

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

NILO JÄÄSKINEN

föredraget den 15 mars 2011¹

I — Inledning

före Republikens Slovaquiens inträde i EU den 1 maj 2004.³

1. Detta mål rör förhållandet mellan Republiken Slovaquiens skyldighet enligt EU-rätten att säkerställa ett icke diskriminerande tillträde till nätet för överföring av elektricitet i enlighet med direktiv 2003/54/EG (nedan kallat direktiv 2003/54)² och dess skyldighet att skydda investeringar enligt ett avtal om främjande och ömsesidigt skydd för investeringar (nedan kallat investeringsskyddsavtalet), undertecknat den 5 oktober 1990 och träffat med Schweiziska edsförbundet

2. I tvistens centrum står ett privaträttsligt avtal (nedan kallat avtalet) träffat den 27 oktober 1997, mellan ett schweiziskt företag (Aare-Tessin AG für Elektrizität, nedan kallat ATEL) och ett statligt ägt nätverksföretag i Slovakien (då Slovenské elektrárne a.s, senare kallat Slovenská elektrizačná prenosová sústava a.s., nedan kallat SEPS). ATEL betalade enligt avtalet mer än hälften av kostnaderna för byggandet av den ännu inte uppförda Lemesany-Krosno-ledningen från Polen till Slovakien, mot prioriterat tillträde till ledningen under en fastställd och icke förnybar period om 16 år.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG (EUT L 176, s. 37). Direktiv 2003/54 föregicks av Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, 1997, s. 20, nedan kallat direktiv 96/92). Direktiv 2003/54 har nyligen upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG (EUT L 211, s. 55, nedan kallat direktiv 2009/72).

3. Kommissionen har nu yrkat att domstolen ska förklara att Republiken Slovakien, genom

3 — Avtalet ingicks mellan Tjeckiska och Slovakiska socialistiska republikerna och Schweiziska edsförbundet. Inga frågor rörande statssuccessionen för Tjeckoslovakiska socialistiska republiken och tillämpligheten av investeringsskyddsavtalet i förhållande till Republiken Slovakien efter dess självständighet har aktualiserats.

att inte säkerställa ett icke-diskriminerande tillträde till nätet för elöverföring, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 20.1 och 9 e i direktiv 2003/54. Även om kommissionen inte uttryckligen har yrkat att Republiken Slovakien ska häva avtalet mellan ATEL och SEPS framgår det av dess inlagor att kommissionen är av den uppfattningen, eftersom den anför att Republiken Slovakien inte är skyldig att upprätthålla avtalet och att enbart en underlåtenhet att tillämpa avtalet inte är tillräckligt för att komma till rätta med den påstådda överträdelsen. Kommissionen har härvid underförstått begärt att domstolen ska pröva huruvida Republiken Slovakien är skyldig att häva avtalet.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — Folkkrätten

1. Wienkonventionen om traktaträtten⁴

5. Artikel 31 i Wienkonventionen, med rubriken ”Allmän regel om tolkning”, har följande lydelse:

”1. En traktat skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte.

...

4. Ett uttryck skall tilläggas en speciell mening, om det fastställts att detta var parternas avsikt.”

4. Republiken Slovakien, å andra sidan, har gjort gällande att avtalet är skyddat som en investering enligt energistadgefördraget och att direktiv 2003/54 ska tolkas konformt med EU:s förpliktelser enligt detta fördrag.

⁴ — Undertecknad i Wien den 23 maj 1969, trädde i kraft den 27 januari 1980 (1155 UNTS 331, nedan kallad Wienkonventionen). Båda länderna är parter i Wienkonventionen, Republiken Slovakien genom statssuccession.

2. Energistadgefördraget⁵

6. I artikel 10.1 i energistadgefördraget föreskrivs följande:

”Alla fördragsslutande parter skall i enlighet med bestämmelserna i detta fördrag främja och skapa stabila, rättvisa, förmånliga och klara villkor för andra avtalsslutande parter investerare för investeringar inom deras områden. Sådana villkor skall innefatta en förpliktelse att alltid ge investeringar som görs av investerare från andra fördragsslutande parter en skälig och rättvis behandling. Sådana investeringar skall också åtnjuta största möjliga skydd och säkerhet och ingen fördragsslutande part skall på något sätt genom oskäligen och diskriminerande åtgärder hindra deras drift, underhåll, användning, utnyttjande eller avyttrande. Sådana investeringar skall aldrig ges en behandling som är mindre förmånlig än den, som föreskrivs i internationell rätt, inbegripet fördragsenliga åtaganden. Alla fördragsslutande parter skall uppfylla alla de skyldigheter de åtagit sig gentemot en investerare eller en investering gjord av annan fördragsslutande parts investerare.”

5 — Energistadgefördraget undertecknades i december 1994 och trädde i kraft i april 1998. Republiken Slovakien, Schweiziska edsförbundet och EG var alla parter i energistadgefördraget vid den relevanta tiden.

7. Artikel 13 i energistadgefördraget rör expropriation. Där anges i relevanta delar följande:

”1. Investeringar tillhörande investerare från en fördragsslutande part i annan fördragsslutande parts område skall inte nationaliseras, exproprieras eller göras till föremål för åtgärd eller åtgärder som har motsvarande verkan (i det följande kallad *expropriation*) med undantag för när sådan expropriation

- a) motiveras av ett ändamål som ligger i det allmännas intresse,
- b) är icke-diskriminerande,
- c) utförs under iakttagande av gällande lag och
- d) åtföljs av betalning av prompt, adekvat och effektiv ersättning.”

3. Investeringsskyddsavtalet

8. I artikel 1 i investeringsskyddsavtalet, med rubriken ”Definitioner”, föreskrivs i relevanta delar följande:

”2) Begreppet ’investering’ innefattar varje form av tillgång och i synnerhet

...

c) anspråk på och rättigheter till varje form av prestation med ekonomiskt värde,

...”

9. I artikel 3 i investeringsskyddsavtalet, med rubriken ”Främjande och tillåtande”, föreskrivs följande:

”1) Fördragsslutande part ska inom sitt territorium främja investeringar av investerare från den andra fördragsslutande parten och tillåta sådana investeringar i enlighet med sina lagar och andra föreskrifter.

...”

10. I artikel 4, med rubriken ”Skydd och behandling”, föreskrivs följande:

”1) Fördragsslutande part ska inom sitt territorium skydda investeringar som gjorts i enlighet med dess lagar och andra föreskrifter av investerare från den andra fördragsslutande parten och ska inte genom orimliga eller diskriminerande åtgärder försämra driften, underhållet, användningen, utnyttjandet, utvidgningen, försäljningen eller likvidationen av sådana investeringar ...

2) Fördragsslutande part ska säkerställa en rättvis och skälig behandling inom dess

territorium av investeringar gjorda av investerare från den andra fördragsslutande parten. Sådan behandling ska inte vara mindre förmånlig än vad fördragsslutande part ger investeringar som dess egna investerare gjort inom dess territorium eller som ges investeringar gjorda av mest gynnad nations investerare, om den senare behandlingen skulle vara förmånligare ...”

11. I artikel 6, med rubriken ”Avhändande och kompensation”, föreskrivs följande:

”1) Ingen av de fördragsslutande parterna ska, direkt eller indirekt, vidta någon åtgärd som expropriation, nationalisering eller åtgärder av motsvarande art eller verkan avseende investeringar gjorda av investerare från den andra fördragsslutande parten, om inte åtgärden sker för att tillvarata ett allmänintresse och på ett icke-diskriminerande sätt under iakttagande av gällande lag, med förordnande om att effektiv och adekvat kompensation ska utgå ...”

12. I artikel 9, med rubriken ”Tvister mellan en fördragsslutande part och en investerare från den andra fördragsslutande parten”, föreskrivs följande:

”1) För att lösa tvister rörande investeringar mellan en fördragsslutande part och en investerare från den andra fördragsslutande parten

ska, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 10 i investeringsskyddsavtalet (Tvister mellan fördragsslutande parter), samråd ägarum mellan berörda parter.

och som ett alternativ till förfarandet enligt punkt 2 i denna artikel, hänskjutas till International Centre for Settlement of Investment Disputes.

2) Om sådant samråd inte inom sex månader leder fram till en lösning av tvisten ska den på begäran av investeraren hänskjutas till skiljenämnd. En sådan skiljenämnd ska upprättas på följande sätt:

...

a) Skiljenämnden ska upprättas för varje enskilt fall. ...

5) Ingen av de fördragsslutande staterna får driva en tvist som hänskjutits till skiljeförfarande genom diplomatiska kanaler, såvida inte den andra fördragsslutande staten inte erkänner eller följer det avgörande som lämnats av en skiljenämnd."

b) Om de tidsperioder som anges under a) i denna artikel inte iakttagits får endera part i tvisten, om det inte träffas någon annan överenskommelse, uppmana ordföranden vid Skiljedomstolen vid Internationella handelskammaren i Paris att genomföra nödvändiga utnämningar. ...

13. I artikel 10 med rubriken "Tvister mellan fördragsslutande parter" föreskrivs följande:

"1) Tvister mellan fördragsslutande parter angående tolkningen eller tillämpningen av bestämmelserna i investeringsskyddsavtalet ska biläggas genom diplomatiska kanaler.

c) Om inte parterna i tvisten har överenskommit om annat ska skiljenämnden fastställa sina förfaranderegler. Dess beslut är slutligt och bindande. Envar av de fördragsslutande parterna ska säkerställa skiljedomens erkännande och verkställighet. ...

2) Om de fördragsslutande parterna inte kan nå en överenskommelse inom tolv månader från tvistens början ska denna tvist på begäran av endera part hänskjutas till en skiljenämnd bestående av tre ledamöter. Var och en av de fördragsslutande parterna ska utse var sin ledamot, vilka tillsammans ska utse en ordförande som ska vara medborgare i tredje land.

3) För det fall att båda parter tillträtt Washingtonkonventionen av den 18 mars 1965 om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat kan tvister enligt denna artikel på begäran av investeraren

...

7) Skiljenämndens avgöranden är slutliga och bindande för var och en av de fördragsslutande parterna.”

sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder skall inte påverkas av bestämmelserna i detta fördrag.

14. I artikel 11, med rubriken ”Uppfyllande av åtaganden” föreskrivs följande:

I den mån dessa avtal inte är förenliga med detta fördrag skall den eller de berörda medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. Medlemsstaterna skall vid behov bistå varandra i detta syfte och i förekommande fall inta en gemensam hållning.

”Var och en av de fördragsslutande parterna ska kontinuerligt säkerställa att de åtaganden som gjorts uppfylls med avseende på investeringar som gjorts av investerare från den andra fördragsslutande parten.”

...”

B — *EU-rätten*

2. Direktiv 2003/54

1. EG-fördraget⁶

16. I artikel 9 i direktiv 2003/54, med rubriken ”Uppgifter som åligger de systemansvariga för överföringssystemet”, föreskrivs i relevanta delar följande:

15. Artikel 307 EG har följande lydelse:

”Varje systemansvarig för överföringssystemet skall ansvara för följande:

”De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena

...”

6 — Eftersom förevarande fördragsbrottstalan väcktes innan fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUT C 115, 2008, s. 47) trädde i kraft, hänvisas genomgående till fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EGT C 325, 2002, s. 33).

e) Att ingen diskriminerande åtskillnad görs mellan systemanvändare eller kategorier av systemanvändare, i synnerhet inte till förmån för anknutna företag.”

17. I artikel 20, med rubriken "Tillträde för tredje part", i direktiv 2003/54 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall se till att det införs en ordning för tredje parts tillträde till överförings- och distributionssystemen grundad på offentliggjorda tariffer, som skall gälla för alla berättigade kunder samt tillämpas objektivt och utan att någon diskriminerande åtskillnad görs mellan systemanvändarna. Medlemsstaterna skall se till att dessa tariffer, eller de metoder som använts för att beräkna dem, är godkända innan de träder i kraft i enlighet med artikel 23 samt att tarifferna – och metoderna om endast dessa har godkänts – offentliggörs innan de träder i kraft.

2. Den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet får vägra tillträde till systemet om det saknar nödvändig kapacitet. Vål grundade skäl som särskilt tar hänsyn till artikel 3 måste anföras för en sådan vägran. Vid behov, och om tillträde till systemet har vägrats, skall medlemsstaterna se till att den systemansvarige tillhandahåller relevant information om vilka åtgärder som skulle erfordras för att förstärka systemet. Den part som begär sådan information får åläggas en rimlig avgift för att täcka kostnaderna för tillhandahållande av informationen."

18. De undantag som föreskrivs i artikel 26 i direktiv 2003/54 gäller inte i förevarande mål.

19. Enligt artikel 29 i direktiv 2003/54 ska direktiv 96/62 upphöra att gälla från och med den 1 juli 2004 utan att det påverkar medlemsstaternas förpliktelser när det gäller tidsfrister för införlivande och tillämpning av nämnda direktiv.

20. Medlemsstaterna ska enligt artikel 30 i direktiv 2003/54 sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 1 juli 2004.

21. Enligt artikel 31 i direktiv 2003/54 trädde direktivet i kraft den tjugonde dagen efter det att det hade offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*. Direktivet offentliggjordes den 15 juli 2003.

3. Förordning nr 1228/2003⁷

22. I artikel 7, med rubriken "Nya sammanlänknings", föreskrivs i relevanta delar följande:

"1. Nya likströmslänkar får på begäran undantas från bestämmelserna i artikel 6.6. i

⁷ — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1228/2003 av den 26 juni 2003 om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel (EUT L 176, s. 1).

denna förordning och i artikel 20 och artikel [23.2, 23.3 och 23.4] i direktiv [2003/54], i enlighet med följande villkor:

a) Investeringen måste stärka konkurrensen vad gäller elförsörjning.

b) Den risknivå som är förenad med investeringen är sådan att investeringen inte skulle bli av om inte undantag beviljades.

c) Sammanlänkningen måste ägas av en fysisk eller juridisk person som åtminstone till juridisk form är skild från de systemansvariga inom vilkas system infrastrukturen kommer att byggas upp.

d) Avgifter tas ut från sammanlänkningens användare.

e) Sedan marknaden delvis har öppnats i enlighet med artikel 19 i direktiv 96/92/EG har inget kapital och inga driftskostnader för sammanlänkningen återvunnits ur någon del av avgifterna för användningen av de överförings- eller distributionssystem som sammanbinds av sammanlänkningen.

f) Undantaget kommer inte att skada konkurrensen eller en effektivt fungerande inre marknad för el eller hindra det reglerade system till vilket sammanlänkningen är kopplad från att fungera effektivt.

...

3. Punkt 1 skall även tillämpas på väsentliga kapacitetsökningar i befintliga sammanlänkningar.

4. a) Tillsynsmyndigheten får från fall till fall besluta om det undantag som avses i punkterna 1 och 2. Medlemsstaterna får emellertid föreskriva att tillsynsmyndigheterna skall överlämna ett yttrande till den berörda myndigheten i medlemsstaten, när ett formellt beslut skall fattas vid en begäran om undantag. Yttrandet skall offentliggöras tillsammans med beslutet.

...

5. Beslutet om undantag skall omedelbart anmälas till kommissionen av den behöriga myndigheten tillsammans med alla relevanta upplysningar om beslutet. Dessa upplysningar får överlämnas till kommissionen i samlad form, vilket gör det möjligt för kommissionen att fatta ett välgrundat beslut.

...

Senast två månader efter mottagandet av en anmälan får kommissionen kräva att den berörda tillsynsmyndigheten eller medlems-

staten ändrar eller återkallar beslutet att bevilja ett undantag. Tvåmånadersperioden kan förlängas med ytterligare en månad under vilken kommissionen inskaffar ytterligare upplysningar.

...”

III — Bakgrund och förfarandet

23. ATEL och SEPS föregångare slöt den 27 oktober 1997 det avtal varigenom SEPS gav ATEL rätten att överföra 300 MW i en 400 kV elektricitetsledning i den ännu inte byggda Lemesany-Krosno-ledningen mellan Polen och Slovakien under en tidsperiod på 16 år, vilken period löper ut den 31 september 2014. Republiken Slovakien är inte part i det avtalet. Ledningen förväntades kunna tas i bruk från den 1 oktober 1998. ATEL hade rätt att frånträda avtalet om ledningen inte var i bruk senast den 1 oktober 1999.

24. I utbyte mot denna överföringskapacitet skulle ATEL betala ett engångsbelopp på mer än 50 procent av de nödvändiga kostnaderna för att bygga Lemesany-Krosno-ledningen i Slovakien och en överföringsavgift som skulle beräknas vartannat år enligt en formel som

preciserades i avtalet. Parterna har rätt att överlåta sina rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till en efterträdare under förutsättning att efterträdaren kan uppfylla skyldigheterna enligt avtalet.

25. Avtalet, som upprättades på tyska, är en privaträttslig handling som omfattas av österrikisk rätt. I avtalet föreskrivs att tvister mellan parterna ska biläggas genom skiljeförfarande enligt de regler som fastställts av Internationella handelskammaren i Paris.

26. Republiken Slovakien undertecknade anslutningsfördraget den 16 april 2003. Direktiv 2003/54 offentliggjordes en kort tid senare, den 26 juni 2003. Republiken Slovakien blev genom anslutningsfördraget medlemsstat i EU den 1 maj 2004.⁸ Som medlemsstat i EU har den att uppfylla alla skyldigheter enligt EG-fördraget. Eftersom införlivandefristen för direktiv 2003/54 löpte ut i juni 2004, utgjorde det direktivet inte del av den gemenskapslagstiftning (*acquis communautaire*) som Republiken Slovakien förväntades införliva vid tiden för EU-inträdet. Vidare innehöll anslutningsakten inga villkor rörande tillämpningen av direktiv 96/92 på Republiken Slovakien.⁹

8 — Fördrag mellan Konungariket Belgien, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Grekland, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Irland, Republiken Italien, Storhertigdömet Luxemburg, Konungariket Nederländerna, Republiken Österrike, Republiken Portugal, Republiken Finland, Konungariket Sverige, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (Europeiska unionens medlemsstater) och Republiken Tjeckien, Republiken Estland, Republiken Cypern, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Malta, Republiken Polen, Republiken Slovenien, Republiken Slovakien om Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till Europeiska unionen (EUT L 236, 2003, s. 17).

9 — Enligt kommissionen kunde Republiken Slovakien ha begärt en övergångslösning i sin anslutningsakt, bekräftande dess rätt att fortsätta att förbehålla ATEL överföringskapacitet. Jag kommer att pröva detta argument nedan.

27. Den 10 april 2006 skickade kommissionen en formell underrättelse till Republiken Slovakien, följd av ett motiverat yttrande den 15 december 2006. Den har i sin ansökan till domstolen anfört att det prioriterade tillträde som getts ATEL enligt avtalet är oförenligt med Slovakiens skyldigheter enligt artiklarna 9 e och 20.1 i direktiv 2003/54, som rör icke-diskriminerande tillträde till nätet för elöverföring.

behandling är försvarlig med hänsyn till energistadgefördraget eller artikel 307.1 EG.

A — Inledande frågor

28. Enligt domstolens praxis ska frågan huruvida det föreligger en överträdelse bedömas utifrån den situation som råder vid utgången av den period som angetts i det motiverade yttrandet, det vill säga två månader efter den 15 december 2006.¹⁰

30. Förevarande fall ger upphov till två preliminära frågor, nämligen i) huruvida SEPS uppträdande kan tillskrivas Republiken Slovakien, och ii) huruvida domstolen eller kommissionen kan tvinga Republiken Slovakien att häva ett privaträttsligt avtal för att komma till rätta med dess överträdelse.

IV — Bedömning

29. Vid bedömningen av detta mål ska jag först behandla några inledande frågor och därefter pröva huruvida Republiken Slovakiens behandling av ATEL utgör diskriminering, i strid med direktiv 2003/54. Om så är fallet, ska jag pröva huruvida en sådan

31. När det gäller den första frågan framgår det, även om ingen av parterna tagit upp frågan om SEPS ägande, att Republiken Slovakien äger 100 procent av aktierna i SEPS.¹¹ Därmed kan SEPS uppträdande tillskrivas Republiken Slovakien, eftersom ett statligt ägt företags uppträdande tillskrivs medlemsstaten.¹²

32. När det gäller den andra frågan framgår det av Republiken Slovakiens svarsinlaga att den slovakiska energimyndigheten (URSO) var negativ till det prioriterade tillträde som

10 — Domstolens dom av den 27 november 1990 i mål C-200/88, kommissionen mot Grekland (REG 1990, s. I-4299), punkt 13, av den 31 mars 1992 i mål C-362/90, kommissionen mot Italien (REG 1992, s. I-2353), punkt 10, och av den 7 mars 2002 i mål C-29/01, kommissionen mot Spanien (REG 2002, s. I-2503), punkt 11.

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

12 — Se, exempelvis, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043).

getts ATEL. Detta ledde till en ändrad praxis när det gäller tillträde till nätverket. Enligt skrivelser som bifogats Republiken Slovaikiens svarsinlägga från ordföranden för URSO och ordföranden för SEPS, båda daterade den 10 juli 2009 och upprättade med avseende på förevarande mål, har ATEL inte längre prioriterat tillträde till nätverket, utan förvärvar sedan den 1 januari 2008 hela sin kapacitet genom ett auktionsförfarande.

33. Enligt kommissionen är det inte tillräckligt att åtgärda intrånget, eftersom avtalet mellan ATEL och SEPS alltjämt gäller. Den har till stöd för denna uppfattning anfört att domstolen har fastslagit att en administrativ praxis inte är en tillräcklig åtgärd för att komma till rätta med en överträdelse.

34. Domstolen fastslog i domen i målet kommissionen mot Grekland att enbart en administrativ praxis, vilken är av sådan art att den kan ändras genom att myndigheterna ändrar uppfattning, inte befriar medlemsstaterna från skyldigheten att upphäva lagstiftning som är oförenlig med gemenskapsrätten.¹³ Enligt denna rättspraxis är det bara genom en lagändring som ett upphörande av överträdelsen kan säkerställas.

35. I förevarande mål har emellertid överträdelsen sin grund i ett privaträttsligt avtal mellan två företag vilket omfattas av österrikisk rätt, och inte i lagstiftning eller annan reglering. Det är därför inte klart vilka rättsliga åtgärder som Republiken Slovakien skulle vidta såsom medlemsstat med avseende på avtalet för att komma till rätta med den påstådda överträdelsen. Rättspraxis enligt domen i målet kommissionen mot Grekland är således inte direkt tillämplig i detta fall.

36. Situationen i förevarande mål ger således upphov till intressanta frågor om huruvida medlemsstaten även är skyldig att få ett privaträttsligt avtal upphävt för att överträdelsen ska upphöra. Frågan huruvida en medlemsstat är skyldig att upphäva ett avtal när domstolen konstaterar att det föreligger en överträdelse har huvudsakligen diskuterats inom offentlig upphandling.¹⁴ Enligt min mening är denna rättspraxis av begränsat värde, eftersom själva syftet med reglerna om offentlig upphandling är att reglera hur avtal träffas och tilldelas av upphandlande myndigheter eller organ som använder offentliga medel. Så är inte fallet när det gäller eldistribution.

37. Det förefaller, utanför området för offentlig upphandling, tvivelaktigt att en medlems-

13 — Dom av den 14 juli 1988 i mål C-38/87, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 4415), punkterna 9, 10, 12 och 16.

14 — Dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609). Dom av den 28 oktober 1999 i mål C-328/96, kommissionen mot Österrike (REG 1999, s. I-7479).

stat skulle vara skyldig att få ett giltigt avtal mellan två företag upphävt. Sådana åtgärder skulle utgöra ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och skulle utgöra en bestraffning av oskyldiga utomstående för överträdelser som annan gjort sig skyldig till. I principerna för en europeisk avtalsrätt anges att det bara är i undantagsfall som en lagöverträdelse automatiskt leder till att ett avtal ska anses vara ogiltigt. Det krävs därvid att det föreligger ett tillräckligt klart åsidosättande av en allmän rättsprincip eller en tvingande rättsregel.¹⁵

38. Det ska framhållas att även om Republiken Slovakien vore part i avtalet skulle denna medlemsstat enligt min mening inte ha rätt att frånträda avtalet utan ATEL:s samtycke. Det framgår av handlingarna i målet att ATEL har hävdat sin rätt enligt avtalet.¹⁶

B — *Föreligger det diskriminering enligt direktiv 2003/54?*

39. Kommissionen har gjort gällande att förbehållandet av en del av överföringskapaciteten

15 — Artiklarna 15:101 och 15:102. Se http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm

16 — Det framgår inte av akten varför avtalet inte längre tillämpas mellan parterna. Eftersom ATEL inte är part i förevarande mål, är det omöjligt att få klarhet i vad bolaget anser i denna fråga. Enligt min mening kan det finnas godtagbara ekonomiska eller rättsliga skäl för att ATEL – samtidigt som bolaget inte kräver att avtalet tillämpas – inte är berett att avstå från sin rätt enligt avtalet.

till ett företag innebär att det företaget ges en privilegierad ställning till nackdel för andra användare, vilket i sin tur utgör diskriminering mellan olika företag som söker tillträde till nätverket. Den har därvid hänvisat till domen i målet VEMW, där domstolen slog fast att direktiv 96/92 utgjorde hinder för åtgärder som reserverade kapacitet för gränsöverskridande elöverföring, när sådana åtgärder inte godkänts enligt det undantag som angetts i artikel 24 i det direktivet.¹⁷

40. Slovakien har gjort gällande att ATEL, eftersom det i väsentlig mån bidragit till byggandet av Lemesany-Krosno-ledningen, befinner sig i en annan situation än andra användare. Att behandla det företaget annorlunda utgör därför inte diskriminering.

41. Enligt fast rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen att jämförbara fall inte får behandlas olika och olika situationer inte

17 — Dom av den 7 juni 2005 i mål C-17/03, VEMW (REG 2005, s. I-4983).

behandlas lika, utan att det föreligger saklig grund.¹⁸

42. Prioriterad tillgång till 300 MW i Lemesany-Krosno-ledningen utgör en åtskillnad i behandling mellan ATEL och andra företag som vill ha tillträde till nätet. Den fråga som ska prövas är därför huruvida ATEL befinner sig i en situation som är jämförbar med dessa andra företag.

1. Utgör prioriterat tillträde alltid diskriminering? Det synsätt som ligger till grund för domen i målet VEMW

43. Domen i målet VEMW rörde reserverandet av en del av kapaciteten i det gränsöverskridande överföringssystemet för elimport till Nederländerna till förmån för ett tidigare monopol (Samenwerkende Electriciteits Produktiebedrijven NV, senare Nederlands Electriciteit Administratiekantoor BV, nedan kallat SEP/NEA). SEP/NEA hade att tillhandahålla tjänster av allmänintresse vars syfte

var att säkerställa elleveranser i Nederländerna för återförsäljning till rimliga priser. Mot denna bakgrund hade SEP/NEA, innan direktiv 96/92 trädde i kraft, träffat en rad internationella avtal om elimport och hade därmed behov av den kapacitet som reserverats för företaget. Företaget gjorde därför gällande att det befann sig i en situation som skiljde sig från andra företags och att det därför inte förelåg någon diskriminering.

44. Domstolen avfärdade underförstått detta argument. Den anförde att eftersom SEP/NEA inte längre hade denna uppgift, till följd av att direktiv 96/92 och den relevanta nationella lagstiftning som införlivade det direktivet hade trätt i kraft, befann sig företaget i en med de andra operatörerna jämförbar situation.

45. Domstolen prövade därefter huruvida denna särbehandling var motiverad,¹⁹ och konstaterade att så inte var fallet. Den hänvisade därvid till artikel 24 i direktiv 96/92. Medlemsstaterna kunde inte ensidigt särbehandla elimportörer på den grunden att det vore möjligt att erhålla undantag enligt

18 — Dom av den 12 mars 2002 i de förenade målen C-27/00 och C-122/00, Omega Air (REG 2002, s. I-2569), punkt 79 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 14 april 2005 i de förenade målen C-128/03 och C-129/03, AEM och AEM Torino (REG 2005, s. I-2861), punkt 58 och där angiven rättspraxis, av den 12 december 2002 i mål C-442/00, Rodríguez Caballero (REG 2002, s. I-11915), av den 9 september 2003 i mål C-137/00, Milk Marque och National Farmers' Union (REG 2003, s. I-7975), punkt 126, av den 20 september 1988 i mål C-203/86, Spanien mot rådet (REG 1988, s. 4563), punkt 25, av den 17 april 1997 i mål C-15/95, EARL de Kerlast (REG 1997, s. I-1961), punkt 35, av den 13 april 2000 i mål C-292/97, Karlsson (REG 2000, s. I-2737), punkt 39, och av den 6 mars 2003 i mål C-14/01, Niemann (REG 2003, s. I-2279), punkt 49.

19 — Domen i målet VEMW (ovan fotnot 17), punkt 54.

direktivet,²⁰ då detta skulle riskera att såväl artikel 24 som direktivet självt skulle förlora sin ändamålsenliga verkan.²¹ Domstolen förefaller av detta ha dragit slutsatsen att diskriminering aldrig kan motiveras enligt direktivet om inte undantag har beviljats.²²

undantas från diskrimineringsbestämmelserna, medan investeringar som gjorts mellan dessa tidpunkter inte kan undantas. Det har med rätta framhållits att detta är ett märkligt resultat.²³

46. Det har gjorts gällande att det varken är riktigt eller önskvärt att, såsom kommissionen har gjort, dra den slutsatsen att domen i det målet utgör en allmän princip enligt vilken prioriterat tillträde alltid utgör diskriminering om inte undantag beviljats.

47. För det första gäller kritiken situationer när undantag inte är möjligt. Tekniskt sett kan synsättet i domen i målet VEMW inte tillämpas i den situationen, vilket medför att det skapas en tidsmässig lucka och leder till diskriminerande behandling mellan investerare beroende på när deras investeringar gjordes. Således kan investeringar som gjorts innan undantagsbestämmelsen i direktiv 96/92 löpte ut (den 20 februari 1998) och sådana som gjorts efter det att förordning nr 1228/2003 trädde i kraft (den 1 juli 2004)

48. För det andra kan det finnas skäl att behandla oberoende investerare annorlunda än andra företag som önskar tillträde till elledningar. Investeringar är viktiga inom energisektorn då det inom denna sektor krävs såväl byggande av nya ledningar som utveckling av befintlig teknik.²⁴ Genomförandet av sådana projekt är mycket kostsamt.²⁵ Eftersom elnät utgör naturliga monopol,²⁶ är det ur marknadsliberaliseringssynpunkt önskvärt att privata företag investerar i näten, då detta hjälper till att bryta upp tidigare monopol. Kommissionen har vidare fastslagit att reserverande av kapacitet i syfte att säkerställa investeringar inte är konkurrensbegränsande

20 — Domen i målet VEMW (ovan fotnot 17), punkt 61.

21 — Domen i målet VEMW (ovan fotnot 17), punkterna 58 och 61–63.

22 — Detta är hur kommissionen förefaller ha tolkat domen i målet VEMW. Se *Commission staff working document on the decision C-17/03 of June 2005 of the Court of Justice of the European Communities SEC (2006) 547*, av den 26 april 2006.

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

24 — Se, exempelvis, den Europaomfattande tioåriga investeringsplan som anges i förordning nr 1228/2003.

25 — Talus, K. and Wälde, T., *Electricity interconnectors in EU law: energy, security, long term infrastructure contracts and competition law*, *European Law Review* [2007] Vol. 32, nr.1, s. 133.

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

i den mening som avses i artikel 81 EG och heller inte strider mot artikel 82 EG.²⁷

inom energisektorn,³⁰ då detta är särskilt viktigt för att säkerställa leveranssäkerheten inom EU.³¹

49. Även om jag instämmer i denna kritik är det så, att det synsätt som ligger till grund för domen i målet VEMW passar bättre in i hela det system för marknadsliberalisering som lagstiftaren eftersträvar inom ramen för energipolitiken.

50. Syftet med EU:s energipolitik är att öppna marknader, öka konkurrensen på marknaden och skapa jämlika marknadsförutsättningar genom att inte längre förmånsbehandla före detta monopol.²⁸ Principen om tillträde på lika villkor är avgörande för att uppnå detta mål.²⁹

51. Liberaliseringssyftet måste emellertid vägas mot intresset att främja investeringar

52. Syftet att främja investeringar äventyras enligt min mening inte genom domen i målet VEMW eller av direktiv 2003/54, eftersom dessa inte bygger på ett totalförbud mot diskriminering.³² Gemenskapslagstiftaren beaktade behovet av att under vissa förhållanden skydda investeringar enligt direktiv 2003/54.³³ Sälunda föreskrivs i artikel 7 i förordning nr 1228/2003 att nya sammanlänknings efter ansökan kan undantas från bestämmelserna i artikel 20 i direktiv 2003/54 på de villkor som anges i den artikeln. Sammanlänknings definieras, såvitt gäller tillämpning av den förordningen, som

27 — Beslut COMP/E-3/37.921, "Viking Cable" (EGT C 247, 2001, s. 11). Se även kommissionen, XXXIII:e rapporten om konkurrenspolitiken (2003), s. 202.

28 — Skälen 1–5 i direktiv 2003/54. Se även dom av den 22 maj 2008 i mål C-439/06, Citiworks AG (REG 2008, s. I-3913), punkt 38, och av den 9 oktober 2008 i mål C-239/07, Sabatauskas (REG 2008, s. I-7523), punkt 31.

29 — Se generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande i det i fotnot 17 ovan nämnda målet VEMW, punkt 58.

30 — Se, bland annat, kommissionens grönbok "En europeisk strategi för en hållbar, konkurrenskraftig och trygg energiförsörjning", 8.3.2006, KOM(2006) 105 slutlig, i vilken kommissionen anför att EU:s energipolitik syftar till att upprätta en inre energimarknad som är integrerad, hållbar, konkurrenskraftig och säker.

31 — Således har Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/89/EG av den 18 januari 2006 om åtgärder för att trygga elförsörjning och infrastrukturinvesteringar (EUT L 33, 2006, s. 22) det uttalade syftet att säkerställa tillräckliga investeringar i elproduktionskapacitet för att säkerställa en lämplig balans mellan tillgång och efterfrågan.

32 — Det är även intressant att notera att direktiv 2009/72, det nya direktiv som ersätter direktiv 2003/54, innehåller uttryckliga bestämmelser om koordinering av investeringsplaner i EU mellan medlemsstaterna (se kommissionens meddelande till parlamentet 2007/0195 COD).

33 — Artikel 7 i förordning nr 1228/2003 som gäller från den 1 juli 2004.

en överföringsledning som passerar gränsen mellan medlemsstater.³⁴

investeringar och också vad lagstiftaren sökt åstadkomma.

53. Således är det i detta system under vissa förhållanden tillåtet med särbehandling, även om den slutligen kontrolleras av kommissionen. Enligt det förfarande som föreskrivs i artikel 7 i förordning nr 1228/2003 får tillsynsmyndigheten från fall till fall besluta om undantag från artikel 20 i direktiv 2003/54 vid investeringar i nya likströmslänkar. Medlemsstaterna får även föreskriva att tillsynsmyndigheten ska överlämna sitt yttrande över ansökan om undantag till den behöriga myndigheten i medlemsstaten för formellt beslut.³⁵ Kommissionen underrättas sedan om beslutet om undantag så att den kan granska detta beslut. Efter att ha granskat undantaget får den kräva att den berörda tillsynsmyndigheten i medlemsstaten ändrar eller återkallar beslutet att bevilja ett undantag.³⁶

54. Mot denna bakgrund är den allmänna regeln, att prioriterat tillträde inte är tillåtet om det inte omfattas av ett motsvarande undantag, enligt min mening en lämplig avvägning mellan intresset av marknadsliberalisering och behovet av att främja och skydda

2. ATEL och oberoende investerare

55. Republiken Slovakiens argument att investerare inte befinner sig i en jämförbar situation är således inte hållbart.

56. Detta gäller trots att denna slutsats medför allvarigare konsekvenser för företaget i förevarande mål än för företaget i målet VEMW. SEP/NEA kunde då sälja den elektricitet det åtagit sig att köpa enligt de där aktuella avtalen utanför Nederländerna,³⁷ medan ATEL inte rimligen kan förfoga över sin avtalade rätt till prioriterat tillträde i förevarande mål, då denna rätt har blivit värdelös.

57. Om investerare tilläts behandlas olika vore det emellertid möjligt för en liten grupp företag att köpa prioriterat tillträde, vilket

34 — Artikel 2.1 i förordning nr 1228/2003.

35 — Artikel 7.4 a i förordning nr 1228/2003.

36 — Artikel 7.5 i förordning nr 1228/2003.

37 — Domen i målet VEMW (ovan fotnot 17), punkt 83. Domstolen hänvisade även till det nationella företagens möjlighet till kompensation från myndigheterna av det skälet att de inte hade ansökt om undantag enligt artikel 24 i direktiv 96/92 (se punkt 86).

strider mot själva syftet med direktiv 2003/54 och mot EU:s energipolitik allmänt.

58. ATEL är endast ett av de företag som önskar tillträde till nätet för att överföra el till sina kunder. I detta avseende konkurrerar företaget med en rad andra eldistributörer. Det måste därmed anses befinna sig i en situation som är jämförbar med den situation som dessa företag befinner sig i.

59. Den förmånliga behandlingen i förevarande mål utgör således enligt min mening diskriminering i den mening som avses i direktiv 2003/54. Det är därför nödvändigt att pröva huruvida sådan behandling kan motiveras.

C — Motivering

1. Energistadgefördraget

60. Republiken Slovakiens huvudsakliga argument för att motivera den förmånliga behandling som getts ATEL grundas på de skyldigheter som följer av energistadgefördraget. Medlemsstaten har med rätta anfört

att direktiv 2003/54 ska tolkas mot bakgrund av EU:s skyldigheter enligt energistadgefördraget.³⁸ Eftersom energistadgefördraget utgör ett blandat avtal är EU dessutom bundet av skyldigheterna avseende rättvis och skälig behandling och förbudet mot expropriation i energistadgefördraget, vilka påminner om de materiella bestämmelserna i investeringskyddsavtalet.

61. Enligt min mening kan emellertid inte de specifika bestämmelserna i direktiv 2003/54, vilka i detalj tolkats i domen i målet VEMW, inte åsidosättas med stöd av de mer allmänna bestämmelserna i energistadgefördraget.³⁹ Detta gäller i än högre grad för en tolkning som skulle innebära ett retroaktivt undantag från förbudet mot diskriminering i direktiv 2003/54.

62. Den fråga som därmed kvarstår grundas på de skyldigheter som EU direkt har i egenkap av part i energistadgefördraget.

63. Enligt min mening ger energistadgefördraget inte investeraren ett mer omfattande skydd än vad investeringskyddsavtalet ger. EU:s energirätt enligt direktiv 2003/54 och förordning nr 1228/2003 kan inte anses bristfällig vad gäller att uppfylla de krav som ställs i energistadgefördraget beträffande

38 — Dom av den 10 december 1996 i mål C-61/94, kommissionen mot Tyskland (REG 1996, s. I-3898), punkt 52.

39 — Dom av den 16 juli 1998 i mål C-136/96, Scotch Whisky Association (REG 1998, s. I-4571), punkt 47.

investeringar som tidsmässigt (*ratione temporis*) omfattas av dessa rättsakter. Den allmänna skyddsnivån för skyddet av mänskliga rättigheter som följer av EU-rätten ger dessutom investerarna ett skydd, avseende utnyttjande av och skydd för investeringar, som medför att de skyldigheter som följer av artiklarna 10.1 och 13.1 i energistadgefördraget är uppfyllda.⁴⁰

64. Eftersom avtalet i förevarande mål skyddas av artikel 307.1 EG, uppträder inte EU på ett sätt som är oförenligt med dess skyldigheter mot ATEL enligt energistadgefördraget. Det förefaller därför inte vara nödvändigt att ytterligare analysera tolkningen av energistadgefördraget.

2. Undantag

65. Kommissionen har gjort gällande att Republiken Slovakien borde ha förhandlat om ett undantag för ATEL/SEPS-avtalet i dess anslutningsakt.

66. Enligt min mening kunde emellertid inte Republiken Slovakien förväntas ha förhandlat om ett undantag för en bestämmelse vars EU-rättsliga ställning var oklar. Det framgick inte klart vid tidpunkten för anslutningen att förmånsbehandlingen skulle utgöra diskriminering i den mening som avses i direktiv 2003/54. När anslutningsfördraget förhandlades hade domen i målet VEMW inte meddelats.⁴¹ Den nederländska, den franska och den finländska regeringen liksom kommissionen hade i målet VEMW uppfattningen att det prioriterade tillträdet som det målet rörde inte utgjorde diskriminering.⁴² Vidare förefaller kommissionen i sin årliga konkurrensrapport för år 2003 ha framfört uppfattningen att avtal som slutits före liberaliseringen var giltiga, även om de gav upphov till konkurrensrättsliga frågor.⁴³ Det är tveksamt om medlemsstaterna och kommissionen skulle ha varit beredda att godta ett undantag för ett kandidatland i medlemskapsförhandlingarna, om det sökta undantaget skulle förutsätta en syn på gemenskapsrätten som de då inte delade.

67. Om å andra sidan avtalet är skyddat enligt artikel 307.1 EG, saknar spekulationerna om medlemskapsförhandlingarna betydelse,

40 — När det gäller skyddet för ATEL:s investering tror jag inte att det skulle kunna bli någon sådan övergång av skyldigheter mellan Republiken Slovakien och EU att EU skulle ha specifika skyldigheter enligt energistadgefördraget mot en investerare som gjort investeringar inom en fördragsslutande parts territorium före anslutningen till EU.

41 — Anslutningsfördraget, vilket innefattar anslutningsakten, undertecknades i Aten den 16 april 2003. Domen i målet VEMW (ovan fotnot 17) gavs den 7 juni 2005.

42 — Punkt 39.

43 — Kommissionen, XXXIII:e Rapporten om konkurrenspolitiken (2003), s. 202.

eftersom Republiken Slovakien i sådant fall inte behövde något undantag.

D — *Artikel 307 EG: Internationella avtal som ingåtts före anslutningen*

68. Kommissionen har anfört att ett avtal som ingåtts före anslutningen i den mening som avses i artikel 307 EG inte medför några skyldigheter och att detta därför inte kan motivera den särskilda behandling som lämnats ATEL.

1. Utgör avtalet en investering som kan skyddas enligt investeringskyddsavtalet?

69. Investeringskyddsavtalet gäller för investeringar, som definieras som "varje form av tillgång". I avtalet finns en icke uttömmande förteckning över exempel på vad som kan utgöra en investering, i vilken det bland annat anges "anspråk på och rättigheter till varje form av prestation med ekonomiskt värde".⁴⁴

44 — Artikel 1.2 c i investeringskyddsavtalet.

70. ATEL har i förevarande mål förvärvat rätten till överföring inom en angiven kapacitet i Lemesany-Krosno-ledningen genom att betala över halva byggkostnaden samt en överföringsavgift, till ett pris som ska fastställas i enlighet med bestämmelserna i avtalet. SEPS är i gengäld skyldigt att uppfylla sin del av avtalet och ge ATEL tillgång till denna kapacitet när det så kräver, det vill säga att, med företräde framför andra företag, tillhandahålla en tjänst till ett företag sysselsatt med elöverföring. Denna rättighet som ATEL har förvärvat har ett ekonomiskt värde, eftersom det garanterar det tillträde till det slovakiska nätet för elöverföring som företaget behöver för att sälja el från eller via Ungern till Polen.

71. Rättigheten kan därför sägas utgöra en investering i den mening som avses i artikel 1 c i investeringskyddsavtalet.

2. Ger investeringskyddsavtalet upphov till förpliktelser i den mening som avses i artikel 307 EG?

72. Genom artikel 307 EG eftersträvas en avvägning mellan å ena sidan de rättigheter som tredjeland kan ha förvärvat före anslutningen av ett land (enligt artikel 307.1 EG) och, å andra sidan, intresset av att komma till rätta med den oförenlighet med EU-fördraget som sådana rättigheter kan ge upphov till genom

medlemsstaternas skyldigheter att vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget (enligt artikel 307.2 EG).⁴⁵ Domstolens senare rättspraxis har rört denna senare skyldighet grundad på artikel 307.2 EG.⁴⁶ Förevarande mål rör emellertid enbart artikel 307.1 EG, då kommissionen inte har gjort gällande att artikel 307.2 EG har åsidosatts.

73. Enligt artikel 307.1 EG påverkas inte de rättigheter och förpliktelser som följer av ett avtal som en medlemsstat före sin anslutning har ingått med ett tredjeland av bestämmelserna i fördraget.⁴⁷ Således löses konflikten mellan två oförenliga förpliktelser till förmån för den först träffade överenskommelsen och kodifierar därmed den folkrättsliga principen att ett senare träffat fördrag som är oförenligt med ett tidigare inte kan påverka de rättigheter som en stat har när den enbart är part i det först träffade fördraget.⁴⁸

45 — Dom av den 4 juli 2000 i mål C-62/98, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-5171), punkt 50.

46 — Se, exempelvis, domar av den 3 mars 2009 i mål C-205/06, kommissionen mot Österrike (REG 2009, s. I-1301), och i mål C-249/06, kommissionen mot Sverige (REG 2009, s. I-1335), och av den 19 november 2009 i mål C-118/07, kommissionen mot Finland (REG 2009, s. I-10889).

47 — Se även domen i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 46), punkt 33 och där angiven rättspraxis (dom av den 14 oktober 1980 i mål 812/79, Burgoa, REG 1980, s. 2787, punkt 8, svensk specialutgåva, volym 5, s. 313, av den 4 juli 2000 i mål C-84/98, kommissionen mot Portugal, REG 2000, s. I-5215, punkt 53, och av den 18 november 2003 i mål C-216/01, Budějovický Budvar, REG 2003, s. I-13617, punkterna 144 och 145).

48 — Artikel 34 i Wienkonventionen.

74. Även om det i artikel 307.1 EG enbart hänvisas till medlemsstaternas förpliktelser skulle bestämmelsens ändamål inte uppnås ifall den inte även omfattade en skyldighet för gemenskapens institutioner att inte förhindra medlemsstaterna från att uppfylla sina förpliktelser enligt ett tidigare träffat avtal.⁴⁹

75. Artikel 307.1 EG medför vidare inte, för enskilda som förlitar sig på innehållet i ett avtal som föregått anslutningen, några rättigheter som medlemsstaternas domstolar måste upprätthålla. Artikeln påverkar inte heller de rättigheter som enskilda kan ha till följd av sådana avtal ssidativt.⁵⁰

76. Det står i förevarande mål klart att Republiken Slovakien enligt investeringsskyddsavtalet har skyldigheter gentemot Schweiziska edsförbundet att skydda investeringar som schweiziska investerare gjort i Slovakien. Vidare ger investeringsskyddsavtalet enligt folk-rätten även rättigheter till investerare som har rätt att påkalla skiljeklausulen i avtalet mot

49 — Domen i målet Burgoa (ovan fotnot 47), punkt 9.

50 — Domen i målet Burgoa (ovan fotnot 47), punkt 10. Principen om "icke-påverkan" angavs klart av generaladvokaten Capotorti i hans förslag till avgörande (s. 2), där han anförde att "den första punkten i artikel 234 tillför inget till den ursprungliga ställningen för rättigheter och skyldigheter enligt tidigare avtal mellan medlemsstater och tredje land och att sådana rättigheter och skyldigheter alljämt står helt utanför gemenskapsrätten. Även om den bestämmelsen inte hade förts in i fördraget skulle den befintliga rättsliga ställningen för relationer med icke-medlemsstater ändå ha förblivit opåverkad."

en fördragsslutande part, oberoende av vilka verkningar som investeringskyddsavtalet medför enligt de fördragsslutande parternas rättsordningar och utan att det är nödvändigt att genomdriva dessa rättigheter på diplomatisk väg enligt folkrätten.

Enligt kommissionen skulle en uppsägning av avtalet inte utgöra i) något åsidosättande av skyldigheten enligt investeringskyddsavtalet att behandla investeringar rättvist och skäligt eller ii) expropriation i den mening som avses i investeringskyddsavtalet.

77. Eftersom privata personers rättigheter enligt ett avtal mellan stater som träffats före anslutningen inte påverkas, är det så att om Republiken Slovakien har skyldigheter gentemot ATEL enligt investeringskyddsavtalet vilka inte kan uppfyllas om medlemsstaten tillämpar direktiv 2003/54 såsom det tolkades av domstolen i domen i målet VEWM, så kan medlemsstaten freda sig med hänvisning till artikel 307.1 EG. Den särskiljande behandlingen är i sådant fall berättigad.

79. Som en allmän utgångspunkt är domstolen inte behörig att tolka investeringskyddsavtalet, då den uppgiften uteslutande ankommer på skiljenämnder som utses i tvist mellan fördragsslutande part och en investerar från en annan fördragsslutande part, enligt artikel 9 i investeringskyddsavtalet, eller som utses av de fördragsslutande parterna, enligt artikel 10. Detsamma gäller tolkningen av avtalet. Skiljeklausulerna i investeringskyddsavtalet och i avtalet medför också en risk att en behörig skiljenämnd som prövar de bestämmelserna drar andra slutsatser än domstolen.

78. Kommissionen har för det första gjort gällande att EU-rätten och investeringskyddsavtalet i sig inte är oförenliga, eftersom det inte finns något i det sistnämnda som är oförenligt med EU-rätten. Kommissionen har vidare förnekat att det skulle föreligga någon sådan skyldighet gentemot ATEL enligt investeringskyddsavtalet, eftersom Republiken Slovakien enligt investeringskyddsavtalet inte är skyldig att upprätthålla ATEL/SEPS-avtalet.

80. Inom ramen för detta fördragsbrottsförfarande måste domstolen emellertid i viss mån "tolkningsvis rekonstruera" grunddragen i den rättsliga situation som skapats av dessa företag, för att kunna avgöra huruvida det föreligger en förpliktelse i den mening

som avses i artikel 307.1 EG.⁵¹ För domstolens del utgör emellertid dessa grunddrag faktiska omständigheter avseende den påstådda överträdelsen och inte rättsliga normer som domstolen har att tolka.

81. När domstolen tolkar internationella avtal ska den göra det i enlighet med artikel 31 i Wienkonventionen. Enligt denna bestämmelse ska en traktat tolkas ärligt, i överensstämmelse med den gängse meningen med traktatens uttryck, sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte. I detta avseende ska hänsyn, utöver sammanhanget, tas till relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna.

82. Enligt artikel 31.4 i Wienkonventionen är det, vid tolkningen av bestämmelserna i en internationell traktat, även viktigt att beakta den speciella mening som parterna avsett att ge en viss term. Det framgår i förevarande mål klart att investeringsskyddsavtalets parter avsåg att ge lydelsen av investeringsskyddsavtalet den innebörd som getts den av internationella skiljenämnder och av International Centre for Settlement of Investment Disputes (nedan kallat ICSID), eftersom det i

51 — Se dom av den 2 augusti 1993 i mål C-158/91, Levy (REG 1993, s. I-4287, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-295), i vilken domstolen fastslog att det för att avgöra huruvida en gemenskapsrättslig norm ska ge vika för ett tidigare internationell avtal är "av vikt att pröva huruvida detta medför förpliktelser för den berörda medlemsstaten av sådant slag att de tredje länder som är parter i avtalet i fråga fortfarande kan kräva deras fullgörande" (punkt 13). Se även dom av den 14 januari 1997 i mål C-124/95, Centro-Com (REG 1997, s. I-81), punkt 57, och av den 10 mars 1998 i de förenade målen C-364/95 och C-365/95, T Port (REG 1998, s. I-1023), punkt 60.

investeringsskyddsavtalet uttryckligen anges att tvister ska lösas genom skiljenämnd som upprättats enligt det förfarande som anges i investeringsskyddsavtalet eller genom att tvisten hänskjuts till ICSID.⁵² Även om det i skiljeförfaranden inte är allmänt etablerat att prejudikat har bindande verkan, hänvisar skiljenämnder i sina beslut ofta till avgöranden från andra skiljenämnder.

83. Investeringsskyddsavtalets ändamål, såsom det anges i dess ingress, är att skapa och upprätthålla förmånliga villkor för investeringar samt att främja och skydda sådana investeringar. Vidare anges det uttryckligen i artikel 3 i investeringsskyddsavtalet att fördragsslutande part ska främja investeringar inom sitt territorium.

84. I artikel 4 i investeringsskyddsavtalet föreskrivs hur investeringar ska behandlas och skyddas när de en gång tillåtits. När det gäller skyddet för investeringar i fråga om avhändande återfinns bestämmelser i artikel 6 i investeringsskyddsavtalet. Jag ska bedöma innebörden av dessa artiklar i tur och ordning.

52 — Artikel 9.3 i investeringsskyddsavtalet.

a) ”Rättvis och skälig behandling” enligt artikel 4 i investeringsskyddsavtalet

85. Kommissionen har med avseende på artikel 4 i investeringsskyddsavtalet gjort gällande att ATEL inte kunde ha berättigade förväntningar på att de nationella bestämmelserna skulle förbli oförändrade, i synnerhet eftersom ATEL måste ha varit medvetet om att Slovakien stod i begrepp att anslutas till EU då Republiken Slovakien redan undertecknat Europaavtalet och ingett sin ansökan om anslutning till EU.

86. Republiken Slovakien har gjort gällande att ATEL vid tidpunkten för investeringen år 1997 inte kunde förutse vid vilken tidpunkt som Slovakien skulle anslutas till EU. Bolaget kunde i alla händelser inte förvänta sig att berövas sin investering, särskilt som dåvarande energipolitik inom EU syftade till att utveckla elöverföringskapaciteten, även utanför Europa, i enlighet med direktiv 90/547/EEG.⁵³

87. Det är riktigt att tidsföljden för Republiken Slovakiens anslutning till EU skiljde sig från den tidsföljd som gällde för övriga länder som anslöts vid samma tidpunkt. Republiken Slovakien undertecknade associationsavtalet den 4 oktober 1993 och den slovakiska premiärministern gav in ansökan om medlemskap till EU vid Europeiska rådets möte i Cannes den 27 juni 1995. Det var emellertid

först vid Europeiska rådets möte i Helsingfors i december 1999 som Republiken Slovakien erbjöds att börja förhandlingarna om anslutning i december 1999. Detta var en senare tidpunkt än den vid vilken de första av de länder som anslöts till EU vid samma tidpunkt som Republiken Slovakien fick påbörja sina förhandlingar.⁵⁴

88. Denna tidsföljd kan indikera att ATEL år 1997 inte kunde vara säker på att, eller förutse huruvida och vid vilken tidpunkt, Republiken Slovakien skulle anslutas till EU, eftersom landets ställning alltjämt var oklar.

89. Borde ATEL trots detta ha förutsatt att den rättsliga situationen skulle förbli oförändrad?

90. Lydelsen av artikel 4 i investeringsskyddsavtalet anger att värdstaten för att skydda investeringar inte ska försämra investeringar genom orimliga eller diskriminerande åtgärder. Vidare ska investeringar behandlas rättvist och inte mindre förmånligt än investeringar som gjorts av dess egna investerare.

53 — Rådets direktiv 90/547/EEG av den 29 oktober 1990 om transitering av elektricitet genom kraftledningsnät (EGT L 313, s. 30).

54 — Europeiska rådet i Luxemburg beslutade i december 1997 att medlemskapsförhandlingar skulle inledas med sex ansökarländer (Tjeckien, Cypern, Estland, Ungern, Polen och Slovenien) år 1998. *Presidency Conclusions – Luxembourg European Council, 12–13 December 1997: Council of the European Union*, 16.04.2004, SN400/97. Tillgängligt på <http://ue.eu.int/sv/info/eurocouncil/>.

91. Den skyddsnivå som föreskrivs i artikel 4 som helhet tyder enligt min mening inte på att den rättsliga situationen eller affärsförhållanden aldrig får förändras, utan bara att ändringar inte får ske godtyckligt eller på ett sätt som påverkar utländska investerare på ett orimligt eller diskriminerande sätt jämfört med nationella investerare som investerat inom samma territorium.

92. Denna slutsats förefaller vinna stöd i praxis från skiljeförfaranden. Allmänt finns en skyldighet att inte ändra den rättsliga situationen eller affärsförhållanden där investeringar gjorts.⁵⁵ Skiljenämnder har emellertid, när det gäller investeringar i ett land som omvandlas från ett kommunistiskt förflutet, fastslagit att en investerare inte har några berättigade förväntningar på att lagarna ska förbli oförändrade.⁵⁶ Investerare kan i sådana situationer förväntas minska sin exponering mot en instabil rättslig situation genom

att påfordra en stabilitetsklausul eller annan bestämmelse som kan ge ett skydd mot ovälkomna förändringar. Underlåtenhet att vidta sådana åtgärder kan föranleda slutsatsen att investeraren har godtagit affärsrisken att ställas inför lagändringar som kan vara, eller sannolikt är, negativa för dennes investeringar.⁵⁷

93. Det framgår av dessa avgöranden att lagändringarna får godtas om de inte skett i direkt avsikt att försämra investeringen,⁵⁸ om inte staten lämnat ett löfte om motsatsen och detta löfte påverkat investeringsbeslutet.

94. Trots detta är jag inte övertygad om att de förändringar av den rättsliga situationen som ATEL ställts inför inte är oskäligen, eftersom det riskerar att helt förlora ersättningen för sin investering.

95. Ett exempel på en regeländring mot vilken en privat investerare inte är skyddad är en situation där en utländsk resebyrå deltar i

55 — Se, exempelvis, *Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*. Final Award, London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467.

56 — I avgörandet *Parkerings-Compagniet v Republic of Lithuania* (ICSID Arbitration Case No. ARB/05/8) inträffade de relevanta omständigheterna mellan år 1991 och år 1999 "efter Litauens gradvisa transformering mellan år 1991 och 1997 från att vara en sovjetrepublik till att vara en kandidat för EU-medlemskap och en marknadsekonomi" (punkt 51 i skiljedomen). I avgörandet *Eastern Sugar v Czech Republic* (SCC No. 088/2004) konstaterade skiljenämnden att enbart införandet av en reglering för socker liknande EU-bestämmelserna på sockerområdet i syfte att anpassa Republiken Tjeckien inför anslutningen till EU inte utgjorde ett åsidosättande av förpliktelsen avseende rättvis och skäligen behandling, men att det förelåg en sådan överträdelse när lagstiftningen på ett orättvist och osakligt sätt riktades mot det särskilda företaget i fråga (punkterna 271–274, 284–287 och 333–338). *Genin v Estonia* (ICSID Case No. ARB/99/2) (punkt 356).

57 — *Parkerings-Compagniet*, punkt 336.

58 — Se exempelvis *Parkerings-Compagniet*, punkt 337, och *Eastern Sugar*, punkt 335.

finansieringen av en semesteranläggning i utbyte mot rätten att använda upp till tjugo procent av anläggningens kapacitet i tjugo år. Anläggningens attraktionskraft grundas på dess närhet till ett naturskyddsområde. Om semesteranläggningen förlorar sin kommersiella förmåga till följd av nya bestämmelser om förbud för turisternas tillträde till det skyddade området kan det inte hävdas att investerarens berättigade förväntningar åsidosatts, ifall inte staten i fråga direkt eller indirekt har deltagit i affären eller på annat sätt utlovat status quo. Om staten å andra sidan, i syfte att främja tillträde till det skyddade området på lika villkor, inför bestämmelser om att reseföretag måste ha samma rätt till utnyttjande av den nya anläggningens kapacitet, måste situationen bedömas annorlunda. En investerare ska inte behöva förvänta sig en reglering genom vilken en lagligen genomförd investering omvandlas till allmän egendom och därmed blir värdelös för investeraren.

96. Även om ATEL hade att förvänta sig ändringar i regelverket är det således tveksamt om det borde ha förväntat sig en lagändring som berövar bolaget möjligheten att åtnjuta

den egendomsrätt som bolaget förvärvat genom investeringen.⁵⁹

b) Expropriation enligt artikel 6 i investeringsskyddsavtalet

97. I artikel 6 i investeringsskyddsavtalet anges att de fördragsslutande parterna ska avstå ifrån att, direkt eller indirekt, vidta några åtgärder för expropriation eller åtgärder av motsvarande art eller verkan avseende investeringar, om inte åtgärden sker för att tillvarata ett allmänintresse och på ett icke-diskriminerande sätt under iakttagande av gällande lag, med förordnande om att effektiv och adekvat kompensation ska utgå.

98. Kommissionen har gjort gällande att artikel 6 i investeringsskyddsavtalet inte utgör en skyldighet enligt folkrätten att upprätthålla avtalet med SEPS, eftersom ett åsidosättande av avtalet inte skulle utgöra expropriation. Den har anfört att det är sällsynt att en

59 — Det framstår för mig som om ATEL:s rätt enligt avtalet skulle kunna vara en äganderätt i den mening som avses i artikel 1 i protokoll nr 1 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. För det vida begreppet egendom som skyddas enligt nämnda bestämmelse, se Harris, D., *Law of the European Convention on Human Rights*, sidorna 656–662. Beträffande rättspraxis rörande investeringar, se exempelvis dom av den 9 december 1994 i målet Stran Greek Refineries och Stratis Andreadis mot Grekland (ansökan nr 13427/87).

statlig inblandning i en investerares avtalade rättigheter är sådan att den utgör indirekt expropriation.

och den omfattande lydelsen av artikel 6 i investeringsskyddsavtalet, att ett hävande av ATEL/SEPS-avtalet från Republiken Slovaekiens sida skulle utgöra ett intrång i ATEL:s rättigheter. Bolaget skulle berövas sitt *enda* utbyte av investeringen.⁶¹

99. Republiken Slovakien har gjort gällande att en sådan situation skulle utgöra indirekt expropriation. Enligt denna medlemsstat utgör statliga åtgärder som på ett negativt sätt påverkar hanteringen, utnyttjandet och värdet av en investering expropriation, om den offentliga åtgärden inte kan återgå och påverkar investeringen på ett sådant sätt att delar av denna upphör att finnas till.⁶⁰

100. Artikel 6 i investeringsskyddsavtalet har getts en bred utformning. Den omfattar inte enbart direkt och indirekt diskriminering utan även åtgärder med motsvarande verkan. Den förefaller därför ge ett omfattande skydd för investeringar.

102. Kommissionen har anfört att expropriation inte är otillåten, eftersom det i artikel 6 i investeringsskyddsavtalet föreskrivs att kompensation ska utgå vid expropriation. Enligt kommissionen finns det således inte något förbud mot expropriation, utan ett förbud mot expropriation *utan kompensation*. Ifall detta skulle anses utgöra ett villkor som kan motivera diskriminering skulle det innebära ett godtagande av att det är motiverat att

101. I förevarande mål framgår det, mot bakgrund av denna innebörd av expropriation

61 — Det kan vara intressant att notera att nödvändigheten av att uppfylla EU-rättsliga skyldigheter inte nödvändigtvis motiverar åtgärder som vidtagits av en värdstat och som är oförenliga med ett bilateralt investeringsavtal. Sålunda godtog inte skiljenämnden i målet *ADCIADMC v Hungary* att en skyldighet att uppfylla EU-rättsliga förpliktelser (bagagehantering på Budapest flygplats måste anpassas till direktiv 96/97 och flygledningen måste enligt EU-rätten skiljas från flygplatsservicen) utgjorde skäl för de åtgärder som vidtagits av värdstaten gentemot den utländske investeraren. Dessa åtgärder ansågs utgöra expropriation och stred således mot Republiken Ungerns skyldigheter enligt det ifrågavarande bilaterala investeringsavtalet. Se *ADCIADMC v Hungary*, ICSID Case No ARB/03/16.

60 — *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24).

åberopa en ekonomisk belastning, vilket inte är förenligt med domstolens praxis.⁶²

iakttagande av mänskliga och grundläggande rättigheter.

103. Enligt min mening motsvarar detta att sätta rättsmedlet före rätten. I artikel 6 stadgas en rätt till kompensation som en följd av att rätten att inte behöva utstå expropriation har åsidosatts. Denna rätt till kompensation innebär inte att det inte finns en rätt att inte utsättas för expropriation och således en folkrättslig skyldighet, i den mening som avses i artikel 307 EG, för Republiken Slovakien att inte expropriera investeringen, om inte villkoren i artikel 6, av vilka kompensation bara är ett, är uppfyllda.

104. Enligt min mening utgör lagenlig expropriation inte ett enskilt beslut riktat mot en känd investerare, även om den lindras genom att kompensation utges, utan den utgörs av tillämpningen av ett befintligt regelverk i på förhand bestämda situationer som kännetecknas av att det föreligger ett övervägande allmänintresse och som sker med

105. Denna slutsats stöds av en analys av vad Republiken Slovakien skulle förväntas göra om landet skulle uppnå vad kommissionen ser som den rättsliga situationen enligt direktiv 2003/54. Det är inte Republiken Slovakien som är part i avtalet, utan SEPS, som inte har någon rätt att frånträda avtalet. Avtalet ska tolkas och tillämpas utifrån österrikisk rätt, vilket innebär att Republiken Slovakien inte kan påverka avtalets innehåll eller villkor genom sin egen lagstiftning eller beröva avtalet dess rättsverkningar. En slovakisk lag om att avtal om privilegierat tillträde till elöverföringsnät skulle vara ogiltiga och sakna rättsverkningar i Slovakien skulle inte förändra det faktum att SEPS alltså skulle vara bundet av avtalet. Det enda tänkbara sätt på vilket medlemsstaten i fråga skulle kunna uppfylla sina skyldigheter i förevarande mål vore att utfärda lagstiftning om att SEPS inte skulle få tillämpa avtalet. Enligt min mening torde detta utgöra expropriation eller en åtgärd med motsvarande verkan och skulle dessutom sannolikt vara oförenligt med kravet på rättvis och skälighets behandling.

106. Eftersom det enligt EU-rätten för närvarande är tillåtet med avsteg från principen om icke-diskriminerande tillträde till elöverföringsnät, kan det vidare inte sägas att expropriation av ATEL:s investering krävs för att tillgodose allmänintresset. En expropriation kan heller inte sägas vara icke-diskriminerande, eftersom det finns en tidsmässig lucka

62 — Dom av den 20 februari 1986 i mål C-309/84, kommissionen mot Italien (REG 1986, s. 599), punkt 17. Jag vill framhålla att det inte finns något i handlingarna i målet som tyder på att ATEL skulle ha erbjudits kompensation för den uppkomna situationen. Vidare kan en ekonomisk ersättning som lämnas en investerare som kompensation för förlusten av värdet av en förbjuden diskriminerande fördel vara problematisk ur statsstödsynpunkt. I detta avseende, se till exempel Eilmansberfer, T.: "Bilateral Investment Treaties and EU law" [2009] 46 *Common Market Law Review* 383, s. 423 och fotnot 171.

mellan utgången av den period för undantag som föreskrivs i artikel 24 i direktiv 96/92 och ikraftträdandet av artikel 7 i förordning nr 1228/2003. Konsekvensen av denna lucka är att vissa investeringar kan vara föremål för undantag medan andra inte kan det, vilket i sin tur innebär att åtgärden inte kan sägas vara icke-diskriminerande.

anses ha åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 9 och 20 i direktiv 2003/54.

107. Detta leder till slutsatsen att det föreligger en internationell förpliktelse i den mening som avses i artikel 307.1 EG och att Republiken Slovakien inte kan tvinga SEPS att inte uppfylla sina skyldigheter enligt avtalet med ATEL utan att åsidosätta sina skyldigheter enligt investeringskyddsavtalet.

109. Det är inte utan viss tvekan som jag kommer till denna slutsats. Även om tillämpningen av artikel 307 EG motiverar en sådan utgång förefaller den vid första påseende strida mot den idé om marknadsliberalisering som direktiv 2003/54 syftar till att främja. Jag är emellertid övertygad om den slutsats jag kommit till utifrån den omständigheten att denna lösning inte är oförenlig med de undantagsbestämmelser som föreskrivs i artikel 24 i direktiv 96/92 och artikel 7 i förordning nr 1228/2003, enligt vilka investeringar på elområdet kan beviljas undantag för prioriterat tillträde.

c) Slutsatser angående internationella förpliktelser

108. Konsekvensen av detta är att en sådan förpliktelse, som uppkommit innan fördraget trädde i kraft, inte kan påverkas av fördraget och att Republiken Slovakien därför inte kan

110. Enligt min mening utgör förevarande mål inte något hot mot marknadsliberaliseringen, eftersom ATEL är ett företag från tredjeland, inte en etablerad monopolinnehavare, med en rättighet som förvärvats före Republikens Slovakiens anslutning, som är begränsad i tiden och som inte kan förnyas.

V — Förslag till avgörande

111. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen ska

— ogilla talan, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.