



# Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
MACIEJA SZPUNARJA,  
predstavljeni 3. marca 2021<sup>1</sup>

**Zadeva C-741/19**

**Republika Moldavija**  
**proti**  
**družbi Komstroy, pravni naslednici družbe Energoalians**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo cour d'appel de Paris (višje sodišče v Parizu, Francija))

„Predhodno odločanje – Pogodba o energetski listini – Pojem ‚naložba‘ – Spori med investitorjem in pogodbenico – Položaj, ki je povsem zunaj pravnega reda Unije – Pristojnost Sodišča“

## I. Uvod

1. Določbe Pogodbe o energetski listini<sup>2</sup> (v nadaljevanju: PEL) so bile – odkar jo je pred skoraj 30 leti podpisala Evropska unija – predmet vprašanj za predhodno odločanje le dvakrat, in to vključno s to zadevo.<sup>3</sup> Ta zadeva je torej edinstvena, najprej ker se z njo Sodišču ponuja dobrodošla priložnost, da se izreče o pomenu določb, ki do zdaj še niso bile razložene.
2. Dalje, spor, v okviru katerega se postavljajo zadevna vprašanja za predhodno odločanje, ne zadeva niti Unije niti držav članic: poteka med Republiko Moldavijo in ukrajinsko družbo, zato se na prvi pogled zdi, da ni povezan z Unijo.
3. Nazadnje, po moji analizi bi morala ta zadeva Sodišče pripeljati do tega, da se izreče o pomembnem vprašanju, to je združljivosti mehanizma reševanja sporov, uvedenega s PEL, s pravom Unije, po zgledu sodbe Achmea<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Jezik izvirnika: francoščina.

<sup>2</sup> Podpisana v Lizboni 17. decembra 1994 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 12, zvezek 1, str. 199) in v imenu Evropske unije odobrena s Sklepom Sveta in Komisije z dne 23. septembra 1997 o Pogodbi o energetski listini in Protokolu k energetski listini o energetski učinkovitosti in s tem povezanimi okoljskimi vidiki, ki so ju sklenile Evropske skupnosti (98/181/ES, ESPJ, Euratom) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 12, zvezek 2, str. 24).

<sup>3</sup> Drugi zadevi, ki se nanašata na razlago PEL, sta združeni zadevi Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) in drugi (C-798/18 in C-799/18), ki sta pred Sodiščem še v teku.

<sup>4</sup> Sodba z dne 6. marca 2018 (C-284/16, v nadaljevanju: sodba Achmea, EU:C:2018:158).

## II. Pravni okvir

### A. PEL

4. Unija je PEL podpisala 17. decembra 1994, v njenem imenu pa je bila odobrena s Sklepom 98/181. Pogodbenice PEL so tudi vse države članice razen Italijanske republike in 28 tretjih držav.

5. V uvodu PEL je navedeno:

„Pogodbenice te pogodbe,

[...]

ob upoštevanju Evropsko energetske listine, ki je bila sprejeta v Sklepem dokumentu haaške konference o Evropski energetske listini, podpisanem v Haagu 17. decembra 1991;

[...]

v želji izvajati temeljno zamisel pobude Evropske energetske listine, to je pospešiti gospodarsko rast z ukrepi za liberalizacijo naložb v energetiko in trgovine z energijo;

[...]“

6. PEL je sestavljena iz uvoda in osmih delov. Deli I, II, III in V so naslovljeni „Opredelitev pojmov in namen“, „Trgovina“, „Pospeševanje in varstvo naložb“ ter „Reševanje sporov“.

7. Člen 1 PEL, naslovljen „Opredelitev pojmov“, določa:

„V tej pogodbi:

[...]

6. ‚Naložba‘ pomeni vsako vrsto sredstev, ki jih ima neposredno ali posredno v lasti ali pod nadzorom kak investitor, in vključuje:

[...]

(c) denarne terjatve in zahtevke za izvajanje pogodbenih storitev, ki imajo gospodarsko vrednost in so povezane z naložbo;

[...]

(f) vsako pravico, zagotovljeno [...] [s] pogodbo, [...] za izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki.

[...]

„Naložba“ se nanaša na vsako naložbo, ki je povezana z gospodarsko dejavnostjo v energetiki, in na naložbe ali vrste naložb, ki jih je pogodbenica na svojem območju označila kot „projekte za učinkovito izvajanje [Evropske energetske] [l]istine“ in o tem obvestila Sekretariat.

7. „Investitor“ pomeni:

(a) za pogodbenico

- (i) fizično osebo, ki ima državljsanske pravice ali državljanstvo pogodbenice ali pa ima stalno prebivališče v tej državi pogodbenici v skladu z njeno ustrezno zakonodajo;
- (ii) družbo ali drugo organizacijo, organizirano v skladu z njeno ustrezno zakonodajo v tej pogodbenici;

(b) za „tretjo državo“, fizično osebo, družbo ali drugo organizacijo, ki *mutatis mutandis* izpolnjuje pogoje iz pododstavka (a) za pogodbenico.

8. „Uresničiti naložbe“ ali „uresničevanje naložb“ pomeni začetek izvajanja nove naložbe, pridobitev vseh ali dela obstoječih naložb ali prehod na druga področja naložbene dejavnosti.

[...]

10. „Območje“ pomeni za državo pogodbenico:

(a) ozemlje pod njeno suverenostjo, pri čemer se razume, da to ozemlje vključuje kopno, notranje vode in teritorialno morje,

in

(b) pod pogoji mednarodnega pomorskega prava in v skladu z njim morje, morsko dno in njegovo podzemlje, na katerih pogodbenica uresničuje suverene pravice in so pod njeno jurisdikcijo.

Za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje, ki je pogodbenica, območje pomeni območja držav članic te organizacije po določbah, vsebovanih v sporazumu o ustanovitvi te organizacije.

[...]“

8. Člen 26 PEL, naslovljen „Reševanje sporov med investitorjem in pogodbenico“, določa:

„1. Spori med pogodbenico in investitorjem druge pogodbenice v zvezi z naložbo druge pogodbenice na območju prve pogodbenice, ki zadevajo domnevno kršitev obveznosti prve pogodbenice iz dela III, se, če je mogoče, rešujejo po mirni poti.

2. Če spora v treh mesecih od datuma, ko je ena od strank v sporu zahtevala mirno rešitev spora, ne bi bilo mogoče rešiti v skladu z določbami iz odstavka 1, lahko investitor, ki je stranka v sporu, po svoji izbiri preda spor v reševanje:

(a) rednim sodiščem ali upravnim sodiščem pogodbenice v sporu;

[ali]

(b) v skladu s kakršnim koli ustreznim in vnaprej dogovorjenim postopkom za reševanje spora;  
[...]

[ali]

(c) v skladu z odstavki v nadaljevanju tega člena.

[...]

6. Razsodišče, ustanovljeno po odstavku 4, odloča o spornih zadevah v skladu s to pogodbo in veljavnimi pravili in načeli mednarodnega prava.

[...]“

## **B. Francosko pravo**

9. V skladu s členom 1520 francoskega zakonika o civilnem postopku je ničnostna tožba zoper arbitražno odločbo, izdano v Franciji, med drugim dopustna le, če se je arbitražno sodišče napačno izreklo za pristojno ali nepristojno.

## **III. Dejansko stanje v sporu o glavni stvari, vprašanja za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem**

10. Družba Ukrenergo, ukrajinska proizvajalka električne energije, je na podlagi dveh pogodb, sklenjenih 1. in 24. februarja 1999, prodajala električno energijo družbi Energoalians, ukrajinski distributerki električne energije, ki jo je nato prodajala naprej družbi Derimen Properties Limited (v nadaljevanju: Derimen), registrirani na Britanskih Deviških otokih, ta pa jo je naprej prodajala družbi Moldtranselectro, moldavskemu javnemu podjetju. Količine električne energije, ki jih je bilo treba dobaviti, so bile vsak mesec določene neposredno med družbo Moldtranselectro in družbo Ukrenergo, ki je to električno energijo dobavila pod pogoji „DAF Incoterms 1990“, to je do meje med Ukrajino in Moldavijo na ukrajinski strani.

11. Električna energija je bila dobavljena v letih 1999 in 2000, razen od maja do julija 1999. Družbi Energoalians je morala za vsakomesečno dobavo plačevati družba Derimen, ta pa je morala prejeti plačilo od družbe Moldtranselectro. Cene, ki so veljale za plačilo, so bile določene z aneksi k pogodbi z dne 24. februarja 1999, v skladu s katerimi je bila cena, ki jo je družbi Derimen plačala družba Moldtranselectro, približno dvakrat višja od tiste, ki jo je družba Derimen plačala družbi Energoalians.

12. Družba Derimen je družbi Energoalians plačala ceno za vso kupljeno električno energijo, medtem ko je družba Moldtranselectro družbi Derimen plačala le delno.

13. Družba Derimen je s pogodbo z dne 30. maja 2000 svojo terjatev do družbe Moldtranselectro prenesla na družbo Energoalians.

14. Družba Moldtranselectro je svoj dolg delno poravnala s tem, da je na družbo Energoalians prenesla več terjatev, ki jih je imela. Družba Energoalians je poplačilo preostanka svoje terjatve nato zaman poskušala doseči v postopkih pred moldavskimi in ukrajinskimi sodišči.

15. Ker so po mnenju družbe Energoalians nekatera ravnanja Republike Moldavije pomenila resne kršitve obveznosti na podlagi PEL, je ta družba sprožila arbitražni postopek, predviden v členu 26 te pogodbe.

16. *Ad hoc* arbitražno sodišče se je z odločbo, izdano v Parizu 25. oktobra 2013 z večino glasov, izreklo za pristojno, in ker je menilo, da je Republika Moldavija kršila svoje obveznosti, ki izhajajo iz PEL, ji je naložilo plačilo določenega zneska družbi Energoalians na podlagi te pogodbe. Predsednik *ad hoc* arbitražnega sodišča je glede pristojnosti arbitražnega sodišča podal ločeno odklonilno mnenje.

17. Republika Moldavija je zoper to odločbo vložila ničnostno tožbo, pri čemer je navajala kršitve določbe javnega reda, in sicer določbe v zvezi s pristojnostjo *ad hoc* arbitražnega sodišča v skladu s členom 1520 francoskega zakonika o civilnem postopku.

18. Cour d'appel de Paris (višje sodišče v Parizu, Francija) je s sodbo z dne 12. aprila 2016 odločbo razveljavilo, ker se je arbitražno sodišče napačno izreklo za pristojno. Presodilo je, da se spor med družbo Energoalians in Republiko Moldavijo nanaša na terjatev, ki jo je družba Derimen prenesla in katere edini predmet je bila prodaja električne energije. Zaradi neobstoja kakršnega koli vložka pa se ta terjatev po njegovem mnenju ni mogla šteti za naložbo v smislu PEL in zato ni mogla biti podlaga za pristojnost arbitražnega sodišča.

19. Cour de cassation (kasacijsko sodišče, Francija) je po pritožbi, ki jo je vložila družba Komstroy, ki je z aktom o prenosu z dne 6. oktobra 2014 postala pravna naslednica družbe Energoalians, s sodbo z dne 28. marca 2018 v celoti razveljavilo sodbo z dne 12. aprila 2016 in stranke napotilo pred cour d'appel de Paris (višje sodišče v Parizu) v drugačni sestavi.

20. Republika Moldavija pred zadnjenavedenim trdi, da bi se moralo arbitražno sodišče izreči za nepristojno zaradi neobstoja „naložbe“ v smislu PEL, ki bi jo podjetje iz pogodbenice PEL „uresničilo“ „na območju“ Moldavije. Trdi, da terjatev, ki jo je družba Energoalians pridobila od družbe Derimen, ni „naložba“ v smislu člena 26(1) PEL ob upoštevanju člena 1, točka 6, te pogodbe in zato ne more biti predmet arbitražnega postopka, ki je predviden le za del III PEL, ki se nanaša ravno na naložbe. Dalje, tudi če se predpostavi, da bi ta terjatev lahko pomenila naložbo, te ne bi „uresničilo“ podjetje iz pogodbenice, ker je družba Derimen podjetje z Britanskih Deviških otokov. Nazadnje, zadevna terjatev naj bi se vsekakor nanašala na prodajo električne energije, ki ni bila izvedena „na območju“ Moldavije, ker je bila električna energija prodana in pripeljana le do meje med Ukrajino in Moldavijo na ukrajinski strani.

21. Družba Komstroy pa meni, da je bilo arbitražno sodišče pristojno na podlagi člena 26 PEL, ker so bili izpolnjeni vsi pogoji iz te določbe, saj se je obravnavala naložba, uresničena na območju Moldavije.

22. Ob upoštevanju navedenega je cour d'appel de Paris (višje sodišče v Parizu) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. [Ali je treba člen 1, točka 6, PEL] razlagati tako, da je terjatev na podlagi pogodbe o prodaji električne energije, ki ni povezana z nobenim vložkom vlagatelja v državi gostiteljici, lahko ‚naložba‘ v smislu tega člena?
2. [Ali je treba člen 26(1) PEL] razlagati tako, da je to, da vlagatelj iz pogodbenice pridobi terjatev, nastalo pri gospodarskem subjektu, ki ni iz ene od držav pogodbenic, naložba?
3. [Ali je treba člen 26(1) PEL] razlagati tako, da je terjatev, ki jo ima vlagatelj na podlagi pogodbe o prodaji električne energije, dobavljene do meje države gostiteljice, lahko naložba, uresničena na območju druge pogodbenice, če vlagatelj na ozemlju zadnjenavedene države ne opravlja nobene gospodarske dejavnosti?“

23. Pisna stališča so predložile Republika Moldavija, nemška, španska in poljska vlada ter Evropska komisija.

24. Na obravnavi, ki je potekala 17. novembra 2020, so bila ustno predstavljena stališča v imenu Republike Moldavije, družbe Komstroy, francoske, nemške, španske, italijanske, madžarske, nizozemske, poljske, finske in švedske vlade ter Sveta Evropske unije in Komisije.

#### **IV. Analiza**

25. Obravnavana zadeva je nova. Po eni strani se vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo predložitveno sodišče, nanašajo na razlago nekaterih določb PEL, o katerih Sodišče do zdaj še ni odločalo. Po drugi strani spor o glavni stvari poteka med tretjo državo, ki ni v Uniji, Republiko Moldavijo, in podjetjem iz še ene tretje države, Ukrajine.

26. Zato bi se lahko podvomilo o pristojnosti Sodišča, da odgovori na postavljena vprašanja, ker gre za razlago mednarodne konvencije v okviru spora, ki ima vsaj na prvi pogled značilnosti „povsem zunanjega“ položaja.

27. Zato moram pred vsebinsko obravnavo vprašanj za predhodno odločanje (B) najprej preučiti, ali je podana pristojnost Sodišča (A).

#### **A. Pristojnost Sodišča**

28. Najprej poudarjam, da člen 267 PDEU določa, da je Sodišče pristojno za predhodno odločanje o razlagi aktov institucij Unije, pri čemer se razume, da je mednarodni sporazum, ki ga je sklenil Svet, v skladu s členoma 217 in 218 PDEU tak akt. Ker so določbe takega sporazuma od začetka njegove veljavnosti sestavni del pravnega reda Unije, je Sodišče pristojno za predhodno odločanje v zvezi z razlago tega sporazuma.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Sodbe z dne 30. aprila 1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, točki 2 in 4); z dne 15. junija 1999, Andersson in Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, točka 26), in z dne 7. junija 2018, KP (C-83/17, EU:C:2018:408, točka 24).

29. Ker je bila PEL podpisana in odobrena v imenu Unije, jo je treba šteti za akt, ki so ga sprejele institucije Unije, v smislu člena 267 PDEU. Na prvi pogled je torej Sodišče pristojno za odločanje o določbah PEL.

30. Vendar taka ugotovitev ni dovolj za zagotovitev pristojnosti Sodišča. Zadeva v glavni stvari namreč ne vključuje niti Unije niti držav članic. Zato je treba preučiti, ali ta element lahko vpliva na pristojnost Sodišča za odgovor na vprašanja za predhodno odločanje.

### **1. Sodna praksa v zvezi z razlago določb mednarodnega sporazuma glede njihove uporabe zunaj pravnega reda Unije**

31. Iz sodne prakse izhajajo nekatera pojasnila glede pristojnosti Sodišča za razlago mednarodnega sporazuma. Zlasti v sodbah Andersson in Wåkerås-Andersson<sup>6</sup> ter Salzmann<sup>7</sup> je Sodišče v zvezi z določbami sporazuma o Evropskem gospodarskem prostoru z dne 2. maja 1992 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 12, zvezek 2, str. 24, v nadaljevanju: Sporazum EGP) presodilo, da Sodišče ni pristojno za odločanje o razlagi nekega sporazuma glede njegove uporabe v tretjih državah.

32. Če bi se ta sodna praksa uporabila za zadevo v glavni stvari, bi se moralo Sodišče izreči za nepristojno za odločanje o razlagi PEL v zvezi s sporom med družbo iz tretje države in drugo tretjo državo. Vendar menim, da v tem primeru takšna rešitev ni pravilna.

33. Ugotovitve, do katere je Sodišče prišlo v sodbah Andersson in Wåkerås-Andersson<sup>8</sup> ter Salzmann<sup>9</sup>, in sicer da ni pristojno za razlago določb Sporazuma EGP, ni mogoče razumeti ločeno, ne da bi se preučili razlogi, ki so pripeljali do take ugotovitve. Njegovo sklepanje temelji na dveh elementih.

34. Po eni strani je Sodišče izpostavilo, da njegova pristojnost za razlago določb prava Unije velja le za Unijo.<sup>10</sup> Povedano drugače, Sodišče se ne šteje za pristojno za razlago določb, ki se uporabljajo zunaj pravnega reda Unije.

35. Po drugi strani je nepristojnost Sodišča utemeljena tudi s tem, da je v samem besedilu Sporazuma EGP pristojnost za razlago določb tega sporazuma dodeljena Sodišču Evropskega združenja za prosto trgovino (Efta),<sup>11</sup> kar zadeva njegovo uporabo zunaj pravnega reda Unije, pri čemer se zagotovi, da je taka razlaga v skladu s sodno prakso Sodišča. Iz določb Sporazuma EGP namreč izhaja, da jih je treba zaradi tesnih povezav tega sporazuma s pravnim redom Unije, ker so po vsebini enake ustreznim pravilom iz pogodb in aktov, sprejetih za njegovo izvajanje, razlagati v skladu s sodno prakso Sodišča.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Sodba z dne 15. junija 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, točka 28).

<sup>7</sup> Sodba z dne 15. maja 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, točka 66).

<sup>8</sup> Sodba z dne 15. junija 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

<sup>9</sup> Sodba z dne 15. maja 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

<sup>10</sup> Sodbi z dne 15. junija 1999, Andersson in Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, točka 28), in z dne 15. maja 2003, Salzmann (C-300/01, EU:C:2003:283, točka 66).

<sup>11</sup> Sodbi z dne 15. junija 1999, Andersson in Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, točka 29), in z dne 15. maja 2003, Salzmann (C-300/01, EU:C:2003:283, točka 67).

<sup>12</sup> Glej člen 6 Sporazuma EGP in petnajsti odstavek preambule tega sporazuma. V zvezi s tem glej tudi Baudenbacher, C., „The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union“, v: Baudenbacher, C., (ur.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, str. od 179 do 194.

36. Glede razlogovanja Sodišča v sodbah Andersson in Wåkerås-Andersson<sup>13</sup> ter Salzmann<sup>14</sup> se mi torej zdi, da ga je vodil cilj mehanizma predhodnega odločanja, ki ga določa člen 267 PDEU, katerega namen je ravno to, da se preprečijo razhajanja pri razlagi prava Unije v okviru njenega pravnega reda.<sup>15</sup>

37. Tak cilj je poleg tega omogočil utemeljitev pristojnosti Sodišča za razlago določb prava Unije v okviru sporov, ki se ne nanašajo strogo na pravni red Unije. Sodišče je med drugim v sodbi Hermès presodilo, da obstaja jasen interes Unije, da se določba, ki se lahko uporablja tako za zadeve, ki spadajo na področje uporabe prava Unije, kot za zadeve, ki nanj ne spadajo, ne glede na okoliščine, v katerih naj bi se uporabila, razlaga enotno, da bi se izognili prihodnjim različnim razlagam. Zato se je razglasilo za pristojno za razlago določbe mednarodnega sporazuma, katerega pogodbenica je Unija, v položaju, ki ne spada na področje uporabe prava Unije.<sup>16</sup>

38. V teh okoliščinah sodb Andersson in Wåkerås-Andersson<sup>17</sup> ter Salzmann<sup>18</sup> ni mogoče razumeti tako, da se z njima sistematično izključuje pristojnost Sodišča za razlago določb prava Unije v okviru sporov, ki se ne navezujejo na pravni red Unije. Ta pristojnost je namreč na splošno priznana, če se določba, katere razlaga se zahteva, uporablja tako v položajih, ki spadajo na področje uporabe prava Unije, kot v položajih, ki nanj ne spadajo.

## ***2. Posebnosti PEL in njihov vpliv na uporabo sodne prakse, ki se nanaša nanje, v obravnavani zadevi***

39. PEL ima poleg tega nekatere posebnosti, in sicer z dveh vidikov, zaradi katerih je ni mogoče preprosto primerjati s Sporazumom EGP, ki se preučuje v sodni praksi, ki sem jo navedel.

40. Na prvem mestu, PEL ne določa nobenega sodišča, ki bi bilo pristojno za enotno razlago njenih določb v skladu z razlago, ki jo Sodišče poda v okviru svojega pravnega reda. PEL se namreč razlaga le v primeru, ko spore rešujejo različna arbitražna ali državna sodišča pogodbenic, ki zato ne morejo preprečiti razlik pri razlagi.<sup>19</sup>

41. Na drugem mestu, kot sta navedli nemška vlada v pisnem stališču in Komisija na obravnavi, je PEL – čeprav je večstranski sporazum – sestavljena iz sklopa dvostranskih obveznosti med pogodbenicami, med katerimi so Unija in države članice.<sup>20</sup> Obveznosti, uvedene s PEL, v bistvu omogočajo varstvo naložb, ki jih investitorji iz ene pogodbenice uresničujejo v drugi pogodbenici.<sup>21</sup> Kršitev ene od teh obveznosti torej ne pomeni, da lahko vse pogodbenice vedno terjajo odškodnino, saj se te obveznosti izvajajo le dvostransko, med dvema pogodbenicama.<sup>22</sup>

<sup>13</sup> Sodba z dne 15. junija 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

<sup>14</sup> Sodba z dne 15. maja 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

<sup>15</sup> Sodbi z dne 12. junija 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, točka 20), in z dne 21. julija 2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, točka 60), ter mnenje 1/09 z dne 8. marca 2011 (EU:C:2011:123, točka 83).

<sup>16</sup> Sodba z dne 16. junija 1998, Hermès (C-53/96, EU:C:1998:292, točka 32).

<sup>17</sup> Sodba z dne 15. junija 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

<sup>18</sup> Sodba z dne 15. maja 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

<sup>19</sup> Dokaz tega so polemike v arbitražni sodni praksi glede razlage pojma „naložba“, ki je predmet teh vprašanj za predhodno odločanje.

<sup>20</sup> Ki so, razen Italijanske republike, pogodbenice PEL.

<sup>21</sup> Glej na primer člen 10(1) PEL: „Vsaka pogodbenica [...] spodbuja in ustvarja ustaljene, nepristranske, ugodne in pregledne razmere za investitorje drugih pogodbenic za uresničevanje naložb na svojem območju.“

<sup>22</sup> V zvezi z dvostranskimi obveznostmi v okviru večstranskih sporazumov glej sodbo Meddržavnega sodišča z dne 5. februarja 1970 v zadevi Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgija proti Španiji), CIJ Recueil, 1970, str. 3, točki 33 in 35.



42. PEL tako določa sklop dvostranskih obveznosti, katerih cilj je na področju, ki ga pokriva, urejati odnose med pogodbenicami na eni strani ter investitorji iz ene pogodbenice in pogodbenico, na območju katere so bile naložbe uresničene, na drugi strani. Iz tega izhaja, da bi se s temi obveznostmi lahko teoretično prav tako urejali odnosi med državami članicami v sami Uniji in bi se zato lahko uporabljale v okviru pravnega reda Unije.

43. S tema posebnostma PEL v primerjavi s Sporazumom EGP se tako omejuje možnost, da bi se rešitev, sprejeta v sodbah Andersson in Wåkerås-Andersson<sup>23</sup> ter Salzmann<sup>24</sup>, glede nepristojnosti Sodišča za razlago mednarodnega sporazuma uporabila v položajih, ki so zunaj pravnega reda Unije.

44. V obravnavani zadevi predložitveno sodišče prosi Sodišče za razlago določb mednarodnega sporazuma, ki se v sporih zunaj Unije ne razlagajo enotno in v skladu s sodno prakso Sodišča ter ki bi se načeloma lahko uporabile tudi v položajih znotraj pravnega reda Unije.

45. V teh okoliščinah menim, da ni mogoče izključiti interesa Unije, da se določbe PEL razlagajo enotno. Na podlagi tega sklepam, da bi bilo treba v teh okoliščinah priznati pristojnost Sodišča za odgovor na vprašanja za predhodno odločanje v obravnavani zadevi.

### **3. Dvomi glede uporabe določb PEL v pravnem redu Unije**

46. Naj na tem mestu to trditev še omilim. Taka ugotovitev velja le, če se določbe, katerih razlaga se zahteva, dejansko lahko uporabijo v pravnem redu Unije. Če ni tako, interesa Unije za njihovo enotno razlago ni niti ni Sodišče pristojno za to razlago.

47. Po eni strani je s členom 26 PEL uveden mehanizem reševanja sporov med investitorji iz pogodbenice in pogodbenico, ki omogoča uporabo arbitražnega sodišča. V zvezi s tem je Sodišče v sodbi Achmea<sup>25</sup> presodilo, da uporaba arbitražnega sodišča, vzpostavljenega na podlagi sporazuma o varstvu in pospeševanju naložb, sklenjenega med državama članicama, v pravnem redu Unije ni dovoljena. Zdi se mi, da v teh okoliščinah iz te sodbe izhaja, da se člen 26 PEL nikoli ne uporablja v pravnem redu Unije, tako da Sodišče ni pristojno za razlago te določbe.

48. Vendar PEL ni povsem primerljiva z dvostranskim sporazumom o naložbah (v nadaljevanju: DSN), ki se preučuje v sodbi Achmea, in ima nekatere posebnosti, ki jih je treba upoštevati, da bi bilo mogoče celovito odgovoriti na vprašanje, ali je mehanizem reševanja sporov, ki ga določa, združljiv s pravom Unije. Zato Sodišče pozivam, naj izkoristi to priložnost in preuči posledice te sodbe za uporabo člena 26 PEL, saj je ta analiza potrebna za ugotovitev pristojnosti Sodišča, da odgovori na vprašanja za predhodno odločanje v zvezi z razlago te določbe.

49. Po drugi strani se v sodbi Achmea sicer ni obravnavalo splošnejše vprašanje, ali so vsebinske določbe sporazumov o varstvu in pospeševanju naložb združljive s pravom Unije, kadar se z njimi urejajo odnosi med državami članicami. Vendar je ta sodba izpostavila težave, povezane z obstojem takih sporazumov, kadar se uporabljajo v Uniji.<sup>26</sup> Postavlja se namreč vprašanje, ali se je na vsebinske določbe mogoče sklicevati v sporu med investitorjem iz ene države članice in

<sup>23</sup> Sodba z dne 15. junija 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, točka 28).

<sup>24</sup> Sodba z dne 15. maja 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, točka 66).

<sup>25</sup> Točka 60 in izrek.

<sup>26</sup> Glej v tem smislu Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu z dne 19. julija 2018 o zaščiti naložb znotraj EU, COM(2018) 547 final.

drugo državo članico pred sodišči zadnjenavedene. Zato je treba preveriti, ali se lahko po zgledu sodbe Achmea vsebinske določbe PEL štejejo za nezdržljive s pravom Unije in jih zato ni mogoče uporabljati v njenem pravnem redu.

50. S takim preverjanjem se bosta lahko opredelila interes Unije za enotno razlago določb PEL in pristojnost Sodišča za odgovor na zadevna vprašanja za predhodno odločanje.

### ***a) Uporaba mehanizma reševanja sporov, določenega v členu 26(1) PEL, v pravnem redu Unije***

51. Vprašanje, ali so mehanizmi za reševanje sporov iz sporazumov, ki zavezujejo države članice Unije, združljivi s pravom Unije, je že več let v središču živahnih razprav v pravni teoriji<sup>27</sup> in tudi v praksi<sup>28</sup>.

52. Zadeva, v kateri je bila izdana sodba Achmea, naj bi odražala in po potrebi ponazarjala konfliktno razmerje med pravom Unije in pravom naložbene arbitraže.<sup>29</sup>

#### ***1) Sodba Achmea***

53. V sodbi Achmea<sup>30</sup> je Sodišče ugotovilo, da je treba člena 267 in 344 PDEU razlagati tako, da nasprotujeta določbi iz mednarodnega sporazuma, sklenjenega med državama članicama, v skladu s katero lahko vlagatelj iz ene od teh držav članic v primeru spora v zvezi z naložbami v drugi državi članici proti tej državi članici začne postopek pred arbitražnim sodiščem, katerega pristojnost se je ta država članica zavezala sprejeti.

54. Povedano drugače, Sodišče je presodilo, da klavzula o reševanju sporov iz DSN, sklenjenega med dvema državama članicama, ni združljiva s pravom Unije.

55. V tej sodbi je Sodišče svoje razlogovanje utemeljilo s temeljnimi in nespornimi načeli prava Unije. Najprej je poudarilo, da mednarodni sporazum ne sme posegati v ureditev pristojnosti, določeno s Pogodbama, in s tem v avtonomijo pravnega sistema Unije.<sup>31</sup> Opozorilo je, da je avtonomija prava Unije utemeljena z bistvenimi značilnostmi Unije in njenega prava, ki se nanašajo zlasti na ustavno ureditev Unije in naravo navedenega prava,<sup>32</sup> za katero so značilni izvor tega prava iz avtonomnega vira, ki sta Pogodbi, njegova primarnost in neposredni učinek.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> V zvezi s pravno teorijo pred sodbo Achmea glej med drugim Eilmansberger, T., „Bilateral investment Treaties and EU Law“, *Common Market Law Review*, 2009, zv. 46, št. 2, str. od 383 do 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, zv. 39, št. 2, str. od 179 do 206; in Miron, S., „The Last Bite of the BITS – Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration“, *European Law Journal*, 2013, zv. 20, št. 3, str. od 332 do 345.

<sup>28</sup> Za ponazoritev glej Vattenfall AB in drugi proti Nemčiji (zadeva ICSID št. ARB/12/12), sklep v zvezi z družbo Achmea z dne 31. avgusta 2018; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. proti Kraljevini Španiji (zadeva ICSID št. ARB/14/1), odločba z dne 16. maja 2018; Noveregia II – Energy & Environment (SCA) (Veliko vojvodstvo Luksemburg), SICAR proti Kraljevini Španiji (zadeva SCC št. 2015/063), odločba z dne 15. februarja 2018.

<sup>29</sup> Glej med drugim Gaillard, E., „L’affaire Achmea ou les conflits de logiques“, *Revue critique de droit international privé*, 2018, št. 3, str. 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, št. 3, str. 8, in Basedow, J., „Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration“, *Journal of international economic Law*, 2020, zv. 23, št. 1, str. od 271 do 292.

<sup>30</sup> Točka 60 in izrek.

<sup>31</sup> Sodba Achmea, točka 32. Glej tudi mnenje 2/13 z dne 18. decembra 2014 (EU:C:2014:2454, točka 201 in navedena sodna praksa).

<sup>32</sup> Sodba Achmea, točka 33.

<sup>33</sup> Sodba Achmea, točka 33.

56. Nato je Sodišče pojasnilo, da pravo Unije tako temelji na osnovni premisi, da vsaka država članica z vsemi ostalimi državami članicami deli vrsto skupnih vrednot, na katerih temelji Unija, in priznava, da jih druge države članice delijo z njo. Poudarilo je tudi, da ta premisa pomeni in utemeljuje obstoj vzajemnega zaupanja med državami članicami pri priznavanju teh vrednot in torej pri spoštovanju prava Unije, s katerim se te vrednote izvajajo.<sup>34</sup>

57. Nazadnje je Sodišče opozorilo, da je bil zaradi ohranitve posebnih značilnosti in avtonomije pravnega reda Unije s Pogodbama uveden sodni sistem, katerega namen je zagotoviti skladnost in enotnost pri razlagi prava Unije.<sup>35</sup> Poleg tega je navedlo, da je bistvo tega sistema postopek predhodnega odločanja, ki je določen v členu 267 PDEU in katerega namen je zagotoviti enotnost razlage prava Unije ter tako zagotoviti njegovo skladnost, polni učinek in avtonomijo ter, nazadnje, posebno naravo prava, uvedenega s Pogodbama.<sup>36</sup>

58. Na podlagi teh načel je Sodišče po eni strani poudarilo, da je moralo arbitražno sodišče, vzpostavljeno na podlagi zadevnih določb DSN, razložiti ali celo uporabiti pravo Unije.<sup>37</sup> Po drugi strani je presodilo, da zadevno arbitražno sodišče ne spada v sodni sistem Unije, tako da bi lahko mehanizem reševanja sporov iz DSN pomenil, da se pri obravnavi sporov – čeprav se lahko nanašajo na razlago ali uporabo prava Unije – ne zagotovi polna učinkovitost predpisov Unije.<sup>38</sup>

59. Sodišče je poudarilo, da je tako, tudi če pravo držav članic določa možnost, da nacionalna sodišča opravijo nadzor nad arbitražno odločbo, ker je tak nadzor omejen in se lahko opravi le, če to dovoljuje nacionalno pravo. V tem smislu je Sodišče v sodbi Achmea razlikovalo med mehanizmom reševanja sporov iz sporazuma, ki zavezuje dve državi članici, in trgovinsko arbitražo, za katero je bilo ugotovljeno, da je združljiva s pravom Unije, ker lahko nacionalna sodišča v okviru nadzora nad arbitražnimi odločbami preučijo temeljne določbe prava Unije in so te po potrebi lahko predmet postopka predhodnega odločanja.<sup>39</sup>

60. Poudarjam namreč, da obstaja temeljna razlika med tema mehanizmoma. S postopkom trgovinske arbitraže se predpostavlja, da vsaka stranka izvaja svojo avtonomijo. Vključuje sklenitev arbitražnega sporazuma, bodisi hkrati s sklenitvijo pogodbe, na podlagi katere bodo z njo povezani spori predloženi v arbitražo, bodisi po nastanku spora. Povedano drugače, pristojnost sodišča v trgovinski arbitraži vedno izhaja iz arbitražnega sporazuma, ki se nanaša na spor, natančno opredeljen v tem sporazumu. Ni mogoče šteti, da pristojnost takega arbitražnega sodišča izhaja iz sistema sodnega varstva, ki ga zagotavlja država. Izhaja bolj iz avtonomije vsake stranke, vključene v trgovino.<sup>40</sup> Iz te avtonomije namreč izhaja možnost, da se stranke odločijo za reševanje sporov s trgovinsko arbitražo.

61. Mehanizem reševanja sporov iz mednarodnega sporazuma pa sledi drugačni logiki.<sup>41</sup> V tem primeru ta mehanizem pomeni splošno in stalno možnost arbitraže, ki jo nasprotna stranka lahko sprejme ali ne. Povedano drugače, s tem mehanizmom se država odpove možnosti, da spor med njo in investitorjem iz druge države članice, za katerega se uporablja ta sporazum,

<sup>34</sup> Sodba Achmea, točka 34. Glej tudi mnenje 2/13 z dne 18. decembra 2014 (EU:C:2014:2454, točki 168 in 173 ter navedena sodna praksa).

<sup>35</sup> Sodba Achmea, točka 35. Glej tudi mnenje 2/13 z dne 18. decembra 2014 (EU:C:2014:2454, točka 174).

<sup>36</sup> Sodba Achmea, točka 37. Glej tudi mnenje 2/13 z dne 18. decembra 2014 (EU:C:2014:2454, točka 176 in navedena sodna praksa).

<sup>37</sup> Sodba Achmea, točke od 39 do 42.

<sup>38</sup> Sodba Achmea, točke od 42 do 56.

<sup>39</sup> Sodba Achmea, točki 45 in 55.

<sup>40</sup> Glej v tem smislu Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice“, *Journal of International Arbitration*, 2015, zv. 32, št. 4, str. od 367 do 386, zlasti str. 370.

<sup>41</sup> Glede izvirnosti mehanizma glej Kessedjian, C., in Pironon, V., *Droit du commerce international*, 2. izd., Thémis, PUF, 2020, str. 209.

obravnavajo državna sodišča. Ta odpoved je sistemska, saj se lahko nanaša na vse spore, za katere se uporablja ta sporazum. S tem država ustvari mehanizem sodnega varstva, ki je zunaj njenega sodnega sistema.

62. Prav ta vidik mehanizmov naložbene arbitraže, določenih v sporazumih med državami članicami, Sodišče obravnava v sodbi Achmea: ni namreč dopustno, da bi lahko države članice na podlagi mednarodne zaveze iz sodnega sistema Unije sistematično izvzele nek sklop sporov, ki se nanašajo na razlogo ali uporabo prava Unije.

63. V teh okoliščinah je Sodišče presodilo, da bi se lahko z zadevnim mehanizmom reševanja sporov – poleg načela vzajemnega zaupanja med državami članicami – poseglo v varstvo posebne narave prava, določenega s Pogodbama, ki se zagotavlja s postopkom predhodnega odločanja iz člena 267 PDEU, in da zato ta mehanizem ni v skladu z načelom lojalnega sodelovanja.<sup>42</sup> Po njegovi presoji iz tega izhaja, da mehanizem reševanja sporov iz zadevnega DSN, na podlagi katerega lahko vsak investitor iz države članice vložijo postopek proti drugi državi članici pred arbitražnim sodiščem, posega v avtonomijo prava Unije.<sup>43</sup>

64. Končno je ta rešitev natančen izraz avtonomije prava Unije,<sup>44</sup> ki sama temelji na obstoju vzajemnega zaupanja med državami članicami, ki si delijo sklop vrednot in priznavajo dejansko delitev teh vrednot. Tako morajo države članice – razen v izrednih okoliščinah – domnevati, da vse druge države članice Unije spoštujejo pravo Unije, vključno s temeljnimi pravicami, zlasti pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred neodvisnim sodiščem, določeno v členu 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.<sup>45</sup>

65. Povedano drugače, prav zato, ker je v pravnem redu Unije sprejeto in priznано, da države članice spoštujejo sklop vrednot in pravic, iz katerih izhajata pravna država in pravica do učinkovitega pravnega sredstva, je prav tako zagotovljeno, da so investitorji iz držav članic zagotovo zadostno zaščiteni<sup>46</sup> v pravnem redu Unije, tako da ni treba uporabiti sistema zunaj sodnih sistemov držav članic.<sup>47</sup>

66. Na pomembnost teh vrednot, zlasti pravne države, je Sodišče sicer opozorilo v različnih zadevah,<sup>48</sup> pri čemer je poudarilo vlogo institucij Unije, zlasti Komisije, ki morajo skrbeti za njihovo spoštovanje.

67. S sodbo Achmea so se tako končala vprašanja o odnosih med pravom Unije in mehanizmi reševanja sporov iz DSN, sklenjenih med dvema državama članicama.

<sup>42</sup> Sodba Achmea, točka 58.

<sup>43</sup> Sodba Achmea, točka 59.

<sup>44</sup> Hess, B., *op. cit.*, str. 8.

<sup>45</sup> Mnenje 1/17 (Sporazum CETA EU - Kanada) z dne 30. aprila 2019 (EU:C:2019:341, točka 128 in navedena sodna praksa).

<sup>46</sup> Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu z dne 19. julija 2018 o zaščiti naložb znotraj EU, COM(2018) 547 final.

<sup>47</sup> Pri tem ne gre za zanikanje tega, da so arbitražna sodišča v naložbenem pravu lahko prispevala k spoštovanju pravne države. V zvezi s tem glej 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, št. 55, str. od 1025 do 1060. Vendar tak prispevek ni primerljiv z zagotavljanjem – med državami članicami Unije – priznavanja in spoštovanja temeljnih vrednot, na katerih temelji Unija, med katerimi sta spoštovanje pravne države in pravica do učinkovitega pravnega sredstva pred neodvisnim sodiščem.

<sup>48</sup> V mislih imam zlasti sodbe z dne 27. februarja 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, točki 32 in 33); z dne 24. junija 2019, Komisija/Poljska (Neodvisnost vrhovnega sodišča) (C-619/18, EU:C:2019:531, točki 43 in 47), in z dne 5. novembra 2019, Komisija/Poljska (Neodvisnost splošnih sodišč) (C-192/18, EU:C:2019:924, točka 98).

68. Sicer pa so skoraj vse države članice pozneje upoštevale to odločitev, tako da so z različnimi izjavami<sup>49</sup> izrazile svoj namen, da odpovedo obstoječe DSN med državami članicami. Po teh izjavah je 23 držav članic 5. maja 2020 sklenilo sporazum o prenehanju veljavnosti dvostranskih sporazumov o naložbah med državami članicami Unije.<sup>50</sup>

69. Pojasniti moram še, da nezdržljivost mehanizma naložbene arbitraže, določenega z mednarodnim sporazumom, s pravom Unije izhaja neposredno iz načela primarnosti prava Unije. Iz tega izhaja njegova neuporaba v pravnem redu Unije brez kakršne koli časovne omejitve, tako da na tej podlagi ni mogoče priznati pristojnosti arbitražnega sodišča.

## 2) *Obseg sodbe Achmea v zvezi s PEL*

70. V sodbi Achmea pa niso obravnavana vsa vprašanja v zvezi z razmerjem med naložbeno arbitražo in pravom Unije. Natančneje, v tej zadevi je bil sporen dvostranski sporazum med dvema državama članicama. PEL pa je – čeprav določa podoben mehanizem reševanja sporov, kot je sporni mehanizem v sodbi Achmea, ker omogoča uporabo arbitražnega sodišča – večstranski sporazum, katerega pogodbenice so Unija in države članice.

71. Zaradi teh razlik je samodejna uporaba rešitve, sprejete glede DSN, za mehanizem reševanja sporov iz člena 26 PEL omejena. Poznejše izjave držav članic v zvezi s tem ponazarjajo ravno obstoječe razlike glede možnosti, da bi se obseg sodbe Achmea razširil na mehanizem reševanja sporov iz PEL,<sup>51</sup> in kar je pomembnejše, glede združljivosti člena 26 PEL s pravom Unije.

72. Zato je treba določiti, ali se razlogovanje Sodišča iz sodbe Achmea lahko uporabi glede združljivosti mehanizma reševanja sporov, določenega v členu 26 PEL. V zvezi s tem so francoska, nemška, španska, italijanska, nizozemska in poljska vlada ter Komisija trdile, da bi bilo treba tako rešitev sprejeti in da iz nezdržljivosti člena 26 PEL s pravom Unije izhaja neuporaba tega člena v pravnem redu Unije. Madžarska, finska in švedska vlada pa so na obravnavi zagovarjale zamisel, da se rešitev, sprejeta v sodbi Achmea, ne bi mogla uporabiti za mehanizem reševanja sporov iz člena 26 PEL.

73. Menim, da mehanizem reševanja sporov iz člena 26 PEL v delu, v katerem omogoča uporabo arbitražnega sodišča, zagotovo vodi k podobnemu rezultatu kot mehanizem reševanja sporov, ki je bil obravnavan v sodbi Achmea in je bil razglašen za nezdržljivega s pravom Unije.

<sup>49</sup> Izjave predstavnikov vlad držav članic z dne 15. in 16. januarja 2019 o pravnih posledicah sodbe Achmea, ki jo je izreklo Sodišče, in o zavarovanju naložb v Evropski uniji:

<[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](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>>; in <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

<sup>50</sup> Sporazum o prenehanju veljavnosti bilateralnih investicijskih pogodb med državami članicami Evropske unije (UL 2020, L 169, str. 1). Sporazum so sklenile vse države članice razen Irske, Republike Avstrije, Republike Finske in Kraljevine Švedske.

<sup>51</sup> Medtem ko so Kraljevina Belgija, Republika Bolgarija, Češka republika, Kraljevina Danska, Zvezna republika Nemčija, Republika Estonija, Irska, Helenska republika, Kraljevina Španija, Francoska republika, Republika Hrvaška, Italijanska republika, Republika Ciper, Republika Latvija, Republika Litva, Kraljevina Nizozemska, Republika Avstrija, Republika Poljska, Portugalska republika, Romunija, Slovaška republika ter Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska vsi menili, da je klavzula o reševanju sporov iz PEL nezdržljiva s pravom Unije, so Veliko vojvodstvo Luksemburg, Republika Malta, Republika Slovenija, Republika Finska in Kraljevina Švedska izrecno izrazili zadržek glede možnosti uporabe rešitve, sprejete v tej sodbi, za mehanizem reševanja sporov iz PEL. Madžarska je menila, da te rešitve ni mogoče uporabiti za mehanizem reševanja sporov iz člena 26 PEL. Glej izjave predstavnikov vlad držav članic z dne 15. in 16. januarja 2019 o pravnih posledicah sodbe Achmea, ki jo je izreklo Sodišče, in o zaščiti naložb v Evropski uniji: <[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](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>>; in <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

74. Na prvem mestu moram navesti, da člen 26 PEL tako kot mehanizem reševanja sporov, obravnavan v sodbi Achmea, omogoča, da se arbitražnemu sodišču za naložbe predložijo spori, za katere je potrebna razlaga prava Unije.

75. Člen 26(6) PEL namreč določa, da arbitražno sodišče odloča o spornih zadevah v skladu s PEL ter „veljavnimi pravili in načeli mednarodnega prava“. Toda v nasprotju s tem, kar trdita finska in švedska vlada, in kot je Sodišče odločilo v sodbi Achmea,<sup>52</sup> je treba ob upoštevanju narave in značilnosti prava Unije za to pravo šteti, da je del veljavnega prava v vseh državah članicah in da izhaja iz mednarodnega sporazuma med državami članicami. Na podlagi tega se lahko arbitražno sodišče, vzpostavljeno na podlagi člena 26 PEL, znajde v položaju, v katerem mora podati razlago prava Unije ali ga celo uporabiti.

76. Na drugem mestu menim, da je arbitražno sodišče, vzpostavljeno na podlagi člena 26 PEL, tudi v sporu, ki ga investitor iz države članice vložil proti drugi državi članici, zunaj sodnega sistema Unije.<sup>53</sup>

77. To arbitražno sodišče namreč ni del sodnega sistema držav članic in prav s tem odstopanjem je utemeljen obstoj takega mehanizma reševanja sporov. Prav tako ni sodišče, ki bi bilo skupno več državam članicam, ker nima nobene povezave s sodnimi sistemi držav članic.

78. V teh okoliščinah arbitražnega sodišča, vzpostavljenega na podlagi člena 26 PEL, ni mogoče šteti za „sodišče države članice“ v smislu člena 267 PDEU in to sodišče pri Sodišču ne more vložiti predloga za sprejetje predhodne odločbe. Odločbe takega sodišča torej niso predmet mehanizmov, s katerimi bi se resnično zagotovil polni učinek predpisov Unije.<sup>54</sup>

79. Iz tega izhaja, da tako kot mehanizem reševanja sporov, za katerega je bilo v sodbi Achmea ugotovljeno, da ni združljiv s pravom Unije, člen 26 PEL v delu, v katerem omogoča uporabo arbitražnega sodišča, po mojem mnenju posega v avtonomijo prava Unije in zato prav tako ni združljiv s pravom Unije.

80. Te ugotovitve ni mogoče ovreči niti s posebnostmi PEL, zaradi katerih se je podvomilo o uporabi sodbe Achmea za mehanizem reševanja sporov, ki ga določa, niti z bolj nedavno sodno prakso Sodišča, na katero so se na obravnavi sklicevale zlasti madžarska, finska in švedska vlada.

*i) Neobstoj vpliva posebnosti PEL v primerjavi z DSN*

81. Res je, da je v nasprotju z DSN, kot je obravnavan v sodbi Achmea, Unija sama pogodbenica PEL in jo ta zato zavezuje. Poleg tega opozarjam, da je Sodišče v tej sodbi izrecno poudarilo, da je mehanizem reševanja sporov določen s sporazumom, „ki ga ni sklenila Unija, ampak države članice“.<sup>55</sup> Ali to nujno pomeni, da se ista rešitev ne bi mogla uporabiti za mednarodni sporazum, ki so ga sklenile države članice in Unija? Menim, da ne.

<sup>52</sup> Točka 41.

<sup>53</sup> Čeprav pred sodbo Achmea v okviru svojih akademskih dejavnosti nisem vnaprej izključil nasprotnega mnenja, se zdaj glede tega strinjam z razlogovanjem Sodišča. Glej Szpunar, M., „Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU“, v: Ferrari, F., (ur.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, 2017, str. od 85 do 124.

<sup>54</sup> Sodba Achmea, točka 43 in navedena sodna praksa.

<sup>55</sup> Sodba Achmea, točka 57.

82. V zvezi s tem navajam, da ni sporno, da mednarodni sporazum, ki določa ustanovitev sodišča, pristojnega za razlago njegovih določb, in katerega odločbe zavezujejo institucije, vključno s Sodiščem, načeloma sicer ni nezdržljiv s pravom Unije. Pristojnost Unije na področju zunanjih odnosov in njena pristojnost za sklepanje mednarodnih sporazumov namreč nujno vsebujeta tudi možnost, da v zvezi z razlago in uporabo določb takih sporazumov zanjo veljajo odločbe sodišča, ki je bilo z njimi ustanovljeno ali določeno.<sup>56</sup>

83. Vendar se lahko taka možnost dopusti le, če se spoštuje avtonomija Unije in njenega pravnega reda.<sup>57</sup> Kot pa sem navedel v točkah 78 in 79 teh sklepnih predlogov, se z mehanizmom reševanja sporov iz člena 26 PEL v delu, v katerem omogoča uporabo arbitraže, posega prav v avtonomijo prava Unije. V teh okoliščinah dejstvo, da je Unija prav tako pogodbenica PEL, ne more vplivati na to ugotovitev.

*ii) Razlika glede na mnenje 1/17*

84. Nazadnje, madžarska, finska in švedska vlada so na obravnavi trdile, da je bila z mnenjem 1/17 (Sporazum CETA EU - Kanada)<sup>58</sup> uvedena nova analiza mehanizmov reševanja sporov, ki so zunaj sodnega sistema Unije. Tak mehanizem naj sam po sebi ne bi bil nezdržljiv s pravom Unije, če ne omogoča, da sodišče zunaj sodnega sistema Unije razloži ali uporabi določbe prava Unije, in če z odločbami, ki jih izda to sodišče, ni mogoče preprečiti, da bi institucije Unije delovale v skladu z njenim ustavnim okvirom.

85. Vendar take trditve niso prepričljive. Po eni strani, kot je navedeno v točkah 74 in 75 teh sklepnih predlogov, menim, da člen 26 PEL omogoča prav to, da arbitražno sodišče zunaj sodnega sistema Unije razloži ali uporabi določbe prava Unije. Člen 26 PEL se poleg tega razlikuje od mehanizma reševanja sporov, določenega s Celovitim gospodarskim in trgovinskim sporazumom med Kanado na eni strani ter Evropsko unijo in njenimi državami članicami na drugi strani (v nadaljevanju: CETA), ker zadnjenavedeni določa izrecni pridržek glede razlage prava Unije,<sup>59</sup> takega pridržka pa na podlagi člena 26 PEL ni.

86. Po drugi strani moram zlasti opozoriti, da razlogovanje Sodišča v mnenju 1/17 (Sporazum CETA EU - Kanada)<sup>60</sup> v zvezi z mehanizmom reševanja sporov iz CETA nikakor ne more vplivati na analizo člena 26 PEL. Kot je v tem mnenju opozorilo Sodišče, se vprašanje, ali je to, da se s sporazumom, ki med seboj zavezuje države članice, vzpostavlja ali ohranja sodišče za naložbe, združljivo s pravom Unije, razlikuje od vprašanja, ali je s tem pravom združljiva vzpostavitev takšnega sodišča s sporazumom med Unijo in tretjimi državami.<sup>61</sup> Trditve madžarske, finske in švedske vlade bi bilo torej mogoče sprejeti le, če bi bili s PEL urejeni le odnosi med Unijo in tretjimi državami.

87. Medtem ko morajo države članice spoštovati načelo vzajemnega zaupanja, pa namreč tako načelo nikakor ne velja v odnosih med Unijo in tretjimi državami. Natančneje, odnosi s tretjimi državami ne temeljijo na osnovni premisi, da vsaka država članica z vsemi ostalimi državami članicami deli vrsto skupnih vrednot in priznava, da jih druge države članice delijo z njo ter torej

<sup>56</sup> Mnenje 1/91 (Sporazum EGP – I) z dne 14. decembra 1991 (EU:C:1991:490, točki 40 in 70); mnenje 1/09 z dne 8. marca 2011 (EU:C:2011:123, točki 74 in 76) in mnenje 2/13 z dne 18. decembra 2014 (EU:C:2014:2454, točki 182 in 183).

<sup>57</sup> Mnenje 2/13 z dne 18. decembra 2014 (EU:C:2014:2454, točka 183) in sodba Achmea, točka 57.

<sup>58</sup> Mnenje z dne 30. aprila 2019 (EU:C:2019:341).

<sup>59</sup> Mnenje 1/17 (Sporazum CETA EU - Kanada) z dne 30. aprila 2019 (EU:C:2019:341, točka 131).

<sup>60</sup> Mnenje z dne 30. aprila 2019 (EU:C:2019:341).

<sup>61</sup> Mnenje 1/17 (Sporazum CETA EU - Kanada) z dne 30. aprila 2019 (EU:C:2019:341, točka 127).

spoštujejo pravo Unije, s katerim se te vrednote izvajajo. Kot je opozoril generalni pravobranilec Y. Bot, v okviru sporazuma s tretjimi državami posamezna pogodbenica namreč ne zaupa nujno sodnemu sistemu druge pogodbenice, da bo z njim zagotovljeno upoštevanje pravil iz sporazuma.<sup>62</sup> Prav neobstoj vzajemnega zaupanja, kakršno obstaja v okviru Unije, je razlog, da se pogodbenice dogovorijo o nevtralnem mehanizmu reševanja sporov.<sup>63</sup> Tak mehanizem, ki ni del nobene od dveh pogodbic, omogoča vzpostavitev zaupanja med pogodbenicama glede uporabe sporazuma, ne da bi bilo mogoče to zaupanje zamešati z vzajemnim zaupanjem, ki ureja odnose znotraj pravnega reda Unije.

88. V teh okoliščinah mnenje 1/17 (Sporazum CETA EU - Kanada)<sup>64</sup> ne vpliva na analizo – ob upoštevanju načel, sprejetih v sodbi Achmea – mehanizma reševanja sporov iz člena 26 PEL v delu, v katerem omogoča uporabo arbitražnega sodišča, ker se s tem sporazumom urejajo odnosi med državami članicami.

### *3) Sklep glede uporabe člena 26 PEL v pravnem redu Unije*

89. Iz vsega navedenega izhaja, da mehanizem reševanja sporov iz člena 26 PEL po mojem mnenju ni združljiv s pravom Unije, ker omogoča, da arbitražno sodišče zunaj sodnega sistema Unije v primeru spora med investitorjem iz države članice in drugo državo članico razloži ali uporabi pravo Unije ter s tem poseže v načelo vzajemnega zaupanja med državami članicami in v varstvo posebne narave prava, določenega s Pogodbama, pri čemer poseže v avtonomijo prava Unije. V tem okviru člena 26 PEL torej ni mogoče uporabiti v okviru pravnega reda Unije.

90. Vendar nemožnost, da investitor iz države članice uporabi arbitražo v sporu med njim in drugo državo članico, ne pomeni, da člena 26 PEL ni mogoče nikoli uporabiti v okviru pravnega reda Unije. Investitorji iz države članice bi lahko drugo državo članico načeloma še vedno tožili pred svojimi sodišči v zvezi s sporom iz te določbe.<sup>65</sup> Vendar je ta možnost odvisna od tega, ali lahko taki zahtevki temeljijo na vsebinskih določbah PEL in ali jih je torej mogoče uporabiti v pravnem redu Unije. Zdaj bom obravnaval to vprašanje.

### *b) Uporaba člena 1, točka 6, PEL v pravnem redu Unije*

91. V členu 1, točka 6, PEL je opredeljen pojem „naložba“, kakor se uporablja v določbah PEL, ta člen pa je vključen v del I PEL, naslovljen „Opredelitev pojmov in namen“. Ta določba torej spada med uvodne določbe PEL, ki se splošneje nanašajo na opredelitev področja uporabe in namena besedila ter opredelitev pojmov, uporabljenih v njegovih določbah.

92. Povedano drugače, člen 1, točka 6, PEL, ker določa vsebinsko področje uporabe PEL, povzroči tudi začetek uporabe vsebinskih določb PEL v zvezi z varstvom.

<sup>62</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Y. Bota v mnenju 1/17 (Sporazum CETA EU - Kanada, EU:C:2019:72, točka 82).

<sup>63</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Y. Bota v mnenju 1/17 (Sporazum CETA EU - Kanada, EU:C:2019:72, točka 84). V zvezi s tem glej tudi Lenaerts, K., „Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue“, *Yearbook of European Law*, 2019, zvezek 38, str. 12.

<sup>64</sup> Mnenje z dne 30. aprila 2019 (EU:C:2019:341).

<sup>65</sup> Poleg tega ni mogoče izključiti, da je razlaga člena 26 PEL, ki jo poda Sodišče, morda nujna v okviru nadzora nacionalnih sodišč držav članic nad arbitražno odločbo, izdano v okviru spora med investitorjem iz tretje države in državo članico, v kateri so arbitri morda razlagali pravo Unije.



93. V teh okoliščinah je uporaba te določbe v pravnem redu Unije odvisna predvsem od tega, ali je tudi vsebinska pravila, ki jih ta določba omogoča, mogoče uporabiti v pravnem redu Unije, tako da se investitorji države članice lahko nanje sklicujejo v primeru tožbe proti drugi državi članici pred sodišči te države.

94. Čeprav to vprašanje v sodbi Achmea ni bilo rešeno, pa so se v njej razkrili nekateri dvomi glede možnosti uporabe vsebinskih določb sporazumov o pospeševanju in varstvu naložb na splošno ter še posebej PEL v Uniji.<sup>66</sup>

95. Vendar menim, da v okviru obravnavane zadeve in povsem teoretično ni mogoče podati gotovega odgovora na to vprašanje. S tem bi se namreč predpostavljala abstraktna in izčrpna analiza vseh prekrivanj, ki bi lahko obstajala med pravom Unije in PEL.<sup>67</sup> Vendar se mi ne zdi razumno, da bi se take analize lotili na stopnji preučevanja pristojnosti Sodišča za odgovor na vprašanja za predhodno odločanje in v okoliščinah obravnavane zadeve. Poudariti je treba tudi, da stranki o tem vprašanju nista razpravljali.<sup>68</sup>

96. Poleg tega poudarjam, da je edini argument v zvezi z nezdržljivostjo vsebinskih določb PEL s pravom Unije, ki je jedrnato oblikovan v obravnavani zadevi, argument italijanske vlade in Komisije glede tega, da pravo Unije določa instrumente za varstvo naložb, ki so enakovredni instrumentom za varstvo naložb iz PEL. Vendar se mi na prvi pogled razlogi, iz katerih naj bi ta enakovrednost varstva sama po sebi pomenila nezdržljivost s pravom Unije, ne zdijo jasni.

97. V teh okoliščinah menim, da nezdržljivosti vsebinskih določb PEL, vključno s členom 1, točka 6, PEL, s pravom Unije na tej stopnji z gotovostjo ni mogoče niti izključiti niti sprejeti. Zato je treba domnevati, da je te določbe mogoče uporabiti v okviru pravnega reda Unije.

#### **4. Sklep glede pristojnosti Sodišča**

98. Člen 26 PEL po mojem mnenju ni združljiv s pravom Unije v delu, v katerem določa uporabo arbitražnega sodišča, tako da se tak mehanizem reševanja sporov ne bi mogel uporabiti v okviru pravnega reda Unije.

99. Ker pa na tej stopnji ni mogoče izključiti, da se vsebinske določbe PEL, vključno s členom 1, točka 6, PEL, lahko uporabijo v pravnem redu Unije, je treba prav tako predpostavljati, da se lahko investitorji iz države članice na te določbe sklicujejo v okviru spora proti drugi državi članici pred sodišči zadnjenavedene iz člena 26 PEL. V teh okoliščinah je treba šteti, da se tako člen 1, točka 6, PEL kot člen 26 PEL lahko uporabljata v okviru pravnega reda Unije.

100. Iz tega izhaja, da je gotovo v interesu Unije, da se te določbe razlagajo enotno, tako da bi Sodišče moralo biti pristojno, da odgovori na vsa vprašanja za predhodno odločanje.

<sup>66</sup> Glej v zvezi s tem Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu z dne 19. julija 2018 o zaščiti naložb znotraj EU, COM(2018) 547 final.

<sup>67</sup> Za primer morebitnih prekrivanj med pogodbo o varstvu in pospeševanju naložb, sklenjenih med dvema državama članicama, in pravom Unije glej sklepe predloge generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699).

<sup>68</sup> Čeprav je bilo strankama na obravnavi postavljeno vprašanje glede učinkov sodbe Achmea, pa se je razprava dotaknila le vpliva te sodbe na združljivost mehanizma reševanja sporov iz člena 26 PEL s pravom Unije. Poudarjam, da se ta sodba dejansko ne nanaša na združljivost materialnopравnih pravil, ampak zgolj na združljivost podobnega mehanizma iz DSN s pravom Unije.

## B. Vsebinska presoja

### 1. Prvo vprašanje za predhodno odločanje: pojem „naložba“ v smislu člena 1, točka 6, PEL

101. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu želi izvedeti, ali je treba člen 1, točka 6, PEL razlagati tako, da je terjatev na podlagi pogodbe o električni energiji, ki ni povezana z nobenim vložkom investitorja v državi gostiteljici, lahko naložba.

102. Na obravnavi je družba Komstroy trdila, da je pojem „naložba“ opredeljen v PEL in da ta opredelitev sama po sebi zadostuje, čeprav je podprta z neizčrpnim seznamom primerov sredstev, ki pomenijo naložbo v smislu PEL. Ta družba je trdila tudi, da je dobesedni pomen besedila člena 1, točka 6, PEL jasen, tako da ga ni treba razlagati niti se ni treba sklicevati na merila, ki niso povezana s podano opredelitvijo. Nazadnje, družba Komstroy trdi, da člen 1, točka 6, PEL določa, da se pogodbeni terjatev lahko šteje za naložbo, saj so v členu 1, točka 6(c) in (f), PEL omenjene „denarne terjatve“ in „vsaka pravica[, zagotovljena] s pogodbo“.

103. Republika Moldavija, španska, nizozemska in poljska vlada ter Komisija trdijo, da terjatve na podlagi prodajne pogodbe ni mogoče šteti za naložbo v smislu člena 1, točka 6, PEL. Trdijo, da čeprav člen 1, točka 6(c), PEL določa, da denarna terjatev pomeni naložbo, to drži le, če je ta terjatev „povezana z naložbo“. Za terjatev na podlagi prodajne pogodbe pa ni mogoče šteti, da je „povezana z naložbo“. Republika Moldavija poleg tega poudarja, da je treba upoštevati običajni pomen pojma „naložba“, ki predpostavlja kapitalski vložek, ki ga v primeru pogodbene terjatve ni. Nazadnje, Republika Moldavija in Komisija poudarjata pomembnost razlikovanja med tem, kar izhaja iz trgovine, in tem, kar izhaja iz naložbe, pri čemer so le naložbe zavarovane z delom III PEL.

104. V skladu s členom 1, točka 6, PEL naložba pomeni „vsako vrsto sredstev, ki jih ima neposredno ali posredno v lasti ali pod nadzorom kak investitor“. Tako PEL vsebuje nejasno opredelitev, za katero se na prvi pogled zdi, da je omejena le s predmetom dejavnosti, s katero je ta naložba povezana. V tej določbi je dodano, da mora biti naložba v smislu PEL povezana z gospodarsko dejavnostjo v energetiki.

105. To opredelitev dopolnjuje neizčrpen seznam natančnih primerov naložb v smislu te določbe. Iz tega izhaja, kot trdi družba Komstroy, da če so zadevna sredstva jasno zajeta z eno od naložb, izrecno navedenih v členu 1, točka 6, PEL, razlaga te določbe načeloma ni potrebna.<sup>69</sup>

106. Kar zadeva pogodbene terjatve, jih je mogoče uvrstiti v okvir opredelitve iz člena 1, točka 6, PEL, tako na podlagi člena 1, točka 6(c), kot člena 1, točka 6(f), PEL. Dejansko so zajete „denarne terjatve [...], ki imajo gospodarsko vrednost in so povezane z naložbo“,<sup>70</sup> in „vsak[a] pravic[a], zagotovljen[a] [...] s pogodbo, [...] za izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki“.<sup>71</sup>

107. Vendar navajam, da čeprav ti določbi vsebujeta primere naložb v smislu PEL, prav tako določata dodatne pogoje za opredelitev naložbe. Po eni strani člen 1, točka 6(c), PEL določa, da je denarna terjatev naložba, če izhaja iz pogodbe, ki je tudi sama povezana z naložbo. Po drugi strani

<sup>69</sup> V zvezi s tem glej v arbitražni sodni praksi Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA in Terra Raf Trans Trading Ltd proti Kazahstanu (zadeva stockholmske trgovinske zbornice (CSS) št. V 116/2010), odločba z dne 19. decembra 2013, točka 806, in v pravni teoriji Gaillard, E., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, št. 6, str. 160.

<sup>70</sup> Člen 1, točka 6(c), PEL.

<sup>71</sup> Člen 1, točka 6(f), PEL.

člen 1, točka 6(f), PEL določa, da je vsaka pravica, zagotovljena s pogodbo, naložba, če je bila dodeljena za izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki. Povedano drugače, terjatev na podlagi pogodbe ni samodejno naložba v smislu PEL, saj so v besedilu določene nekatere omejitve.

108. Zaradi teh dodatnih pogojev je oteženo ali celo onemogočeno, da bi se vsaka pogodbeni terjatev nedvoumno navezovala na eno ali drugo obliko naložbe v smislu člena 1, točka 6, PEL. Pogodbena terjatev, zlasti če izhaja iz pogodbe o prodaji električne energije, ne more biti nedvoumno zajeta s členom 1, točka 6(c) ali (f), PEL, ne da bi bilo pred tem opredeljeno, kaj pomenijo dodatni pogoji iz teh določb.

109. Zato je treba ti določbi v skladu s členom 31(1) Dunajske konvencije<sup>72</sup> „razlaga[ti] v dobri veri v skladu z običajnim pomenom izrazov v mednarodni pogodbi v njihovem kontekstu ter glede na njen predmet in namen“.

#### **a) Člen 1, točka 6(c), PEL**

110. V zvezi s členom 1, točka 6(c), PEL, ki določa, da mora terjatev izhajati iz pogodbe, povezane z naložbo, opozarjam na določeno dvoumnost. V tej določbi so namreč opredeljene denarne terjatve, ki se lahko štejejo za naložbe, s sklicevanjem na pojem „naložba“. Povedano drugače, pojem „naložba“ je hkrati opredeljeni pojem in pojem, uporabljen za opredelitev. Člen 1, točka 6(c), PEL je v tem smislu krožen.<sup>73</sup>

111. V teh okoliščinah in da bi se izognili tej krožnosti, je pojem „naložba“ iz člena 1, točka 6(c), PEL mogoče razumeti le v smislu, ki se razlikuje od tistega, ki je naveden prav v tej določbi. Kot ugotavlja poljska vlada, je denarna terjatev naložba le, če izhaja iz pogodbe, ki je sama povezana z drugo naložbo v smislu PEL, ki ne spada na področje uporabe člena 1, točka 6(c), PEL.

112. Nobene od preostalih naložb iz člena 1, točka 6, PEL pa ni mogoče razumeti tako, da zajemajo dobavo električne energije, ki je predmet pogodbe, iz katere izhaja preučevana denarna terjatev. Nobeden od pododstavkov te določbe se ne nanaša na preprost trgovinski posel.<sup>74</sup> Iz jezikovne razlage besedila člena 1, točka 6, PEL torej izhaja, da terjatev, ki izhaja iz pogodbe o dobavi električne energije in ne vsebuje nobenega vložka, ni denarna terjatev iz naslova pogodbe z ekonomsko vrednostjo, povezano z naložbo.

113. Jezikovna razlaga člena 1, točka 6(c), PEL je dalje potrjena z upoštevanjem običajnega pomena pojma „naložba“, navedenega v tej določbi.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Konvencija o pravu mednarodnih pogodb, sklenjena na Dunaju 23. maja 1969 (*Recueil des Traités des Nations unies*, zv. 1155, str. 353) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>.

<sup>73</sup> V zvezi s krožno naravo opredelitve naložbe glej Pyka, M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C. H. Beck, Varšava, 2018, str. 43 in 44.

<sup>74</sup> Glede možnosti, da se za dobavo električne energije šteje, da je zajeta s členom 1, točka 6(f), PEL, ki se nanaša na „vsako pravico, zagotovljeno [...] [s] pogodbo, [...] za izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki“, bi lahko obstajali dvomi. Tako razlogovanje je bilo sicer sprejeto v arbitražni sodni praksi; v zvezi s tem glej *Petrobart Limited proti Kirgiški republiki* (zadeva CSS št. 126/2003), odločba z dne 29. marca 2005, str. 72. Toda ob upoštevanju razlage, ki jo predlagam glede člena 1, točka 6(f), PEL, je treba tako možnost izključiti. Glej točko 121 in naslednje teh sklepnih predlogov.

<sup>75</sup> V pravni teoriji se zagovarja zamisel, da se je treba glede opredelitve pojma „naložba“ iz člena 1, točka 6(c), PEL sklicevati le na običajni pomen tega pojma. Kot trdi poljska vlada v pisnih stališčih, naj bi se namreč v angleški različici PEL razlikovalo med angleškim pojmom „Investment“ v smislu PEL, z veliko začetnico, in angleškim pojmom „investment“ v običajnem pomenu, z malo začetnico. Torej, „naložbe“, ki se razlikujejo od „Naložb“, zavarovanih s PEL, naj bi imele objektivni pomen, kot je naveden v točkah 114, 115 in 116 teh sklepnih predlogov. Ker člen 1, točka 6(c), PEL določa, da mora terjatev izhajati iz pogodbe, „povezane z naložbo“, naj bi iz tega izhajalo, da bi se moral pojem „naložba“ v tem primeru razumeti samo objektivno, s sklicevanjem na običajni pomen pojma. Glede tega glej Baltag, C., *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, str. 174. Vendar me ta argument, ki temelji le na tipografski besedila, ki je niti ni v vseh jezikovnih različicah PEL, ne prepriča povsem.

114. Kot trdita Republika Moldavija in Komisija, v vsakdanjem jeziku ta pojem običajno označuje transakcijo, sestavljeno iz finančnega vložka z določenim trajanjem in tveganjem.<sup>76</sup>

115. V istem smislu je bila v arbitražni sodni praksi poleg tega postopoma sprejeta objektivna opredelitev pojma „naložba“, v skladu s katero naložba predpostavlja združitev treh elementov: vložek investitorja, določeno trajanje izvajanja in udeležbo pri tveganjih transakcije.<sup>77</sup>

116. Čeprav se je ta opredelitev razvila v povezavi s pojmom „naložba“ v Konvenciji o reševanju investicijskih sporov med državami in državljani drugih držav, sprejeti v Washingtonu 18. marca 1965, se mi zdi, da kljub temu vsebuje bistvene elemente tega, kar bi lahko pomenilo naložbo, in se v tem smislu v pravni teoriji pogosto omenja pri splošni opredelitvi tega pojma.<sup>78</sup>

117. V skladu s tem pomenom pojma „naložba“ je denarna terjatev torej naložba v smislu člena 1, točka 6, PEL, če izhaja iz pogodbe, ki je vključevala vložek domnevnega investitorja in pričakovanje dobička, ki ni zagotovljen. Ta pomen pojma „naložba“, kot ga določa člen 1, točka 6(c), PEL, se poleg tega pojavlja v arbitražni sodni praksi<sup>79</sup> in v pravni teoriji<sup>80</sup>.

118. Pogodba o dobavi električne energije pa je navadna trgovinska transakcija, ki ne more biti zajeta s pojmom „naložba“, ker ne vključuje niti vložka<sup>81</sup> niti pričakovanja dobička na podlagi vložka. Tako menim, da terjatev, ki izhaja iz pogodbe o dobavi električne energije, ni povezana z naložbo in ne izpolnjuje pogoja iz člena 1, točka 6(c), PEL.

119. Nazadnje, taka razlaga pojma „naložba“ v smislu člena 1, točka 6(c), PEL je potrjena s preučitvijo logike celotne PEL in sistema varstva naložb, ki ga ta uvaja. Kot poudarja Komisija, se v PEL razlikuje med pravili v zvezi s trgovino, ki so vključena v del II, ter pravili v zvezi s pospeševanjem in varstvom naložb, ki so vključena v del III. Navadna trgovinska transakcija torej ni sama po sebi primerljiva z naložbo, saj bi se sicer popolnoma izgubil pomen razlikovanja med tem, kar izhaja iz trgovine, ter tem, kar izhaja iz naložbe in na podlagi tega potrebuje posebno varstvo.<sup>82</sup>

120. Pojma „naložba“ v smislu člena 1, točka 6(c), PEL se torej ne sme zamenjevati z navadno trgovinsko dejavnostjo, tako da z njim ne more biti zajeta terjatev na podlagi pogodbe o dobavi električne energije, ki ne vključuje vložka in pričakovanja dobička na podlagi tega vložka.

<sup>76</sup> Pojem „naložba“ je v francoščini med drugim opredeljen kot „uporaba denarja za pridobitev donosa“, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9. izd. V angleščini je pojem „investment“ opredeljen kot „the act of putting money [...] into something to make a profit“. V zvezi z razvojem opredelitve tega pojma glej Gilles, A., *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruselj, 2012, str. 16 in naslednje.

<sup>77</sup> Glej Salini Costruttori S.p.A. in Italstrade S.p.A. proti Kraljevini Maroko (zadeva ICSID št. ARB/00/4), odločba z dne 23. julija 2001, 129 *Journal du droit international* 196 (2002), točka 52. V zvezi z analizo te sodne prakse glej Pyka, M., *op. cit.*, str. od 63 do 111, in Jeżewski, M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C. H. Beck, Varšava, 2019, str. od 127 do 134.

<sup>78</sup> Glej Baltag, C., *op. cit.*, str. od 167 do 183, ter Kessedjian, C., in Pironon, V., *op. cit.*, str. 206.

<sup>79</sup> Glej zlasti Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. proti Kraljevini Španiji (zadeva ICSID št. ARB/14/1), odločba z dne 16. maja 2018, točka 195 in naslednje, ter Isolux Netherlands, BV proti Kraljevini Španiji (zadeva CSS št. V 2013/153), odločba z dne 17. julija 2016, točka 683 in naslednje.

<sup>80</sup> Glej Baltag, C., *op. cit.*, str. 178 in naslednje, in Audit, M., *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, št. 3, str. 16.

<sup>81</sup> Družba Komstroy je na obravnavi navedla, da je vložek dobava električne energije. Vendar ta trditev ne more zadostovati za opredelitev pogodbe o dobavi električne energije kot „pogodbe, povezane z naložbo“, saj to še ne pomeni, da obstaja tveganje v zvezi s pričakovanimi donosi na podlagi takega vložka.

<sup>82</sup> Zlasti z uporabo mehanizma reševanja sporov iz člena 26 PEL. Če imajo nekatere trgovinske transakcije včasih značilnosti, zaradi katerih so lahko opredeljene kot „naložbe“, v zvezi s tem glej Pyka, M., *op. cit.*, str. od 175 do 181. Menim, da taka analiza tu ne velja.

**b) Člen 1, točka 6(f), PEL**

121. Člen 1, točka 6(f), PEL se nanaša na „vsako pravico, zagotovljeno [...] [s] pogodbo, [...] za izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki“. V zvezi s tem opozarjam, da člen 1, točka 6, PEL že na splošno določa, da mora biti naložba v smislu PEL povezana z gospodarsko dejavnostjo v energetiki. Tako pogoja iz člena 1, točka 6(f), PEL ni mogoče razumeti enako, sicer bi tako pojasnilo izgubilo ves smisel.

122. Člen 1, točka 6(f), PEL se tako ne nanaša na vse pogodbene pravice v zvezi z gospodarsko dejavnostjo v energetiki, ampak določa dodaten pogoj, da se pogodbeni pravici lahko šteje za zavarovano naložbo v smislu PEL. To izhaja iz samega besedila te določbe. Tako uporaba izraza „za izvajanje“ nakazuje, da mora biti zadevna pogodbeni pravici dodeljena za *namene* izvajanja gospodarske dejavnosti v energetiki.<sup>83</sup> S pogodbeno pravico mora biti omogočeno izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki, ki je brez nje upravičenec ne bi mogel izvajati. Povedano drugače, s pogodbeno pravico mora biti dovoljeno izvajanje te dejavnosti in ustvarjeni morajo biti pogoji za to dejavnost.<sup>84</sup>

123. Vendar če je pogodbeni terjatev pravica, podeljena s pogodbo, se zanjo ne more šteti, da je z njo dovoljeno izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki, če je pridobljena *po tem*, ko je bila vložena pri prvotnem imetniku. V teh okoliščinah s terjatvijo njenemu imetniku ni podeljena pravica do izvajanja gospodarske dejavnosti v energetiki, ampak le pravica zahtevati plačilo zanjo.

124. Poleg tega, tudi če bi bilo treba upoštevati izvor terjatve, *quod non*, in sicer pogodbo o dobavi električne energije, menim, da bi bil dosežen enak rezultat. Čeprav pogodba o prodaji električne energije med dvema družbama omogoča, da ena od njiju dobavi električno energijo drugi, pa s to pogodbo ni dovoljeno izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki. Družba, ki dobavlja električno energijo, je namreč že v položaju, v katerem dobavlja zadevno električno energijo svoji sopogodbenci, tako da pogodba nikakor ne vsebuje dovoljenja ali pravice za izvajanje gospodarske dejavnosti v energetiki v državi gostiteljici.

125. Taka terjatev zato po mojem mnenju ni zajeta s členom 1, točka 6(f), PEL.

126. Iz navedenega izhaja, da niti člena 1, točka 6(c), niti člena 1, točka 6(f), PEL ni mogoče razlagati tako, da je terjatev na podlagi pogodbe o dobavi električne energije, ki ni povezana z nobenim vložkom, naložba v smislu teh določb.

**c) Splošna opredelitev pojma „naložba“ v členu 1, točka 6, PEL**

127. Dejstvo ostaja, da člen 1, točka 6, PEL določa tudi splošno opredelitev – čeprav nejasno – pojma „naložba“ in da seznam naložb, ki ga vsebuje, ni izčrpen. Zato bi bilo mogoče zagovarjati zamisel, da bi terjatev, ki ni zajeta v členu 1, točka 6(c) in (f), PEL, vendarle lahko pomenila naložbo v smislu člena 1, točka 6, PEL, ker pomeni „sredst[va], ki jih ima neposredno ali posredno v lasti ali pod nadzorom kak investitor“.

<sup>83</sup> Taka razlaga sicer še jasneje izhaja iz angleške različice PEL: „any right conferred [...] by contract [...] to undertake any economic activity in the energy sector“ (vsaka pravica, zagotovljena [...] s pogodbo [...], za opravljanje gospodarske dejavnosti v energetiki) (moj poudarek).

<sup>84</sup> Tipičen primer take pogodbene pravice bi bila koncesija za upravljanje infrastrukture na ozemlju pogodbence.

128. Taka utemeljitev ni prepričljiva. Kot sem poudaril,<sup>85</sup> so pogodbene terjatve edina sredstva, za katera člen 1, točka 6, PEL določa izrecne omejitve za to, da so priznane kot naložbe. Zato se torej ni mogoče sklicevati na splošno opredelitev pojma „naložba“ samo zato, da bi se izognili omejitvam, ki jih določa člen 1, točka 6(c) in (f), PEL, razen če bi se zanikal obstoj točno teh določb in bi se podala razlaga *contra legem* pojma „naložba“ v smislu PEL.

129. Zato predlagam, da se na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da je treba člen 1, točka 6, PEL razlagati tako, da terjatev na podlagi pogodbe o dobavi električne energije, ki ni povezana z nobenim vložkom, ni naložba v smislu te določbe.

## **2. Drugo vprašanje za predhodno odločanje**

130. Predložitveno sodišče želi z drugim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu izvedeti, ali je treba člen 26(1) PEL razlagati tako, da je to, da podjetje iz države pogodbenice pridobi terjatev, nastalo pri gospodarskem subjektu, ki je iz tretje države glede na PEL, naložba.

131. V zvezi s tem naj spomnim, da sporna terjatev izhaja iz pogodbenega razmerja med družbama Moldtranselectro in Derimen, pri čemer je zadnjenavedena registrirana na Britanskih Deviških otokih, to je tretji državi glede na PEL.

132. Člen 26(1) PEL omogoča reševanje sporov med pogodbenico in investitorjem iz druge pogodbenice, če se spor nanaša na naložbo, *ki jo je uresničil ta investitor*. Predložitveno sodišče se sprašuje o morebitnem vplivu izvora terjatve, če je ta terjatev prvotno nastala pri gospodarskem subjektu iz tretje države glede na PEL, na njeno opredelitev kot „naložba“ v smislu člena 26(1) PEL, s katerim se zahteva, da je tako naložbo uresničil investitor iz pogodbenice.

133. Najprej, navajam, da ob upoštevanju mojega predloga glede odgovora na prvo vprašanje ni treba odgovoriti na drugo vprašanje, saj zaradi nikalnega odgovora na prvo vprašanje ni treba ugotoviti, ali izvor terjatve vpliva na priznanje te terjatve kot naložbe, ki jo je uresničil investitor iz pogodbenice v smislu člena 26(1) PEL.

134. Zaradi izčrpnosti bom vseeno preučil drugo vprašanje za predhodno odločanje, če se Sodišče ne bi strinjalo z mojo analizo prvega vprašanja in bi ugotovilo, da je taka terjatev lahko naložba v smislu člena 1, točka 6, PEL.

135. Kot navaja predložitveno sodišče in kot poudarja Republika Moldavija, se je treba za ugotovitev, ali je naložba „uresničil investitor iz pogodbenice“, sklicevati na člen 1, točka 8, PEL, v katerem je opredeljen pojem „uresničiti naložbe“. Ta med drugim določa, da se naložba lahko uresniči s pridobitvijo vseh ali dela obstoječih naložb. Z njim pa se ne zahteva, da je zadevna obstoječa naložba prvotno nastala v državi pogodbenici PEL.

136. Vendar Republika Moldavija trdi, da tak pogoj obstaja. Po njenem mnenju je treba pojem „obstoječa naložba“ razumeti v skladu z opredelitvijo „naložbe“ iz člena 1, točka 6, PEL, ki določa, da mora imeti naložbo „neposredno ali posredno v lasti ali pod nadzorom kak investitor“. Ugotavlja, da je v členu 1, točka 7, PEL pojem „investitor“ opredeljen kot „družb[a] ali drug[a] organizacij[a], organiziran[a] v skladu z [...] ustrezno zakonodajo v [...] pogodbenici“. Tako trdi, da se, ker je gospodarski subjekt, prvotni imetnik zadevne terjatve, subjekt iz tretje države glede na

<sup>85</sup> Glej točko 107 teh sklepnih predlogov.

PEL, ta ne more šteti za investitorja v smislu člena 1, točka 7, PEL, tako da zadevna terjatev ne more pomeniti „obstoječe naložbe“, ki jo je uresničila družba iz pogodbenice v smislu člena 1, točka 8, in člena 26(1) PEL.

137. Taka utemeljitev ni prepričljiva. Čeprav je treba sprejeti razlogovanje Republike Moldavije glede potrebe po sklicevanju na člen 1, točke od 6 do 8, PEL za opredelitev tega, kar je zajeto s pojmom „naložba, ki jo je uresničil“, njen sklep izhaja iz nepopolnega branja teh členov.

138. Ne samo, da člen 1, točka 8, PEL ne določa nobenega pogoja glede geografskega izvora obstoječe naložbe, kot sem navedel,<sup>86</sup> ampak preučevane določbe tudi izrecno določajo, da tako naložbo lahko uresniči gospodarski subjekt iz tretje države glede na PEL. V členu 1, točka 7, PEL je namreč pojem „investitor“ opredeljen tako v zvezi s pogodbenicami kot tudi v zvezi s tretjimi državami. Očitno je torej dopuščeno, da lahko investitor prihaja iz tretje države glede na PEL, ne da bi to pomenilo, da naložbe, ki jih uresniči, niso obstoječe naložbe v smislu PEL.<sup>87</sup>

139. V teh okoliščinah dejstvo, da je terjatev nastala pri gospodarskem subjektu iz tretje države glede na PEL, nikakor ne vpliva na opredelitev te terjatve kot „obstoječe terjatve“, ker je treba ta subjekt na podlagi PEL prav tako šteti za investitorja.

140. Iz tega izhaja, da je treba pridobitev terjatve, ki je nastala pri gospodarskem subjektu iz tretje države glede na PEL, s strani subjekta iz pogodbenice šteti za pridobitev obstoječe terjatve in zato za terjatev, ki jo je uresničil investitor iz pogodbenice v smislu PEL.

141. Republika Moldavija, družba Komstroy in Komisija pa so izrazile pridržek v zvezi z možnostjo zlorabe prava v teh okoliščinah. Ni namreč mogoče izključiti, da terjatev, ki je nastala pri subjektu iz tretje države glede na PEL, investitor iz pogodbenice pridobi le za to, da bi izkoristil varstvo, podeljeno s PEL, zlasti zaradi izvajanja člena 26(1) PEL, da bi vložil tožbo proti pogodbenici, ki je sicer ne bi mogel.

142. Čeprav taka možnost obstaja, ne more zadostovati za samodejno izključitev upravičenosti naložbe, pridobljene od subjekta iz tretje države glede na PEL, do varstva naložb, ki je podeljeno s postopkom reševanja sporov. Ne samo, da se mi taka razlaga ne zdi združljiva z določbami PEL, preučeni zgoraj, ampak bi pomenila tudi, da nobena naložba, pridobljena od tujega subjekta, ne bi bila nikoli zavarovana na podlagi PEL.

143. V teh okoliščinah je obstoj zlorabe prava mogoče upoštevati le kazuistično in ne more upravičiti načela, v skladu s katerim naložbe, ki jo investitor iz pogodbenice pridobi od investitorja iz tretje države glede na PEL, ni mogoče šteti za naložbo, ki jo je uresničil prvonavedeni, v smislu člena 26(1) PEL. Predložitveno sodišče bo torej moralo preveriti razloge družbe Komstroy za pridobitev zadevne terjatve, da bo ugotovilo, ali je bil edini namen te pridobitve vložitev tožbe proti Republiki Moldaviji na podlagi PEL.

144. Zato v primeru, da se Sodišče ne bi strinjalo z mojo analizo v zvezi s prvim vprašanjem za predhodno odločanje, predlagam, da se na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da je treba člen 26(1) PEL razlagati tako, da je pridobitev terjatve, ki je nastala pri investitorju iz tretje

<sup>86</sup> Glej točko 135 teh sklepnih predlogov.

<sup>87</sup> Naj pojasnim, da je naložba, ki jo je uresničil investitor iz tretje države glede na PEL, sicer dejansko naložba v smislu PEL, vendar ni naložba, ki je *zavarovana* z besedilom, saj se vsebinske določbe o pospeševanju in varstvu naložb izrecno in izključno nanašajo na naložbe investitorjev iz pogodbenic. Glej zlasti člen 10 PEL: „Vsaka pogodbenica [...] spodbuja in ustvarja ustaljene, nepristranske, ugodne in pregledne razmere za investitorje drugih pogodbenic za uresničevanje naložb na svojem območju. Pri tem se tudi zavezuje, da za naložbe investitorjev drugih pogodbenic vedno zagotovi pošteno in nepristransko obravnavanje.“ (Moj poudarek).

države glede na PEL, naložba v smislu te določbe, razen če je edini namen take pridobitve, da se izkoristi varstvo, ki je podeljeno z določbami PEL, in predvsem omogoči vložitev tožbe proti pogodbenici pri arbitražnem sodišču, kar mora preveriti predložitveno sodišče.

### 3. Tretje vprašanje za predhodno odločanje

145. Predložitveno sodišče želi s tretjim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu izvedeti, ali je treba člen 26(1) PEL razlagati tako, da je terjatev, ki jo ima investitor na podlagi pogodbe o prodaji električne energije, dobavljene do meje države gostiteljice, lahko naložba, uresničena na območju druge pogodbenice, če investitor na ozemlju te države ne opravlja nobene gospodarske dejavnosti.

146. Tudi na tem mestu navajam, da je tretje vprašanje podredno. Če se namreč na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovori tako, da terjatev na podlagi pogodbe o dobavi električne energije ni naložba, ni treba ugotoviti, ali je bila ta terjatev uresničena *na območju* druge pogodbenice.

147. Zaradi izčrpnosti bom vseeno odgovoril na tretje vprašanje za predhodno odločanje, če se Sodišče ne bi strinjalo z mojo analizo prvega in drugega vprašanja ter bi ugotovilo, *quod non*, da je terjatev na podlagi pogodbe o dobavi električne energije naložba v smislu PEL.

148. Republika Moldavija, ki jo pri tem podpirata španska vlada in Komisija, trdi, da na njenem ozemlju ni bila uresničena nobena naložba, ker je bila električna energija, dobavljena na podlagi pogodbe, iz katere izhaja terjatev, pripeljana le do meje med Ukrajino in Moldavijo na ukrajinski strani.

149. Take trditve temeljijo na členu 1, točka 6(c), PEL, ki določa, da je denarna terjatev naložba, če izhaja iz pogodbe, ki je sama povezana z naložbo. Vendar se mi zdi, da se pri tem ne upošteva bistven element. Čeprav je namreč preučitev naložbe, s katero naj bi bila povezana pogodba, iz katere izhaja zadevna terjatev, pomembna za opredelitev terjatve kot „naložbe“, je – ko je ta element ugotovljen – zadevna naložba le terjatev, ne da bi se bilo treba pozneje ponovno sklicevati na povezano naložbo.

150. Naložba, ki je predmet spora in ki jo je treba na tej podlagi preučiti ob upoštevanju člena 26(1) PEL, torej ni dobava električne energije, predvidena s pogodbo, iz katere izhaja terjatev, ampak ta terjatev sama po sebi. Gre torej le za to, da se opredeli, ali se pridobitev take terjatve lahko šteje za naložbo na območju Moldavije, ne da bi bilo treba opredeliti, ali je pogodba, iz katere ta terjatev izhaja, povezana z naložbo, ki je sama uresničena na tem območju.

151. Imetnik zadevne naložbe, to je terjatve do družbe, ustanovljene v Moldaviji, je v tem primeru ukrajinski investitor. V členu 1, točka 10, PEL je pojem „območje“ opredeljen preprosto kot „ozemlje pod njeno suverenostjo“. Iz tega izhaja, da se terjatev do družbe, ustanovljene na moldavskem ozemlju, lahko šteje za naložbo, uresničeno na območju te pogodbenice, pri čemer to, kje se nahaja dolžnik, zadostuje za to ugotovitev.

152. Vsekakor bi bil rezultat enak, če bi bilo treba sprejeti trditev Republike Moldavije, da je treba preveriti tudi območje, na katerem je uresničena naložba, s katero je povezana pogodba, iz katere izhaja terjatev.



153. Formalno je električna energija dejansko dobavljena do meje z Moldavijo. Toda in razen če bi uporabili pretirano formalistično rešitev, to ne spremeni dejstva, da je električna energija *in fine* oddana v moldavsko omrežje in da je ta okoliščina bistven element problema. Dejstvo, da jo je subjekt dobavil na eno ali drugo stran meje, ne more vplivati na ta izid.<sup>88</sup> Dejansko je dobavljena električna energija vedno namenjena distribuciji na moldavskem ozemlju in torej na območju te pogodbenice.<sup>89</sup>

154. Zato v primeru, da se Sodišče ne bi strinjalo z mojo analizo v zvezi s prvim in drugim vprašanjem za predhodno odločanje, predlagam, da se na tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da je treba člen 26(1) PEL razlagati tako, da je terjatev, ki jo ima investitor iz pogodbenice do subjekta iz druge pogodbenice, naložba, ki jo je prvonavedeni uresničil na območju drugonavedene.

## V. Predlog

155. Ob upoštevanju zgoraj navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki mu jih je predložilo cour d'appel de Paris (višje sodišče v Parizu, Francija), odgovori:

Člen 1, točka 6, Pogodbe o energetski listini, podpisane v Lizboni 17. decembra 1994 in v imenu Evropske unije odobrene s Sklepom Sveta in Komisije z dne 23. septembra 1997 o Pogodbi o energetski listini in Protokolu k energetski listini o energetski učinkovitosti in s tem povezanimi okoljskimi vidiki, ki so ju sklenile Evropske skupnosti (98/181/ES, ESPJ, Euratom), je treba razlagati tako, da terjatev na podlagi pogodbe o dobavi električne energije, ki ni povezana z nobenim vložkom, ni naložba v smislu te določbe.

<sup>88</sup> Audit, M., *op. cit.*

<sup>89</sup> In to še toliko bolj, ker je – kar zadeva električno energijo – povsem fiktivno zamisliti si dobavo do meje. Kot izhaja iz predložitvene odločbe, so električna omrežja Ukrajine in Moldavije medsebojno povezana in ni razumno šteti, da se električna energija dobavi na točko A in skladišči, dokler je na isti točki ne prevzame naslovník.