt 83. Trybunał odniósł się także do kwestii możliwości krajowego operatora domagania się odszkodowania od władz z uwagi na niewystąpienie z wnioskiem o zastosowanie odstępstwa na podstawie art. 24 dyrektywy 96/92 (zob. pkt 86).

na zakup priorytetowego dostępu, co jest sprzeczne z celami dyrektywy 2003/54 oraz ogólnie z polityką energetyczną Unii.

58. ATEL jest jedynie kolejnym przedsiębiorstwem dążącym do uzyskania dostępu do sieci w celu przesyłania energii elektrycznej do swoich klientów. Jako takie konkuruje ono z wieloma innymi potencjalnymi sprzedawcami energii elektrycznej, musi więc być postrzegane jako znajdujące się w podobnej sytuacji jak oni.

59. Z tego powodu moim zdaniem priorytetowe traktowanie w niniejszej sprawie stanowi dyskryminację w rozumieniu dyrektywy 2003/54 i należy zbadać, czy takie traktowanie jest uzasadnione.

Unii wynikającymi z Traktatu karty energetycznej³⁸. Ponadto z uwagi na fakt, że traktat ten jest umową mieszaną, Unia jest prawnie związana zawartymi w nim obowiązkami uczciwego i sprawiedliwego traktowania i zakazu wywłaszczenia, przypominającymi materialnoprawne przepisy umowy o ochronie inwestycji.

61. Niemniej moim zdaniem przed szczegółowymi przepisami zawartymi w dyrektywie 2003/54 i poddanymi szczegółowej wykładni w wyroku w sprawie VEMW i in. nie mogą mieć pierwszeństwa znacznie bardziej ogólne przepisy zawarte w Traktacie karty energetycznej³⁹. Zachowuje to tym większą aktualność, kiedy wykładnia prowadzi do zastosowania z mocą wsteczną odstępstwa od przepisów o zakazie dyskryminacji, na co nie pozwala dyrektywa 2003/54.

62. Pozostaje jeszcze kwestia zobowiązań ciężących bezpośrednio na Unii jako umawiającej się stronie Traktatu karty energetycznej.

C — Uzasadnienie

1. Traktat karty energetycznej

60. Głównym argumentem obronnym Republiki Słowackiej w odniesieniu do uprzywilejowanego dostępu przyznanego ATEL są zobowiązania wynikające z Traktatu karty energetycznej. Republika Słowacka słusznie stwierdza, że dyrektywa 2003/54 powinna być interpretowana zgodnie z zobowiązaniami

63. Moim zdaniem Traktat karty energetycznej nie zapewnia inwestorowi większej ochrony niż umowa o ochronie inwestycji. Nie można uznać, że prawo energetyczne Unii, takie jakie zawarte jest w dyrektywie 2003/54 i rozporządzeniu nr 1228/2003, nie osiąga standardów wymaganych w Traktacie karty energetycznej w odniesieniu do inwestycji objętych *ratione temporis* tymi aktami prawa. Ponadto jeśli chodzi o osiągnięcie korzyści i ochronę inwestycji, ogólny poziom

38 — Wyrok z dnia 10 września 1996 r. w sprawie C-61/94 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-3989, pkt 52.

39 — Wyrok z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-136/96 Scotch Whisky Association, Rec. s. I-4517, pkt 47.

ochrony praw podstawowych ustanowiony przez prawo Unię zapewnia inwestorom ochronę spełniającą zobowiązania wynikające z art. 10 ust. 1 i art. 13 ust. 1 Traktatu karty energetycznej⁴⁰.

64. W niniejszej sprawie ze względu na to, że umowa podlega ochronie art. 307 akapit pierwszy WE, jak wykażę poniżej, Unia nie postępuje sprzecznie ze swoimi obowiązkami na podstawie Traktatu karty energetycznej względem ATEL. Z tego względu nie wydaje się potrzebne dalsze analizowanie wykładni Traktatu karty energetycznej.

2. Odstępstwo

65. Komisja twierdzi, że Republika Słowacka powinna była wynegocjować odstępstwo w odniesieniu do umowy w swoim akcie przystąpienia.

40 — W kwestii ochrony inwestycji ATEL nie uważam, aby występowała tego rodzaju sukcesja zobowiązań pomiędzy Słowacją i Unią Europejską, aby ta ostatnia miała szczególne zobowiązania na podstawie Traktatu karty energetycznej względem inwestora, który dokonał inwestycji na terytorium umawiającej się strony, zanim przystąpiła ona do Unii.

66. Moim zdaniem jednak od Republiki Słowackiej nie można było oczekiwać wynegocjowania odstępstwa w odniesieniu do kwestii, której status był na gruncie prawa Unii niepewny. W czasie przystąpienia nie było jasne, że priorytetowe traktowanie będzie stanowić dyskryminację w rozumieniu dyrektywy 2003/54. Po pierwsze, w czasie prowadzenia negocjacji nad traktatem akcesyjnym nie było jeszcze wyroku w sprawie VEMW i in.⁴¹. Następnie w sprawie VEMW i in. rządy niderlandzki, francuski i fiński, jak również Komisja przyjęły pogląd, że środki zapewniające priorytetowy dostęp, których dotyczyła tamta sprawa, nie stanowiły dyskryminacji⁴². Ponadto w rocznym sprawozdaniu dotyczącym polityki konkurencji za rok 2003 Komisja wydaje się zajmować stanowisko, że kontrakty poprzedzające liberalizację były ważne, chociaż budziły wątpliwości w obszarze konkurencji⁴³. Jest mało prawdopodobne, aby państwa członkowskie oraz Komisja były gotowe na uzgodnienie odstępstwa dla państwa kandydującego w ramach negocjacji w sprawie przystąpienia, jeżeli takie wyłączenie zakładałoby interpretację wspólnotowego dorobku prawnego, której nie podzielały w tym czasie.

67. Z drugiej strony, jeżeli umowa jest chroniona na podstawie art. 307 akapit pierwszy WE, spekulacje dotyczące negocjacji

41 — Traktat akcesyjny, który obejmuje akt przystąpienia, został podpisany w Atenach w dniu 16 kwietnia 2003 r. Wyrok w sprawie VEMW i in. został ogłoszony przez wielką izbę w dniu 7 czerwca 2005 r.

42 — Punkt 39.

43 — Komisja, XXXIII sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji za rok 2003, s. 202.

akcesyjnych są pozbawione znaczenia, ponieważ w takim przypadku Republika Słowacka nie potrzebowałaby odstępstwa.

D — Artykuł 307 WE: Zobowiązania między-narodowe zaciągnięte przed przystąpieniem

68. Komisja twierdzi, że nie występuje żadne zobowiązanie wynikające z umowy zawartej przed przystąpieniem w rozumieniu art. 307 WE i że z tego względu nie może to stanowić uzasadnienia dla dyskryminacyjnego traktowania, z którego korzysta ATEL.

1. Czy umowa jest inwestycją podlegającą ochronie w ramach umowy o ochronie inwestycji?

69. Umowa o ochronie inwestycji stosuje się do inwestycji zdefiniowanych jako „wszelkie rodzaje aktywów” oraz do niewyczerpującego wykazu możliwych innych przykładów tego, co może stanowić inwestycję, obejmującego „roszczenia i prawa do wszelkich świadczeń mających wartość ekonomiczną”⁴⁴.

⁴⁴ — Artykuł 1 ust. 2 lit. c) umowy o ochronie inwestycji.

70. W niniejszej sprawie ATEL uzyskała prawo przesyłania określonej ilości mocy linią Lemesany-Krosoo poprzez zapłatę ponad połowy kosztów jej budowy oraz opłaty przesyłowej podlegającej wyliczeniu stosownie do postanowień umowy. W zamian SEPS jest zobowiązany do przyznania tej mocy przesyłowej ATEL na jej żądanie, to jest do świadczenia usługi operatora systemu przesyłowego na preferencyjnych warunkach. To prawo, które uzyskała ATEL, ma wartość ekonomiczną, jako że gwarantuje ono dostęp do słowackiej sieci przesyłowej, która jest jej potrzebna w celu zapewnienia możliwości sprzedaży energii elektrycznej z lub poprzez terytorium Węgier do Polski.

71. Może zatem zostać uznane za inwestycję w rozumieniu art. 1 lit. c) umowy o ochronie inwestycji.

2. Czy umowa o ochronie inwestycji rodzi zobowiązanie w rozumieniu art. 307 WE?

72. Artykuł 307 WE ma na celu wyważenie pomiędzy z jednej strony przedakcesyjnymi prawami państw trzecich (zgodnie z art. 307 akapit pierwszy WE) a z drugiej strony zarządzeniem niezgodności z traktatem Unii Europejskiej, którą te prawa mogłyby powodować, poprzez zobowiązanie, aby państwa członkowskie zastosowały wszelkie właściwe środki w celu wyeliminowania niezgodności pomiędzy umowami zawartymi przed przystąpieniem a zobowiązaniami w ramach

Unii (zgodnie z art. 307 akapit drugi WE)⁴⁵. Najnowsze orzecznictwo Trybunału zajęło się tym drugim obowiązkiem ustanowionym w art. 307 akapit drugi WE⁴⁶. Jednakże niniejsza sprawa skupia się wyłącznie na art. 307 akapit pierwszy WE, jako że Komisja nie powołała się na art. 307 akapit drugi WE.

73. Zgodnie z art. 307 akapit pierwszy WE postanowienia traktatu nie naruszają praw i obowiązków wynikających z umów zawartych przez państwo członkowskie z państwem trzecim przed datą przystąpienia tego państwa członkowskiego⁴⁷. Przepis ten rozwiązuje więc konflikt pomiędzy dwoma niezgodnymi zobowiązaniami na korzyść wcześniejszego zobowiązania, kodyfikując w ten sposób zasadę prawa międzynarodowego stanowiącą, że późniejszy traktat sprzeczny z wcześniejszym traktatem nie może naruszać praw państwa będącego stroną jedynie wcześniejszego traktatu⁴⁸.

74. Chociaż art. 307 akapit pierwszy WE wspomina jedynie o zobowiązaniach państw członkowskich, nie osiągnąłby on swojego celu, gdyby nie skutkował także po stronie instytucji Wspólnoty obowiązkiem nieutrudniania wykonania zobowiązań państw członkowskich wynikających z wcześniejszego porozumienia⁴⁹.

75. Ponadto art. 307 akapit pierwszy WE nie skutkuje przyznaniem jednostkom powołującym się na porozumienie zawarte przed przystąpieniem praw, które sądy krajowe państw członkowskich powinny uwzględnić, ani też nie narusza praw, które jednostki mogłyby wywodzić z takiej umowy⁵⁰.

76. W niniejszej sprawie jest oczywiste, że Republika Słowacka ma wobec Konfederacji Szwajcarskiej stosownie do umowy o ochronie inwestycji zobowiązania do ochrony inwestycji dokonanych przez szwajcarskich inwestorów w Słowacji. Ponadto umowa o ochronie inwestycji w sposób wyraźny przyznaje także uprawnienia na podstawie prawa międzynarodowego inwestorom uprawnionym do powoływania się na zawartą w niej

45 — Wyrok z dnia 4 lipca 2000 r. w sprawie C-62/98 Komisja przeciwko Portugalii, Rec. s. I-5171, pkt 50.

46 — Zobacz np. wyroki z dnia 3 marca 2009 r.: w sprawie C-205/06 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-1301; w sprawie C-249/06 Komisja przeciwko Szwecji, Zb.Orz. s. I-1335; wyrok z dnia 19 listopada 2009 r. w sprawie C-118/07 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. s. I-10889.

47 — Zobacz na przykład wyroki: z dnia 3 marca 2009 r. w sprawie C-205/06 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-1301, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo (wyroki: z dnia 14 października 1980 r. w sprawie 812/79 Burgoa, Rec. s. 2787, pkt 8; z dnia 4 lipca 2000 r. w sprawie C-84/98 Komisja przeciwko Portugalii, Rec. s. I-5215, pkt 53; z dnia 18 listopada 2003 r. w sprawie C-216/01 Budějovický Budvar, Rec. s. I-13617, pkt 144, 145).

48 — Artykuł 34 konwencji wiedeńskiej.

49 — Wyżej wymieniony w przypisie 47 wyrok w sprawie Burgoa, pkt 9.

50 — Ibidem, pkt 10. Zasada „nieingerencji” została jasno wyrażona przez rzecznika generalnego F. Capotortiego w jego opinii (s. 2), kiedy stwierdził „[...] że pierwszy akapit art. 234 nie dodaje niczego do pierwotnego znaczenia prawnego praw i obowiązków wypływających z wcześniejszych umów pomiędzy państwami członkowskimi i państwami niebędącymi państwami członkowskimi oraz że takie prawa i obowiązki pozostają całkowicie obce w stosunku do prawa wspólnotowego. Ostatecznie, nawet gdyby rozważane postanowienie nie zostało umieszczone w traktacie, istniejący wcześniej stan stosunków z krajami niebędącymi państwami członkowskimi również pozostałby niezmienny”.

klauzulę arbitrażową przeciwko umawiającej się stronie niezależnie od skutków prawnych, które umowa o ochronie inwestycji wywiera w krajowych porządkach prawnych umawiających się stron, i bez potrzeby ubiegania się o ochronę dyplomatyczną na podstawie prawa międzynarodowego publicznego.

podstawie umowy o ochronie inwestycji. Komisja uważa, że wypowiedzenie umowy nie będzie stanowić i) naruszenia postanowienia dotyczącego sprawiedliwego i uczciwego traktowania inwestycji w umowie o ochronie inwestycji lub ii) wyłączenia w rozumieniu umowy o ochronie inwestycji.

77. Ponieważ prawa osób prywatnych wynikające z umowy międzynarodowej zawartej przed przystąpieniem nie zostają naruszone, w sytuacji gdy Republika Słowacka ma zobowiązania na podstawie umowy o ochronie inwestycji względem ATEL, które nie mogłyby zostać spełnione w przypadku zastosowania przez Słowację dyrektywy 2003/54 w sposób, w jaki została ona zinterpretowana przez Trybunał w wyroku w sprawie VEMW i in., Słowacja może w celu obrony powoływać się na art. 307 akapit pierwszy WE i tym samym dyskryminacyjne traktowanie jest uzasadnione.

79. Co do zasady Trybunał nie jest właściwy do dokonywania wykładni umowy o ochronie inwestycji. Zadanie to należy do wyłącznej kompetencji trybunałów arbitrażowych powoływanych przez umawiającą się stronę i inwestora drugiej umawiającej się strony na podstawie art. 9 umowy o ochronie inwestycji albo też przez umawiające się strony na podstawie art. 10. To samo stosuje się do wykładni umowy. Ponadto klauzule arbitrażowe zawarte w umowie o ochronie inwestycji i umowie powodują ryzyko, że rozstrzygnięcie właściwego trybunału arbitrażowego analizującego te postanowienia będzie inne niż rozstrzygnięcie Trybunału.

78. Komisja twierdzi, po pierwsze, że nie ma konfliktu pomiędzy prawem wspólnotowym i umową o ochronie inwestycji, ponieważ żaden element tej umowy nie jest sprzeczny z prawem wspólnotowym. Ponadto Komisja zaprzecza wynikaniu takiego zobowiązania z umowy o ochronie inwestycji, ponieważ jej zdaniem Republika Słowacka nie jest zobowiązana do utrzymania umowy w mocy na

80. Dla celów niniejszego postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom Trybunał musi jednak przyjąć swego rodzaju „rekonstrukcję interpretacyjną” elementów sytuacji prawnej wytworzonej przez te zobowiązania w celu ustalenia, czy występuje obowiązek w rozumieniu art. 307 akapit

pierwszy⁵¹. Niemniej z pozycji Trybunału te elementy prawne stanowią okoliczności faktyczne zarzucanego naruszenia, nie zaś normy prawne podlegające jego wykładni.

81. W sytuacji gdy od Trybunału wymaga się interpretacji umów międzynarodowych, czyni to zgodnie z art. 31 konwencji wiedeńskiej. Zgodnie z tym artykułem traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrażeniom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu. W tym zakresie należy łącznie z kontekstem uwzględnić wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego mające zastosowanie w stosunkach między stronami.

82. Zgodnie z art. 31 ust. 4 konwencji wiedeńskiej przy wykładni umowy międzynarodowej należy uwzględnić specjalne znaczenie, jakie strony zamierzały nadać danemu wyrażeniu. W niniejszej sprawie jest jasne, że zamiarem stron umowy o ochronie inwestycji było nadanie zawartym w niej wyrażeniom znaczenia, jakie nadają im trybunały arbitrażowe i Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (International Centre for Settlement of Investment

Disputes, zwane dalej „ICSID”), gdyż w umowie o ochronie inwestycji jest wyraźnie mowa o rozstrzyganiu sporów przez trybunał arbitrażowy powołany zgodnie z określoną w niej procedurą lub przedłożeniu sporu ICSID⁵². Chociaż w postępowaniach polubownych nie obowiązuje doktryna wiążącego precedensu, trybunały arbitrażowe z reguły odwołują się do orzeczeń innych trybunałów.

83. Przedmiotem i celem umowy o ochronie inwestycji stosownie do jej preambuły jest stworzenie i utrzymanie korzystnych warunków do inwestowania, popieranie i ochrona takich inwestycji. Dodatkowo art. 3 umowy o ochronie inwestycji wyraźnie stanowi, że umawiające się strony będą popierać inwestycje na swoim terytorium.

84. Artykuł 4 umowy o ochronie inwestycji określa, w jaki sposób inwestycje będą traktowane i chronione z chwilą ich dopuszczenia. Z ochroną inwestycji związane są przepisy dotyczące przypadków wyłączenia zawarte w art. 6 umowy o ochronie inwestycji. W dalszych rozważaniach przeanalizuję kolejno te dwa artykuły.

51 — Zobacz wyrok z dnia 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-158/91 Levy, Rec. s. I-4287, w którym Trybunał uznał, że ważne jest, by w celu ustalenia, czy wcześniejsza umowa międzynarodowa może mieć pierwszeństwo przed normą wspólnotową, „zbadać, czy umowa ta nakłada na dane państwo członkowskie obowiązki, których wykonania nadal może wymagać państwo trzecie będące stroną umowy” (pkt 13). Zobacz także wyroki: z dnia 14 stycznia 1997 r. w sprawie C-124/95 Centro-Com, Rec. s. I-81, pkt 57; z dnia 10 marca 1998 r. w sprawach połączonych C-364/95 i C-365/95 T. Port, Rec. s. I-1023, pkt 60.

52 — Artykuł 9 ust. 3 umowy o ochronie inwestycji.

a) „Uczciwe i sprawiedliwe traktowanie” na podstawie art. 4 umowy o ochronie inwestycji

85. W odniesieniu do art. 4 umowy o ochronie inwestycji Komisja twierdzi, że ATEL nie przysługiwało uzasadnione oczekiwanie, że ramy prawne pozostaną niezmienione. W szczególności ATEL powinna być świadoma, że Republika Słowacka miała przystąpić do Unii, skoro zawarła już układ europejski i złożyła wniosek o przystąpienie do Unii.

86. Republika Słowacka argumentuje, że w czasie dokonywania inwestycji w 1997 r. ATEL nie mogła przewidywać daty przystąpienia Słowacji. W żadnym przypadku nie oczekiwała pozbawienia jej tej inwestycji, szczególnie ze względu na fakt, iż ówczesna polityka Unii wskazywała na chęć rozwijania zdolności przesyłowych energii elektrycznej, także poza Europą, w wyniku dyrektywy 90/547/EWG⁵³.

87. Jest prawdą, że układ chronologiczny przystąpienia Republiki Słowackiej był odmienny na tle innych krajów, które przystąpiły w tym samym czasie. Republika Słowacka podpisała układ stowarzyszeniowy w dniu 4 października 1993 r., zaś premier Słowacji złożył wniosek o przystąpienie do Unii na posiedzeniu Rady Europejskiej w Cannes w dniu 27 czerwca 1995 r. Jednakże dopiero w trakcie Rady Europejskiej w Helsinkach w grudniu

1999 r. Słowacja została zaproszona do rozpoczęcia negocjacji w sprawie przystąpienia do Unii. Nastąpiło to później w stosunku do daty, w której pierwsza grupa państw kandydujących, które przystąpiły do Unii w tym samym czasie co Słowacja, zostały zaproszone do negocjacji⁵⁴.

88. Ten układ chronologiczny może sugerować, że w 1997 r. inwestor nie mógł być pewien lub oczekiwać, czy i w jakim dniu Republika Słowacka przystąpi do Unii, ponieważ jej status pozostawał niepewny.

89. Czy pomimo tego ATEL powinna była jednak oczekiwać, że ramy prawne pozostaną niezmienione?

90. Brzmienie literalne art. 4 umowy o ochronie inwestycji wskazuje, że chroniąc inwestycje, państwo przyjmujące nie będzie naruszać inwestycji przez nieuzasadnione lub dyskryminacyjne środki. Ponadto inwestycje będą traktowane sprawiedliwie i nie mniej korzystnie niż inwestycje dokonywane przez jego własnych inwestorów.

53 — Dyrektywa Rady z dnia 29 października 1990 r. w sprawie przesyłu energii elektrycznej poprzez sieci przesyłowe (Dz.U. L 313, s. 30).

54 — Rada Europejska w Luksemburgu zdecydowała w grudniu 1997 r., że negocjacje w sprawie przystąpienia zostaną rozpoczęte z sześcioma krajami kandydującymi (Republika Czeska, Republika Estońska, Republika Cypryjska, Republika Węgierska, Rzeczpospolita Polska i Republika Słowenii) w 1998 r. Konkluzje Prezydencji – Rada Europejska w Luksemburgu, 12–13 grudnia 1997 r.; Rada Unii Europejskiej, 16 kwietnia 2004 r., SN400/97. Dostępne na stronie internetowej <http://ue.eu.int/en/info/eurocouncil/>.

91. Poziom ochrony zapewniany w całości przez art. 4 moim zdaniem nie wskazuje, że ramy prawne i gospodarcze nigdy nie ulegną zmianie, lecz po prostu że zmiany nie będą arbitralne, nie wpłyną na inwestora zagranicznego w nieuzasadniony i dyskryminacyjny sposób w porównaniu z inwestorami krajowymi dokonującymi inwestycji na tym terytorium.

92. Wniosek ten wydaje się znajdować potwierdzenie w praktyce arbitrażowej. Co do zasady występuje obowiązek niezmiennia środowiska prawnego i gospodarczego, w którym dokonano inwestycji⁵⁵. Jednakże w kontekście inwestycji w kraju przechodzącym transformację po okresie komunizmu trybunały arbitrażowe uznawały, że inwestor nie ma uzasadnionych oczekiwań, iż ustawodawstwo pozostanie niezmienione⁵⁶. W takich sytuacjach od inwestora należałoby oczekiwać zmniejszenia swojego stopnia narażenia na niestabilne środowisko prawne poprzez zawarcie klauzuli stabilizacyjnej lub innego postanowienia chroniącego go przed

niepożądanymi zmianami. Zaniechanie dokonania takich czynności może prowadzić do wniosku, że inwestor wziął na siebie skalkulowane ryzyko gospodarcze i akceptuje, że może dojść do zmian w prawie, które mogą lub wręcz prawdopodobnie będą szkodliwe dla jego inwestycji⁵⁷.

93. Z orzeczeń tych wynika, że zmiany w prawie powinny być dokonane specjalnie w celu zaszkodzenia inwestycji⁵⁸, chyba że państwo złożyło odmiennie zapewnienie, które skłoniło inwestora do dokonania inwestycji.

94. Pomimo tego nie jestem przekonany, że zmiana ram prawnych, z którą została skonfrontowana ATEL, nie jest nieodpowiednia, gdyż stoi ona w obliczu całkowitej utraty świadczenia wzajemnego za jej inwestycję.

95. Tytułem przykładu zmiany w prawie, przed którą prywatny inwestor nie jest chroniony, można by wspomnieć o przypadku, w którym zagraniczne biuro podróży

55 — Zobacz np. *Occidental Exploration and Production Company przeciwko Republice Ekwadoru*, orzeczenie ostateczne, London Court of International Arbitration, sprawa nr UN 3467.

56 — W sprawie arbitrażowej *Parkerings-Compagniet przeciwko Republice Litewskiej* (ICSID sprawa nr ARB/05/8) jej okoliczności faktyczne wystąpiły w latach 1991–1999 „w następstwie stopniowej przemiany Litwy w latach 1991–1997 z republiki radzieckiej w kandydata do członkostwa w Unii Europejskiej i gospodarkę rynkową” (pkt 51 orzeczenia). W sprawie *Eastern Sugar przeciwko Republice Czeskiej* (SCC No. 088/2004) trybunał arbitrażowy uznał, że samo wprowadzenie uregulowań dotyczących cukru podobnych do systemu UE w perspektywie przystąpienia Republiki Czeskiej do UE nie stanowi naruszenia zasady uczciwego i sprawiedliwego traktowania, naruszenie miało jednak miejsce, kiedy regulacje nieuczciwie i niesprawiedliwie dotyczyły konkretnego przedsiębiorstwa (pkt 271–274, 284–287 i 333–338). Zobacz także orzeczenie *Genin przeciwko Estonii* (ICSID sprawa nr ARB/99/2) (pkt 356).

57 — Wyżej wymienione w przypisie 56 orzeczenie w sprawie *Parkerings*, pkt 336.

58 — Zobacz np. ww. w przypisie 56 orzeczenia: w sprawie *Parkerings*, pkt 337; w sprawie *Eastern Sugar*, pkt 335.

uczestniczy w finansowaniu ośrodka wczasowego w zamian za prawo do korzystania maksymalnie z 20% bazy noclegowej przez 20 lat. Atrakcyjność ośrodka wczasowego opiera się na bliskości obszaru ochrony środowiska. Jeżeli ośrodek wczasowy straci rentowność z powodu nowych regulacji zakazujących wstępu turystów do obszaru chronionego, nie można twierdzić, że uzasadnione oczekiwania inwestora zostały naruszone, chyba że dane państwo bezpośrednio lub pośrednio uczestniczyło w umowie lub w inny sposób składało obietnice kontynuacji dotychczasowego stanu. Z drugiej strony, jeżeli państwo w celu popierania równego dostępu do obszaru chronionego wprowadza nowe regulacje, według których wszystkie biura podróży powinny mieć ten sam status w zakresie korzystania z bazy noclegowej nowego ośrodka, sytuację taką należy oceniać odmiennie. Inwestor nie powinien być zmuszony do przewidywania interwencji regulacyjnych, które obracają dokonaną legalnie prywatną inwestycję w dobro wspólne, a przez to pozbawione dla niego wartości.

96. Dlatego też, nawet jeżeli ATEL powinna była się spodziewać zmiany ram prawnych, wątpliwe jest, aby powinna była przewidzieć zmianę w prawie pozbawiającą ją możliwości korzystania z uprzywilejowanego

używania własności, którą nabyła w wyniku inwestycji⁵⁹.

b) Wywłaszczenie na tle art. 6 umowy o ochronie inwestycji

97. Artykuł 6 umowy o ochronie inwestycji stanowi, że umawiające się strony nie podejmą bezpośrednio lub pośrednio działań wywłaszczeniowych lub innych działań o takim samym charakterze lub równoważnym skutku w stosunku do inwestycji. Może to być przedmiotem działań, które zostaną podjęte w interesie publicznym, nie będą miały charakteru dyskryminacyjnego i będą podjęte zgodnie z właściwą procedurą prawną oraz za skutecznym i właściwym odszkodowaniem.

98. Komisja podnosi, że art. 6 umowy o ochronie inwestycji nie stanowi zobowiązania międzynarodowego do utrzymania w mocy umowy, ponieważ naruszenie tej umowy nie stanowiłoby wywłaszczenia.

59 — Uważam, że prawo, które przysługuje ATEL na mocy umowy, może stanowić prawa własności w rozumieniu art. 1 pierwszego protokołu dodatkowego do europejskiej konwencji praw człowieka. W odniesieniu do szerokiego pojęcia „własności” chronionej na podstawie art. 1 pierwszego protokołu do europejskiej konwencji praw człowieka zob. D. Harris, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 656–662. W odniesieniu do orzecznictwa dotyczącego inwestycji zob. np. wyrok ETPC z dnia 9 grudnia 1994 r. w sprawie Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis przeciwko Grecji (skarga nr 13427/87).

Podnosi, że ingerencja państwa w uprawnienia inwestycyjne wykonawcy rzadko ma taki charakter, iż stanowi ona pośrednie wywłaszczenie.

na szerokim sformułowaniu art. 6 umowy o ochronie inwestycji, jest oczywiste, że podjęte przez Słowację działanie polegające na wypowiedzeniu umowy będzie kolidować z prawami ATEL: zostanie ona pozbawiona *jedynego* zysku, który jej przysługuje w związku z inwestycją⁶¹.

99. Republika Słowacka podnosi, że sytuacja taka stanowiłaby pośrednie wywłaszczenie. Jej zdaniem wywłaszczenie jest działaniem państwa ujemnie wpływającym na zarządzanie, osiąganie korzyści lub wartość inwestycji, i dochodzi do skutku, gdy działanie publiczne jest nieodwracalne, trwałe i wpływa na inwestycję w taki sposób, że dochodzi do utraty części tejże inwestycji⁶⁰.

100. Artykuł 6 umowy o ochronie inwestycji jest sformułowany w dość szeroki sposób. Obejmuje nie tylko bezpośrednio lub pośrednio wywłaszczenie, ale także środki o równoważnym skutku. Przewiduje zatem szeroką ochronę inwestycji.

102. Komisja twierdzi, że wywłaszczenie nie jest bezprawne, ponieważ art. 6 umowy o ochronie inwestycji stanowi o wypłacie odszkodowania w przypadku wywłaszczenia. Z tego względu jej zdaniem nie istnieje zobowiązanie do niewywłaszczania, lecz zobowiązanie do niewywłaszczania *bez odszkodowania*, a uznawanie tego za postanowienie mogące uzasadniać dyskryminacyjne traktowanie byłoby równoznaczne z przyjęciem, że dopuszczalny jest argument odwołujący się

101. Opierając się w niniejszej sprawie na tym rozumieniu wywłaszczenia, jak również

61 — Warto wskazać, że potrzeba zgodności z prawem Unii niekoniecznie usprawiedliwia środki podjęte przez państwo przyjmujące, które są niezgodne z dwustronną umową inwestycyjną. Z tego względu trybunał arbitrażowy w orzeczeniu w sprawie ADCIADMC przeciwko Węgrom nie uznał, aby zgodność z prawem Unii (operacje naziemne na lotnisku w Budapeszcie musiały zostać zharmonizowane z unijną dyrektywą 96/97 i kontrola ruchu lotniczego musiała zostać oddzielona od usług w zakresie eksploatacji lotnisk stosownie do prawa Unii) nakazywała podjęcie środków przez państwo przyjmujące przeciwko zagranicznemu inwestorowi. Środki te zostały uznane za wywłaszczenie, a przez to za sprzeczne z zobowiązaniami Węgier na podstawie dwustronnej umowy inwestycyjnej podlegającej ocenie. Zobacz ADCIADMC przeciwko Węgrom (ICSID sprawa nr ARB/03/16).

60 — Orzeczenie z dnia 27 sierpnia 2008 r. w sprawie Plama Consortium Limited przeciwko Republice Bułgarii (ICSID sprawa nr ARB/03/24).

do ciężaru finansowego, co stoi w sprzeczności z orzecznictwem Trybunału⁶².

interes społeczny i w pełnym poszanowaniu praw człowieka i praw podstawowych.

103. Moim zdaniem argumentacja ta stawia środek zaradczy przed prawem. Artykuł 6 zawiera prawo do odszkodowania w wyniku naruszenia przysługującego inwestorowi prawa, że nie zostanie on wyłączone. Prawo do odszkodowania nie zaprzecza istnieniu prawa, że nie zostanie się wyłączone, a zatem na Republice Słowackiej ciąży zobowiązanie międzynarodowe w rozumieniu art. 307 WE do niewyłączenia co do inwestycji, chyba że zostaną spełnione przesłanki określone w art. 6, przy czym odszkodowanie jest tylko jedną z tych przesłanek.

104. Moim zdaniem legalne wyłączenie nie jest środkiem politycznym ad hoc stosowanym wobec znanego inwestora, nawet jeżeli łągodzi się je odszkodowaniem, lecz opiera się na zastosowaniu istniejących wcześniej ram prawnych w określonych wcześniej sytuacjach charakteryzowanych przez nadrzędny

105. Wniosek ten jest poparty analizą tego, co Republika Słowacka powinna zrobić w celu osiągnięcia stanu zdaniem Komisji zgodnego z prawem na gruncie dyrektywy 2003/54. Stroną umowy nie jest Republika Słowacka, lecz SEPS, który nie jest uprawniony do wypowiedzenia jej. Umowa podlega wykładni zgodnej z prawem austriackim, zatem Republika Słowacka nie może zmienić jej treści lub skutków za pomocą swojego ustawodawstwa lub też pozbawić jej skutków prawnych. Słowackie prawo, które stwierdzałoby, że umowy zapewniające priorytetowy dostęp do sieci przesyłowych są nieważne i bezskuteczne w Słowacji, nie zmieniłoby faktu, że SEPS pozostałby prawnie związany umową. Z tego względu jedynym dającym się wyobrazić sposobem, w jaki Republika Słowacka mogłaby się wywiązać ze swoich obowiązków w niniejszej sprawie, byłoby przyjęcie przepisów skierowanych do SEPS i uniemożliwiających mu wykonywanie umowy. Moim zdaniem stanowiłoby to wyłączenie lub środek o równoważnym skutku, a ponadto mogłoby być sprzeczne z nakazem uczciwego i sprawiedliwego traktowania.

106. Ponadto ze względu na to, że prawo Unii aktualnie dopuszcza odstępstwa od zasady niedyskryminacyjnego dostępu do sieci przesyłowych energii elektrycznej, nie można twierdzić, że wyłączenie w odniesieniu do inwestycji ATEL jest wymagane z uwagi na

62 — Wyrok z dnia 20 lutego 1986 r. w sprawie 309/84 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 599, pkt 17. Pragnę zauważyć, że w aktach nie ma wskazania, aby ATEL zaoferowano odszkodowanie w związku z nowym stanem rzeczy. Ponadto finansowa rekompensata udzielona inwestorowi w zamian za utratę wartości zakazanej korzyści wynikającej z dyskryminacji mogłaby być problematyczna z punktu widzenia pomocy publicznej. W tej kwestii zob. np. T. Eilmansberfer, *Bilateral Investment Treaties and EU law*, *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46 s. 383, 423 i przypisy 171.

interes publiczny. Nie może być także uznane za nieposiadające charakteru niedyskryminacyjnego, gdyż występuje luka pomiędzy zakończeniem okresu, w którym odstępstwo jest dopuszczalne na podstawie art. 24 dyrektywy 96/92, a wejściem w życie art. 7 rozporządzenia nr 1228/2003. Ta luka oznacza, że niektóre inwestycje mogą być przedmiotem odstępstwa, podczas gdy inne nie są objęte tą możliwością, co oznacza z kolei, że środek ten nie może być uznany za niedyskryminacyjny.

narusza swoje zobowiązania wynikające z art. 9 i 20 dyrektywy 2003/54.

107. Musi to prowadzić do wniosku, że istnieje zobowiązanie międzynarodowe w rozumieniu art. 307 akapit pierwszy WE i że Republika Słowacka nie może zmusić SEPS do nieprzestrzegania postanowień umowy bez naruszenia jej zobowiązań wynikających z umowy o ochronie inwestycji.

109. Dochodząc do tego wniosku, nie czynię tego bez wahania. Choć zastosowanie art. 307 WE usprawiedliwia taki wniosek, na pierwszy rzut oka wydaje się on sprzeczny z ideą liberalizacji rynku, którą ma na celu promować dyrektywa 2003/54. Jednakże do wyciągnięcia takiego wniosku przekonuje mnie fakt, że taki wniosek nie jest niezgodny z uregulowaniami dotyczącymi odstępstwa przewidzianymi w art. 24 dyrektywy 96/92 i art. 7 rozporządzenia nr 1228/2003, które dopuszczają w przypadku inwestycji w obszarze energetyki przyznanie w drodze wyjątku czasowego uprzywilejowanego dostępu.

c) Wniosek w przedmiocie zobowiązania międzynarodowego

108. W konsekwencji traktat nie może mieć wpływu na takie zobowiązanie, zaciągnięte przed wejściem w życie traktatu, wobec czego nie można uznać, że Republika Słowacka

110. Ponadto niniejsza sprawa nie stanowi zagrożenia dla liberalizacji rynku, ponieważ ATEL jest spółką pochodzącą z państwa trzeciego, a nie lokalnym monopolistą posiadającą uprawnienie, które zostało nabyte przed przystąpieniem Republiki Słowackiej, na określony czas i nie może być odnowione po upływie tym okresu.

V — Wnioski

111. W wyniku powyższego proponuję, aby Trybunał oddalił skargę i obciążył Komisję kosztami.