



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 3 mars 2021¹

Mål C-741/19

**Republiken Moldavien
mot**

Bolaget Komstroy, som har trätt i bolaget Energoalians ställe

(begäran om förhandsavgörande från Cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris, Frankrike))

”Begäran om förhandsavgörande – Energistadgefördraget – Begreppet investering – Tvister mellan en investerare och en fördragsslutande part – Situation som helt faller utanför unionens rättsordning – Domstolens behörighet”

I. Inledning

1. Bestämmelserna i energistadgefördraget² har sedan Europeiska unionen undertecknade fördraget för nästan 30 år sedan enbart varit föremål för begäran om förhandsavgörande vid två tillfällen, inbegripet förevarande mål.³ Detta mål är således unikt först och främst genom att det ger EU-domstolen en välbehövlig möjlighet att uttala sig om betydelsen av dessa bestämmelser som hittills inte har varit föremål för tolkning.
2. Vidare deltar varken unionen eller medlemsstaterna i den tvist inom ramen för vilken tolkningsfrågorna ställts. Tvisten har uppkommit mellan Republiken Moldavien och ett ukrainskt företag och tycks således vid första anblicken inte ha något samband med unionen.
3. Slutligen anser jag att förevarande mål borde föranleda domstolen att uttala sig om en viktig problematik, nämligen huruvida den tvistlösningsmekanism som inrättats genom energistadgefördraget är förenlig med unionsrätten, enligt de principer som domstolen uppställt i domen i målet Achmea.⁴

¹ Originalspråk: franska.

² Det undertecknades i Lissabon den 17 december 1994 (EGT L 380, 1994, s. 24) och godkändes på Europeiska unionens vägnar genom rådets och kommissionens beslut 98/181/EG, EKSG, Euratom av den 23 september 1997 om Europeiska gemenskapernas ingående av energistadgefördraget och energistadgeprotokollet om energieffektivitet och därtill hörande miljöaspekter (EGT L 69, 1998, s. 1).

³ De övriga målen avseende tolkningen av energistadgefördraget är de förenade målen Federazione nazionale delle imprese Elettrotecniche ed elettroniche (Anie) m.fl. (C-798/18 och C-799/18), som pågår vid EU-domstolen.

⁴ Dom av den 6 mars 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158) (nedan kallad domen i målet Achmea).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Energistadgefördraget

4. Energistadgefördraget undertecknades av unionen den 17 december 1994 och godkändes på unionens vägnar genom beslut 98/181. Samtliga medlemsstater är också, med undantag av Republiken Italien, parter i Energistadgefördraget, liksom 28 tredjeländer.

5. I preambeln till energistadgefördraget föreskrivs följande:

”De fördragsslutande parterna,

...

som beaktar den europeiska energistadgan, som antogs i sluddokumentet från den europeiska energistadgekongressen i Haag, som undertecknades i Haag den 17 december 1991,

...

som vill förverkliga grundtanken bakom initiativet till den europeiska energistadgan, nämligen att påskynda ekonomisk tillväxt genom åtgärder för liberalisering av investeringar och handel med energi,

...”

6. Energistadgefördraget består av en preambel och åtta delar. Delarna I, II, III och V har rubriken ”Definitioner och syfte”, ”Handel”, ”Främjande av skydd och investeringar” respektive ”Tvistlösning”.

7. I artikel 1 i energistadgefördraget, som har rubriken ”Definitioner”, föreskrivs följande:

”I detta fördrag avses med

...

6. investering: varje slag av tillgång, som ägs eller kontrolleras, direkt eller indirekt, av en investerare och omfattar:

...

c) rättsanspråk på pengar eller prestationer till följd av avtal, som har ett ekonomiskt värde och är förenade med en investering,

...

f) varje rättighet grundad på lag ... att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn.

...

Investeringar avser alla investeringar, som är förenade med en ekonomisk verksamhet inom energisektorn och investeringar eller kategorier av investeringar, som en fördragsslutande part inom sitt område betecknat som effektiviseringsprojektligt [europeiska energi]stadgan och anmält till sekretariatet som sådana.

7) investerare:

a) i förhållande till en fördragsslutande part:

- i) en fysisk person, som har medborgarskap eller är fast bosatt i landet i enlighet med gällande lag,
- ii) ett företag eller annan organisation som bildats i enlighet med den fördragsslutande partens gällande lag,

b) i förhållande till en tredje stat, en fysisk person, ett företag eller annan organisation, som på motsvarande sätt uppfyller kraven enligt a gällande för en fördragsslutande part.

8) investera eller göra investeringar: att genomföra nya investeringar, förvärva hela eller del av befintliga investeringar eller påbörja investeringsverksamhet inom nya områden.

...

10. område, beträffande en stat som är fördragsslutande part:

a) det territorium, som staten har suveränitet över. Med territorium förstås landområden, inre vatten och territorialhavet,

och

b) beroende på och i enlighet med internationell havsrätt, havet, havsbotten och dess underlag, där den fördragsslutande parten utövar suveräna rättigheter och jurisdiktion.

För fördragsslutande part, som är en regional organisation för ekonomisk integration, betyder område de områden som tillhör organisationens medlemsstater enligt bestämmelserna i avtalet om organisationens bildande.

...”

8. I artikel 26 i energistadgefördraget med rubriken ”Lösning av tvister mellan en investerare och en fördragsslutande part” anges följande:

”1. Tvister mellan en fördragsslutande part och en investerare från annan fördragsslutande part om en investering som den senare gjort i den förstnämndes område och som gäller påstått brott mot ett av den fördragsslutande partens åtaganden enligt del III skall, om möjligt, lösas i godo.

2. Om sådana tvister inte kan lösas enligt punkt 1 inom tre månader från den dag då en av de tvistande parterna begärde lösning i godo, får investeraren välja att hänskjuta den för lösning

a) till allmänna domstolar eller förvaltningsdomstolar hos den fördragsslutande part som är part i tvisten,

b) i överensstämmelse med något tidigare överenskommet, tillämpligt förfarande för tvistlösning, eller

c) i enlighet med följande punkter i denna artikel.

...

6. Skiljedomstol tillsatt enligt punkt 4 skall besluta i de frågor som tvisten gäller i överensstämmelse med detta avtal och tillämpliga regler och principer i internationell rätt.

...”

B. Fransk rätt

9. Enligt artikel 1520 i code de procédure civile français (den franska civilprocesslagen) kan talan om ogiltigförklaring av en skiljedom som meddelats i Frankrike endast väckas i vissa fall, bland annat om skiljedomstolen felaktigt förklarat sig behörig eller obehörig.

III. Bakgrunden till det nationella målet, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

10. Bolaget Ukrenergo, en ukrainsk elproducent, sålde i enlighet med två avtal som ingicks den 1 och den 24 februari 1999 el till bolaget Energoalians, som är en ukrainsk distributör av el som sedan sålde elen vidare till Derimen Properties Limited (nedan kallat Derimen), ett bolag registrerat på Brittiska Jungfruöarna, som i sin tur sålde elen vidare till bolaget Moldtranselectro, ett statligt moldaviskt företag. De elvolymerna som skulle levereras fastställdes varje månad direkt mellan Moldtranselectro och Ukrenergo, som levererade elen enligt villkoren i ”DAF Incoterms 1990”, det vill säga fram till gränsen mellan Ukraina och Moldavien, på den ukrainska sidan.

11. Elen levererades under åren 1999 och 2000, förutom från maj till juli 1999. För varje leveransmånad skulle Energoalians få betalt av Derimen, som i sin tur skulle få betalt av Moldtranselectro. De priser som skulle tas ut fastställdes i tilläggen till avtalet av den 24 februari 1999, enligt vilka det pris som Moldtranselectro betalade till Derimen var ungefär två gånger högre än det pris som Derimen betalade till Energoalians.

12. Derimen betalade Energoalians för hela den köpta elen, medan Moldtranselectro endast betalade Derimen för en del av elen.

13. Genom ett avtal av den 30 maj 2000 överlät Derimen sin fordran mot Moldtranselectro till Energoalians.

14. Moldtranselectro betalade en del av sin skuld genom att till Energoalians överlåta flera fordringar som den innehade. Energoalians försökte utan framgång att driva in det resterande beloppet av sin fordran, först genom att vända sig till moldavisk domstol och därefter till ukrainsk domstol.

15. Eftersom Energoalians ansåg att vissa av Republiken Moldaviens åtgärder utgjorde ett allvarligt åsidosättande av åtagandena i energistadgefördraget, inledde Energoalians ett skiljeförfarande enligt artikel 26 i det fördraget.

16. Genom en dom som meddelades i Paris den 25 oktober 2013 förklarade sig ad hoc-skiljedomstolen behörig och skiljedomstolen fann att Republiken Moldavien hade åsidosatt sina åtaganden i energistadgefördraget och förpliktade med stöd av energistadgefördraget Republiken Moldavien att betala ett visst belopp till Energoalians. Ordföranden för ad hoc-skiljedomstolen gav uttryck för en skiljaktig mening vad gäller skiljedomstolens behörighet.

17. Republiken Moldavien väckte talan om ogiltigförklaring av ovannämnda dom och åberopade ett åsidosättande av en bestämmelse om allmän ordning, nämligen bestämmelsen om ad hoc-skiljedomstolens behörighet, i enlighet med artikel 1520 i den franska civilprocesslagen.

18. Genom dom av den 12 april 2016 upphävde cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris, Frankrike) skiljedomen på den grunden att skiljedomstolen felaktigt hade förklarat sig behörig. Den slog fast att tvisten mellan Energoalians och Republiken Moldavien avsåg en fordran som överlätits av Derimen som endast avsåg försäljning av el. Eftersom det inte hade skett något kapitaltillskott, kunde en sådan fordran enligt Cour d'appel inte anses utgöra en investering i den mening som avses i energistadgefördraget, och kunde följaktligen inte ligga till grund för skiljedomstolens behörighet.

19. Efter överklagande som ingetts av Komstroy, som har trätt i Energoalians ställe genom överlåtelsehandling av den 6 oktober 2014, upphävde Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike), genom dom av den 28 mars 2018, Cour d'appels (Appellationsdomstolen, Frankrike) dom av den 12 april 2016 i dess helhet och återförvisade målet till Cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris, Frankrike), i en ny sammansättning.

20. Vid den domstolen har Republiken Moldavien hävdade att skiljedomstolen borde ha förklarat sig obehörig, eftersom det inte förelåg någon "investering" i den mening som avses i energistadgefördraget, som ett företag i en fördragsslutande part i energistadgefördraget "gjort" i Moldaviens "område". Republiken Moldavien har gjort gällande att den fordran som Energoalians har förvärvat från Derimen inte utgör en investering i den mening som avses i artikel 26.1 i energistadgefördraget, jämförd med artikel 1.6 i samma fördrag och således inte kunde bli föremål för ett skiljeförfarande, eftersom detta förfarande endast föreskrivs för del III i energistadgefördraget avseende investeringar. Även om det antas att denna fordran kan utgöra en investering, skulle den inte ha "gjorts av" ett företag i en fördragsslutande part i energistadgefördraget, eftersom Derimen är ett företag på Brittiska Jungfruöarna. Slutligen, och under alla omständigheter, hänför sig nämnda fordran till försäljning av el som inte genomfördes inom Moldaviens "område", eftersom elektriciteten såldes och transporterades uteslutande till gränsen mellan Ukraina och Moldavien, på den ukrainska sidan.

21. Komstroy anser däremot att skiljedomstolen var behörig enligt artikel 26 i energistadgefördraget, eftersom samtliga villkor i denna bestämmelse var uppfyllda, då det var fråga om en investering som gjorts inom Moldaviens område.

22. Mot denna bakgrund beslutade Cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

"1. Ska artikel 1.6 i energistadgefördraget tolkas så, att en fordran som följer av ett avtal om försäljning av el, där investeraren inte har tillskjutit något kapital i den mottagande staten, kan utgöra en investering i den mening som avses i denna artikel?

- 2) Ska artikel 26.1 i energistadgefördraget tolkas så, att om en investerare från en fördragsslutande part förvärvar en utländsk ekonomisk aktörs fordran mot andra fördragsslutande stater utgör detta en investering?
- 3) Ska artikel 26.1 i energistadgefördraget tolkas så, att en fordran från en investerare, som följer av ett avtal om försäljning av el som levereras vid gränsen till den mottagande staten kan utgöra en investering som görs inom en annan fördragsslutande parts område, utan att investeraren bedriver någon som helst ekonomisk verksamhet på sistnämnda parts territorium?”

23. Skriftliga yttranden har inkommit från Republiken Moldavien, den tyska, den spanska och den polska regeringen samt från Europeiska kommissionen.

24. Vid förhandlingen den 17 november 2020 yttrade sig Republiken Moldavien, Komstroy, den franska, den tyska, den spanska, den italienska, den ungerska, den nederländska, den polska, den finländska och den svenska regeringen samt Europeiska unionens råd och kommissionen.

IV. Bedömning

25. Förevarande mål är av ny karaktär. För det första avser de tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen har ställt tolkningen av vissa bestämmelser i energistadgefördraget som domstolen hittills aldrig har prövat. För det andra rör det nationella målet en tvist mellan ett land utanför unionen, Republiken Moldavien, och ett företag i ett annat tredjeland, Ukraina.

26. Domstolens behörighet att besvara de frågor som ställts skulle följaktligen kunna diskuteras, då det gäller att tolka en internationell konvention, inom ramen för en tvist som vid första anblicken åtminstone uppvisar kännetecknen på vad man skulle kunna beteckna en ”rent extern” situation.

27. Innan jag behandlar tolkningsfrågorna (B) måste jag således undersöka huruvida domstolen är behörig (A).

A. Domstolens behörighet

28. Det ska inledningsvis erinras om att det i artikel 267 FEUF föreskrivs att domstolen ska vara behörig att meddela förhandsavgöranden angående tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, varvid ett internationellt avtal som ingåtts av rådet i enlighet med artiklarna 217 och 218 FEUF utgör en sådan akt. Eftersom bestämmelserna i ett sådant avtal, från och med dagen för avtalets ikraftträdande, utgör en integrerad del av unionens rättsordning, är domstolen behörig att meddela förhandsavgörande om tolkningen av detta avtal.⁵

29. Eftersom energistadgefördraget undertecknades av och godkändes på unionens vägnar, ska detta avtal anses utgöra en rättsakt som beslutats av unionens institutioner i den mening som avses i artikel 267 FEUF. Domstolen är således vid första anblicken behörig att pröva bestämmelserna i energistadgefördraget.

⁵ Dom av den 30 april 1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, punkterna 2 och 4), dom av den 15 juni 1999, Andersson och Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 26), och dom av den 7 juni 2018, KP (C-83/17, EU:C:2018:408, punkt 24).

30. Ett sådant konstaterande räcker emellertid inte för att garantera domstolens behörighet. Det nationella målet rör nämligen varken unionen eller medlemsstaterna. Det ska således prövas huruvida denna omständighet kan inverka på domstolens behörighet att besvara tolkningsfrågorna.

1. Rättspraxis avseende tolkningen av bestämmelser i ett internationellt avtal med avseende på deras tillämpning utanför unionens rättsordning

31. I rättspraxis har det gjorts vissa preciseringar vad gäller domstolens behörighet att tolka ett internationellt avtal. Bland annat i domarna i målen Andersson och Wåkerås-Andersson⁶ och Salzmänn⁷ slog domstolen, med avseende på bestämmelserna i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), av den 2 maj 1992 (EGT L 1, 1994, s. 3) (nedan kallat EES-avtalet), fast att domstolen inte är behörig att uttala sig om tolkningen av ett avtal vad gäller dess tillämpning i tredjeland.

32. Överförd på målet vid den nationella domstolen skulle en sådan rättspraxis föranleda domstolen att förklara sig obehörig att uttala sig om tolkningen av energistadgefördraget när det gäller en tvist mellan ett bolag i tredjeland och ett annat tredjeland. Jag anser emellertid inte att en sådan lösning är nödvändig i förevarande fall.

33. Den slutsats som domstolen drog i domarna i målen Andersson och Wåkerås-Andersson⁸ och Salzmänn,⁹ nämligen att domstolen inte var behörig att tolka bestämmelserna i EES-avtalet, kan inte förstås isolerat utan en undersökning av skälen till denna slutsats. Dess resonemang grundar sig på två omständigheter.

34. För det första anförde domstolen att dess behörighet att tolka bestämmelserna i unionsrätten endast gäller unionen.¹⁰ Med andra ord anser sig domstolen inte vara behörig att tolka de bestämmelser som är tillämpliga utanför unionens rättsordning.

35. För det andra motiveras domstolens bristande behörighet även av att domstolen för Europeiska frihandelssammanslutningen (Efta),¹¹ i själva texten i EES-avtalet, ges behörighet att tolka avtalets bestämmelser vad gäller dess tillämpning utanför unionens rättsordning, samtidigt som det säkerställs att en sådan tolkning är förenlig med domstolens praxis. Det framgår nämligen av bestämmelserna i EES-avtalet, på grund av avtalets nära anknytning till unionens rättsordning, att de, i den mån de i sak är identiska med motsvarande bestämmelser i fördragen och de rättsakter som antagits med tillämpning av dessa, ska tolkas i enlighet med domstolens praxis.¹²

⁶ Dom av den 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 28).

⁷ Dom av den 15 maj 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, punkt 66).

⁸ Dom av den 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

⁹ Dom av den 15 maj 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁰ Dom av den 15 juni 1999, Andersson och Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 28), och dom av den 15 maj 2003, Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, punkt 66).

¹¹ Dom av den 15 juni 1999, Andersson och Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 29), och dom av den 15 maj 2003, Salzmänn (C-300/01, EU:C:2003:283, punkt 67).

¹² Se artikel 6 i EES-avtalet och femtonde stycket i ingressen till detta avtal. Se på denna punkt även Baudenbacher, C., "The Relationship Between the Efta Court and the Court of Justice of the European Union", i Baudenbacher, C. (utgivare), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, sidorna 179–194.

36. Domstolens resonemang i domarna i målen Andersson och Wåkerås-Andersson¹³ och Salzmänn¹⁴ vägleds således enligt min mening av syftet med den möjlighet att begära förhandsavgörande som föreskrivs i artikel 267 FEUF, vilket just är att förebygga skillnader i tolkningen av unionsrätten inom dess rättsordning.¹⁵

37. Ett sådant syfte har även gjort det möjligt att motivera domstolens behörighet att tolka unionsbestämmelser i mål som inte strikt omfattas av unionens rättsordning. Domstolen slog bland annat i domen i målet Hermès fast att när en bestämmelse kan tillämpas såväl på situationer som omfattas av unionsrätten som på situationer som inte omfattas av unionsrätten, föreligger det ett bestämt unionsrättsligt intresse av att bestämmelsen blir tolkad på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter den ska tillämpas, för att i framtiden undvika att det förekommer tolkningar som skiljer sig åt. Domstolen har således ansett sig behörig att tolka en bestämmelse i ett internationellt avtal i vilket unionen är part i en situation som inte omfattas av unionsrätten.¹⁶

38. Under dessa omständigheter kan domarna Andersson och Wåkerås-Andersson¹⁷ och Salzmänn¹⁸ inte tolkas så, att de innebär att domstolen systematiskt saknar behörighet att tolka unionsbestämmelser i mål som inte omfattas av unionens rättsordning. Denna behörighet är nämligen allmänt erkänd när den bestämmelse vars tolkning har begärts kan tillämpas såväl på situationer som omfattas av unionsrätten som på situationer som inte omfattas av unionsrätten.

2. Särdragen hos energistadgefördraget och deras betydelse för tillämpningen av relevant rättspraxis på förevarande mål

39. Energistadgefördraget har dessutom, i två avseenden, vissa särdrag som gör att detta fördrag inte utan vidare kan likställas med EES-avtalet, vilket har undersökts i den rättspraxis som jag har nämnt.

40. För det första har det i energistadgefördraget inte inrättats någon domstol med ansvar för att säkerställa en enhetlig tolkning av dess bestämmelser på ett sätt som överensstämmer med domstolens tolkning av dessa bestämmelser inom dess rättsordning. Energistadgefördraget ska nämligen endast tolkas i samband med att tvister avgörs av olika domstolar, skiljedomstolar eller nationella domstolar i de fördragsslutande staterna, vilka således inte kan förhindra att det förekommer tolkningar som skiljer sig åt.¹⁹

41. För det andra består energistadgefördraget, såsom den tyska regeringen anfört i sitt yttrande och kommissionen vid förhandlingen, trots att det är ett multilateralt avtal, av ett antal bilaterala skyldigheter mellan de fördragsslutande parterna till vilka unionen och medlemsstaterna hör.²⁰ De skyldigheter som införts genom energistadgefördraget gör det huvudsakligen möjligt att skydda

¹³ Dom av den 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁴ Dom av den 15 maj 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁵ Dom av den 12 juni 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, punkt 20), dom av den 21 juli 2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, punkt 60), och yttrande 1/09 av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkt 83).

¹⁶ Dom av den 16 juni 1998, Hermès (C-53/96, EU:C:1998:292, punkt 32).

¹⁷ Dom av den 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁸ Dom av den 15 maj 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁹ Detta framgår av de befintliga meningsskiljaktigheterna i skiljedomstolens praxis vad gäller tolkningen av begreppet investering, som avses i förevarande tolkningsfrågor.

²⁰ Med undantag av Republiken Italien, parter i energistadgefördraget.

investeringar som görs av en avtalsslutande part i en annan avtalsslutande part.²¹ Åsidosättande av en av dessa skyldigheter leder således inte till att alla avtalsslutande parter alltid kan begära ersättning för dessa, eftersom nämnda skyldigheter endast gäller bilateralt mellan två avtalsslutande parter.²²

42. Genom energistadgefördraget införs således ett antal bilaterala skyldigheter som syftar till att på det område som omfattas av fördraget reglera dels förhållandet mellan de avtalsslutande parterna, dels mellan investerare från en avtalsslutande part och den avtalsslutande part inom vars område investeringarna har gjorts. Av detta följer att dessa skyldigheter i teorin även inom unionen kan reglera förhållandet mellan medlemstaterna och således vara tillämpliga inom unionens rättsordning.

43. Dessa två särdrag hos energistadgefördraget, i förhållande till EES-avtalet, begränsar således möjligheten att överföra den lösning som valdes i domarna i målen Andersson och Wåkerås-Andersson²³ och Salzmans,²⁴ avseende domstolens bristande behörighet att tolka ett internationellt avtal, till situationer som inte omfattas av unionens rättsordning.

44. I förevarande mål har den hänskjutande domstolen begärt att EU-domstolen ska tolka bestämmelser i ett internationellt avtal som inte tolkas enhetligt och på ett sätt som är förenligt med domstolens praxis i tvister utanför unionen och som i princip även skulle kunna tillämpas på situationer som omfattas av unionens rättsordning.

45. Under dessa omständigheter anser jag att det inte kan uteslutas att unionen har ett intresse av att bestämmelserna i energistadgefördraget ges en enhetlig tolkning. Jag drar härav slutsatsen att domstolens behörighet att besvara tolkningsfrågorna i förevarande mål under dessa omständigheter ska erkännas.

3. Tvivel om huruvida bestämmelserna i energistadgefördraget är tillämpliga i unionens rättsordning

46. Jag måste här ytterligare mildra ovannämnda uttalande. En sådan slutsats gäller endast under förutsättning att de bestämmelser vars tolkning har begärts verkligen är tillämpliga i unionens rättsordning. Om så inte är fallet saknas det ett unionsintresse av en enhetlig tolkning av dessa, och domstolen har inte heller behörighet att göra en sådan tolkning.

47. Genom artikel 26 i energistadgefördraget införs emellertid för det första en mekanism för tvistlösning mellan investerare från en avtalsslutande part och en avtalsslutande part som gör det möjligt att vända sig till en skiljedomstol. Domstolen slog i detta avseende i domen i målet Achmea²⁵ fast att det inom unionens rättsordning inte är tillåtet att vända sig till en skiljedomstol som inrättats med stöd av ett fördrag om skydd för och främjande av investeringar som ingåtts

²¹ Se till exempel artikel 10.1 i energistadgefördraget "Alla fördragsslutande parter skall ... främja och skapa stabila, rättvisa, förmånliga och klara villkor för andra avtalsslutande parter som investerar för investeringar inom deras områden."

²² Angående förekomsten av bilaterala förpliktelser inom ramen för multilaterala konventioner, se Internationella domstolens dom av den 5 februari 1970 i målet Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited (Belgien mot Spanien), CIJ Recueil 1970, s. 3, punkterna 33 och 35.

²³ Dom av den 15 juni 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, punkt 28).

²⁴ Dom av den 15 maj 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, punkt 66).

²⁵ Punkt 60 och domslutet.

mellan två medlemsstater. Under dessa omständigheter förefaller denna dom antyda att artikel 26 i energistadgefördraget aldrig är tillämplig inom unionens rättsordning, och att domstolen därför inte är behörig att tolka denna bestämmelse.

48. Energistadgefördraget kan emellertid inte helt likställas med det bilaterala investeringsavtalet (nedan kallat det bilaterala investeringsavtalet) som var föremål för prövning i domen i målet Achmea och har vissa särdrag som måste beaktas för att ett fullständigt svar på frågan huruvida den tvistlösningsmekanism som inrättas genom detta är förenlig med unionsrätten ska kunna ges. Jag anmodar således domstolen att utnyttja denna möjlighet för att undersöka den domens inverkan på tillämpligheten av artikel 26 i energistadgefördraget, eftersom denna bedömning är nödvändig för att fastställa domstolens behörighet att besvara tolkningsfrågorna avseende tolkningen av denna bestämmelse.

49. För det andra är det riktigt att domstolen i domen i målet Achmea inte tog ställning till den mer allmänna frågan huruvida de materiella bestämmelserna i fördraget om skydd för och främjande av investeringar är förenliga med unionsrätten när de kan reglera förbindelserna mellan medlemsstaterna. I den domen belystes emellertid svårigheterna med sådana avtal när de tillämpades i unionen.²⁶ Frågan är nämligen huruvida de materiella bestämmelserna kan åberopas i en tvist mellan en investerare från en medlemsstat och en annan medlemsstat vid den statens domstolar. Det är således nödvändigt att undersöka huruvida de materiella bestämmelserna i energistadgefördraget, i kölvattnet från domen i målet Achmea, kan anses vara oförenliga med unionsrätten och således inte är tillämpliga inom unionens rättsordning.

50. Sådana undersökningar kommer att göra det möjligt att fastställa unionens intresse av en enhetlig tolkning av bestämmelserna i energistadgefördraget, liksom domstolens behörighet att besvara tolkningsfrågorna.

a) Huruvida den tvistlösningsmekanism som inrättats genom artikel 26.1 i energistadgefördraget är tillämplig i unionens rättsordning

51. Frågan huruvida tvistlösningsmekanismer i internationella förbindelser som är bindande för unionens medlemsstater är förenliga med unionsrätten har sedan flera år tillbaka stått i centrum för livliga debatter i såväl doktrinen²⁷ som i praktiken.²⁸

52. Det mål som gav upphov till domen Achmea torde ha återspeglat dessa diskussioner och, om så är nödvändigt, illustrerat de konfliktfyllda förhållanden som råder mellan unionsrätten och rätten beträffande skiljeförfarandet avseende investeringar.²⁹

²⁶ Se, i detta avseende, kommissionens meddelande till Europaparlamentet och rådet av den 19 juli 2018 om skydd för investeringar inom EU, COM(2018) 547 final.

²⁷ Se, bland annat, avseende doktrinen före domen i målet Achmea, Eilmansberger, T., "Bilateral investment Treaties and EU Law", *Common Market Law Review*, 2009, band 46, nr 2, sidorna 383–429, Hindelang, S., "Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration", *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, band 39, nr 2, sidorna 179–206, och Miron, S., "The Last Bite of the BITs – Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration", *European Law Journal*, 2013, band 20, nr 3, sidorna 332–345.

²⁸ Se, exempelvis, Vattenfall AB m.fl. mot Tyskland, (mål CIRDI nr ARB/12/12), beslut avseende Achmea av den 31 augusti 2018, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. mot Konungariket Spanien, (mål CIRDI nr ARB/14/1), dom av den 16 maj 2018, Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Storhertigdömet Luxemburg), SICAR mot Konungariket Spanien, (mål SCC nr 2015/063), dom av den 15 februari 2018.

²⁹ Se särskilt, Gaillard, E., "L'affaire Achmea ou les conflits de logiques", *Revue critique de droit international privé*, 2018, nr 3, s. 616, Hess, B., "The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice", Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2018, nr 3, s. 8, och Basedow, J., "Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration", *Journal of international economic Law*, 2020, band 23, nr 1, sidorna 271–292.

1) Domen i målet *Achmea*

53. I domen i målet *Achmea*³⁰ slog domstolen fast att artiklarna 267 och 344 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en bestämmelse i ett internationellt avtal som ingåtts mellan två medlemsstater, enligt vilken en investerare i en av dessa medlemsstater, om det uppstår en tvist om investeringar i den andra medlemsstaten, får inleda ett förfarande mot den medlemsstaten vid en skiljedomstol, vars behörighet den medlemsstaten är skyldig att godta.

54. Domstolen har med andra ord funnit att en klausul om tvistlösning i ett bilateralt investeringsavtal som ingåtts mellan två medlemsstater är oförenlig med unionsrätten.

55. I den domen grundade domstolen sitt resonemang på principer som unionsrätten bygger på och som är obestridliga. Den underströk först och främst att ett internationellt avtal inte kan inkräkta på den befogenhetsordning som slagits fast i fördragen och därmed inte heller på autonomi i unionens rättsordning.³¹ Den erinrade om att unionsrättens autonomi är motiverad av unionens och unionsrättens väsentliga egenskaper, särskilt beträffande unionens konstitutionella struktur och unionsrättens beskaffenhet,³² som bland annat kännetecknas av dess autonoma källa, det vill säga fördragen, av att den har företräde och direkt effekt.³³

56. Domstolen har vidare preciserat att unionsrätten således bygger på den grundläggande premissen att varje medlemsstat delar en rad gemensamma värden med alla andra medlemsstater och erkänner att de andra medlemsstaterna delar dessa värden med den. Domstolen påpekade vidare att denna premiss innebär och motiverar att medlemsstaterna hyser ett ömsesidigt förtroende för att dessa värden erkänns och således att den unionsrätt iakttas genom vilken de genomförs.³⁴

57. Domstolen erinrade slutligen om att det för att säkerställa att de särskilda egenskaperna och autonomi i unionens rättsordning bevaras, har införts ett domstolssystem genom fördragen som är avsett att säkerställa att unionslagstiftningen tolkas konsekvent och enhetligt.³⁵ Domstolen angav vidare att kärnan i detta system utgörs av förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF som syftar till att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten och därigenom göra det möjligt att säkerställa unionsrättens koherens, fulla verkan och autonomi samt slutligen den specifika karaktären hos den rättsordning som inrättats genom fördragen.³⁶

58. På grundval av dessa principer anförde domstolen för det första att den skiljedomstol som inrättats på grundval av bestämmelserna i det bilaterala investeringsavtalet i fråga ska tillämpa och till och med tolka unionsrätten.³⁷ Domstolen slog för det andra fast att skiljedomstolen i fråga inte omfattades av unionens domstolssystem, vilket innebar att den

³⁰ Punkt 60 och domslutet.

³¹ Domen i målet *Achmea*, punkt 32. Se, även, yttrande 2/13, av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkt 201 och där angiven rättspraxis).

³² Domen i målet *Achmea*, punkt 33.

³³ Domen i målet *Achmea*, punkt 33.

³⁴ Domen i målet *Achmea*, punkt 34. Se, även, yttrande 2/13, av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkterna 168 och 173 och där angiven rättspraxis).

³⁵ Domen i målet *Achmea*, punkt 35. Se även yttrande 2/13, av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkt 174).

³⁶ Domen i målet *Achmea*, punkt 37. Se även, yttrande 2/13, av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkt 176 och där angiven rättspraxis).

³⁷ Domen i målet *Achmea*, punkterna 39–42.

tvistlösningsmekanism som inrättats genom det bilaterala investeringsavtalet kunde innebära att dessa tvister avgörs på ett sätt som inte säkerställer unionsrättens fulla verkan, trots att de kan avse tolkningen eller tillämpningen av unionsrätten.³⁸

59. Domstolen anförde att så var fallet även om det i medlemsstaternas rättsordning föreskrivs en möjlighet för de nationella domstolarna att pröva skiljedomen, eftersom en sådan prövning är begränsad och endast får göras i den utsträckning det är tillåtet enligt nationell lagstiftning. I domen i målet Achmea gjorde domstolen en åtskillnad mellan en tvistlösningsmekanism i en konvention som är bindande för två medlemsstater och ett kommersiellt skiljeförfarande, vilket just har bedömts vara förenligt med unionsrätten, i den mån de grundläggande unionsrättsliga bestämmelserna kan prövas inom ramen för de nationella domstolarnas prövning av skiljedomar och, i förekommande fall, bli föremål för en begäran om förhandsavgörande.³⁹

60. Jag vill understryka att det föreligger en grundläggande skillnad mellan dessa båda mekanismer. Ett kommersiellt skiljeförfarande förutsätter att vardera parten utövar sin autonomi. Det innebär att ett skiljeavtal ingås, antingen samtidigt som det avtal ingås för vilket tvister rörande detta ska hänskjutas till skiljeförfarande, eller när tvisten väl har uppkommit. Med andra ord följer domstolens behörighet i kommersiella skiljeförfaranden alltid av ett skiljeavtal avseende en tvist som definieras exakt i avtalet. Det kan inte anses att en sådan skiljedomstols behörighet omfattas av systemet för rättsligt skydd som ges av staten. Den följer snarare av den autonomi som varje part som deltar i handeln har.⁴⁰ Det är nämligen denna autonomi som ger parterna möjlighet att besluta om tvistlösning genom kommersiella skiljeförfaranden.

61. Däremot svarar mekanismen för tvistlösning i ett internationellt avtal mot en annan logik.⁴¹ Mot bakgrund av detta utgör denna mekanism ett allmänt och ständigt erbjudande om skiljeförfarande som motparten har att godta eller avböja. Med andra ord avstår staten genom denna mekanism från möjligheten att en tvist mellan den och en investerare från en annan medlemsstat som omfattas av avtalets tillämpningsområde avgörs av de nationella domstolarna. Detta avstående är systembetingat, eftersom det kan avse alla tvister som omfattas av avtalets tillämpningsområde. Härigenom skapar staten en mekanism för domstolsskydd som inte omfattas av det domstolssystem som staten beviljar.

62. Det är just denna aspekt av mekanismen för skiljeförfaranden i tvister avseende investering som föreskrivs i avtal mellan medlemsstaterna som domstolen avser i domen i målet Achmea. Det är nämligen inte tillåtet för medlemsstaterna att systematiskt undanta en rad tvister om tolkning eller tillämpning av unionsrätten från unionens domstolssystem genom ett internationellt åtagande.

63. Under dessa omständigheter har domstolen slagit fast att tvistlösningsmekanismen i fråga är ägnad att inte enbart ifrågasätta principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, utan även bibehållandet av den specifika karaktären hos den rättsordning som inrättats genom fördragen, vilken säkerställs genom förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, och därför inte är förenlig med principen om lojalt samarbete.⁴² Enligt domstolen följer härav att

³⁸ Domen i målet Achmea, punkterna 42–56.

³⁹ Domen i målet Achmea, punkterna 45 och 55.

⁴⁰ Se, för ett liknande resonemang, Basedow, J., "EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice", *Journal of International Arbitration*, 2015, band 32, nr 4, sidorna 367–386, i synnerhet sid. 370.

⁴¹ Avseende mekanismens originalitet, se Kessedjian, C., och Pironon, V., *Droit du commerce international*, andra upplagan, Thémis, PUF, 2020, s. 209.

⁴² Domen i målet Achmea, punkt 58.

tvistlösningsmekanismen i det aktuella bilaterala investeringsavtalet enligt vilken en investerare från en medlemsstat får inleda ett förfarande mot den andra medlemsstaten vid en skiljedomstol undergräver unionsrättens autonomi.⁴³

64. Denna lösning är slutligen ett exakt uttryck för unionsrättens autonomi,⁴⁴ vilken i sig grundar sig på det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsstaterna, vilka delar ett antal värden och erkänner det faktum att de faktiskt delar dessa värden. Medlemsstaterna är således skyldiga att, utom under exceptionella omständigheter, anse att alla andra medlemsstater i unionen iakttar unionsrätten, inbegripet de grundläggande rättigheterna, bland annat rätten till ett effektivt rättsmedel vid en oavhängig domstol enligt artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.⁴⁵

65. Det är med andra ord just på grund av att det i unionens rättsordning är tillåtet och erkänt att medlemsstaterna respekterar en rad värden och rättigheter, däribland rättsstatsprincipen och rätten till ett effektivt rättsmedel, som det även är säkerställt att investerare från medlemsstaterna med säkerhet åtnjuter ett tillräckligt skydd⁴⁶ i unionens rättsordning, varför det inte är nödvändigt att använda sig av ett system som inte är en del av medlemsstaternas domstolssystem.⁴⁷

66. Domstolen har för övrigt erinrat om betydelsen av dessa värden, i synnerhet rättsstatsprincipen, i olika mål,⁴⁸ där det framhålls vilken roll unionens institutioner, särskilt kommissionen, vilka är ansvariga för att övervaka att de iakttas, har.

67. Med domen i målet Achmea har således frågorna om förhållandet mellan unionsrätten och tvistlösningsmekanismerna i de bilaterala investeringsavtal som ingåtts mellan två medlemsstater besvarats.

68. Nästan alla medlemsstater noterade för övrigt detta avgörande genom att genom olika förklaringar⁴⁹ ange sin avsikt att förkasta de bilaterala investeringsavtalen mellan medlemsstaterna. Dessa förklaringar följdes av att 23 medlemsstater den 5 maj 2020 ingick ett avtal om upphävande av bilaterala investeringsavtal mellan unionens medlemsstater.⁵⁰

⁴³ Domen i målet Achmea, punkt 59.

⁴⁴ Hess, B., se ovan, s. 8.

⁴⁵ Yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada), av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punkt 128 och där angiven rättspraxis).

⁴⁶ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet av den 19 juli 2018 om skydd för investeringar inom EU, COM(2018) 547 final.

⁴⁷ Det är här inte fråga om att förneka att skiljedomstolar inom investeringsrätten har kunnat bidra till att rättsstatsprincipen iakttas, se i detta avseende Sadowski, W., "Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitral: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?", *Common Market Law Review*, 2018, nr 55, sidorna 1025–1060. Ett sådant bidrag kan emellertid inte jämföras med en försäkran mellan unionens medlemsstater om erkännande och iakttagande av de grundläggande värden som unionen bygger på, däribland respekten för rättsstatsprincipen och rätten till ett effektivt rättsmedel inför en oavhängig domstol.

⁴⁸ Jag tänker särskilt på dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkterna 32 och 33), dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531, punkterna 43 och 47), och dom av den 5 november 2019, kommissionen/Polen (Allmänna domstolarnas oavhängighet) (C-192/18, EU:C:2019:924, punkt 98).

⁴⁹ Förklaringar från företrädarna för medlemsstaternas regeringar av den 15 och den 16 januari 2019 om de rättsliga följderna av domstolens dom i målet Achmea och skyddet för investeringar i Europeiska unionen, <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>>; och <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵⁰ Avtal om upphävande av bilaterala investeringsavtal mellan Europeiska unionens medlemsstater (EUT L 169, 2020, s. 1). Avtalet ingicks av samtliga medlemsstater utom Irland, Republiken Österrike, Republiken Finland och Konungariket Sverige.

69. Det ska även preciseras att den omständigheten att en mekanism för skiljeförfarande i tvister angående investeringar som föreskrivs i ett internationellt avtal är oförenlig med unionsrätten följer direkt av principen om unionsrättens företräde. Därav följer att den på obestämd tid inte är tillämplig i unionens rättsordning, vilket innebär att en skiljedomstols behörighet inte kan erkännas på den grunden.

2) Räckvidden av domen i målet *Achmea med avseende på energistadgefördraget*

70. I domen i målet *Achmea* regleras emellertid inte alla frågor som rör förhållandet mellan ett skiljeförfarande i tvister angående investeringar och unionsrätten. I det målet var det fråga om ett bilateralt avtal, i vilket två medlemsstater var parter. Även om det i energistadgefördraget föreskrivs en mekanism för tvistlösning som liknar den som var aktuell i domen i målet *Achmea*, såvitt den gör det möjligt att vända sig till en skiljedomstol, är det ett multilateralt avtal i vilket unionen och medlemsstaterna är parter.

71. Dessa skillnader begränsade den automatiska tillämpningen av den lösning som valts vad gäller bilaterala investeringsavtal på tvistlösningsmekanismen i artikel 26 i energistadgefördraget. Medlemsstaternas på varandra följande förklaringar i detta avseende illustrerar just de befintliga skillnaderna vad gäller möjligheten att utvidga räckvidden av domen i målet *Achmea* till den tvistlösningsmekanism som föreskrivs i energistadgefördraget⁵¹ och, mer grundläggande, vad gäller frågan huruvida artikel 26 i energistadgefördraget är förenlig med unionsrätten.

72. Det ska således fastställas om domstolens resonemang i domen i målet *Achmea* kan tillämpas när det gäller frågan huruvida den tvistlösningsmekanism som föreskrivs i artikel 26 i energistadgefördraget är förenlig med unionsrätten. Den franska, den tyska, den spanska, den italienska, den nederländska och den polska regeringen samt kommissionen har i detta avseende hävdad att en sådan lösning ska väljas och att det förhållandet att artikel 26 i energistadgefördraget inte är förenlig med unionsrätten innebär att den inte är tillämplig i unionens rättsordning. Den ungerska, den finländska och den svenska regeringen har vid förhandlingen i sin tur företrätt uppfattningen att den lösning som domstolen kom fram till i domen i målet *Achmea* inte kunde tillämpas på tvistlösningsmekanismen i artikel 26 i energistadgefördraget.

73. Jag anser att den tvistlösningsmekanism som föreskrivs i artikel 26 i energistadgefördraget, såvitt den gör det möjligt att vända sig till en skiljedomstol, utan tvekan leder till ett resultat som liknar det tvistlösningssystem som var aktuellt i domen i målet *Achmea*, vilket bedömdes vara oförenligt med unionsrätten.

⁵¹ Medan Konungariket Belgien, Republiken Bulgarien, Republiken Tjeckien, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Estland, Irland, Republiken Grekland, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Republiken Kroatien, Republiken Italien, Republiken Cypern, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Konungariket Nederländerna, Republiken Österrike, Republiken Polen, Republiken Portugal, Rumänien, Republiken Slovakien, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har förklarat att klausulen om tvistlösning var oförenlig med unionsrätten, har Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Malta, Republiken Slovenien, Republiken Finland och Konungariket Sverige uttryckligen gjort ett förbehåll rörande möjligheten att tillämpa den lösning som valdes i den domen på tvistlösningsmekanismen i energistadgefördraget. Ungern har i sin tur förklarat att denna lösning inte kan tillämpas på tvistlösningsmekanismen i artikel 26 i energistadgefördraget. Se förklaringar från företrädarna för medlemsstaternas regeringar av den 15 och den 16 januari 2019 om de rättsliga följderna av domstolens dom i målet *Achmea* och skyddet för investeringar i Europeiska unionen <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>>; och <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

74. För det första vill jag påpeka att artikel 26 i energistadgefördraget, i likhet med den tvistlösningsmekanism som var aktuell i domen i målet Achmea, gör det möjligt att hänskjuta tvister avseende tolkningen av unionsrätten till en skiljedomstol i tvister rörande investeringar.

75. I artikel 26.6 i energistadgefördraget föreskrivs nämligen att skiljedomstolen ska besluta i de frågor som tvisten gäller i överensstämmelse med energistadgefördraget och ”tillämpliga regler och principer i internationell rätt”. I motsats till vad den finländska och den svenska regeringen har hävdad, och såsom domstolen slog fast i domen i målet Achmea,⁵² måste unionsrätten, med hänsyn till unionsrättens beskaffenhet och särdrag, anses utgöra både en del av gällande rätt i alla medlemsstater och en rätt som härrör från ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna. Den skiljedomstol som har inrättats i enlighet med artikel 26 i energistadgefördraget ska därför i förekommande fall tolka och till och med tillämpa unionsrätten.

76. För det andra anser jag att den skiljedomstol som inrättats i enlighet med artikel 26 i energistadgefördraget, även i en tvist som en investerare från en medlemsstat inlett mot en annan medlemsstat, inte omfattas av unionens domstolssystem.⁵³

77. Skiljedomstolen utgör nämligen inte en del av medlemsstaternas domstolssystem och det är just denna undantagskaraktär som motiverar en sådan mekanism för tvistlösning. Den utgör inte heller en domstol som är gemensam för flera medlemsstater, eftersom den inte har något samband med medlemstaternas domstolssystem.

78. Under dessa omständigheter kan den skiljedomstol som har inrättats i enlighet med artikel 26 i energistadgefördraget inte anses vara en ”domstol i en medlemsstat” i den mening som avses i artikel 267 FEUF och är inte behörig att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Avgöranden från en sådan domstol omfattas således inte av en ordning som ska säkerställa att unionens bestämmelser verkligen får full verkan.⁵⁴

79. Av detta följer att artikel 26 i energistadgefördraget, i likhet med den tvistlösningsmekanism som fastställts vara oförenlig med unionsrätten i domen i målet Achmea, i den mån den gör det möjligt att vända sig till en skiljedomstol, enligt min mening undergräver unionsrättens autonomi och därför också är oförenlig med unionsrätten.

80. Denna slutsats ifrågasätts varken av särdragen hos energistadgefördraget, som föranledde tvivel om tillämpningen av domen i målet Achmea på den mekanism för tvistlösning som föreskrivs i den, eller av domstolens senare rättspraxis, som bland annat den ungerska, den finländska och den svenska regeringen har åberopat vid förhandlingen.

i) Huruvida de särdragen som energistadgefördraget har i förhållande till ett bilateralt investeringsavtal saknar betydelse

81. Det är riktigt att unionen, till skillnad från ett sådant bilateralt investeringsavtal som det som avses i domen i målet Achmea, själv är part i energistadgefördraget och således är bunden av sistnämnda. Dessutom underströk domstolen i den domen uttryckligen att

⁵² Punkt 41.

⁵³ Även om jag innan domen i målet Achmea meddelandes inom ramen för min akademiska verksamhet inte omedelbart uteslutit den motsatta uppfattningen, ansluter jag mig nu till domstolens resonemang i detta avseende. Se Szpunar, M., ”Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU”, i Ferrari, F., (utgivare), *The impact of EU Law on international commercial arbitration*, Juris, 2017, sidorna 85–124.

⁵⁴ Domen i målet Achmea, punkt 43 och där angiven rättspraxis.

tvistlösningsmekanismen föreskrevs i ett avtal som ”inte ingåtts av unionen utan av medlemsstaterna”.⁵⁵ Innebär detta nödvändigtvis att samma lösning inte kan tillämpas med avseende på ett internationellt avtal som ingåtts av medlemsstaterna och unionen? Jag anser inte det.

82. Det ska i detta hänseende påpekas att det är ostridigt att ett internationellt avtal om upprättande av en domstol som ansvarar för tolkningen av avtalets bestämmelser och vars avgöranden är bindande för institutionerna, inbegripet EU-domstolen, visserligen i princip inte är oförenligt med unionsrätten. Unionens befogenhet på området för yttre förbindelser och dess befogenhet att ingå internationella avtal innefattar med nödvändighet möjligheten att såvitt gäller tolkningen och tillämpningen av dessa avtals bestämmelser följa avgörandena från en domstol som upprättats eller utsetts enligt avtalen.⁵⁶

83. En sådan möjlighet kan emellertid endast tillåtas under förutsättning att unionens autonomi och dess rättsordning iakttas.⁵⁷ Såsom jag emellertid har anfört i punkterna 78 och 79 i detta förslag till avgörande undergräver tvistlösningsmekanismen i artikel 26 i energistadgefördraget, i den mån den gör det möjligt att tillgripa skiljeförfaranden, just unionsrättens autonomi. Under dessa omständigheter kan den omständigheten att unionen även är part i energistadgefördraget inte påverka detta konstaterande.

ii) Skillnad i förhållande till yttrande 1/17

84. Den ungerska, den finländska och den svenska regeringen har slutligen vid förhandlingen gjort gällande att det genom yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada)⁵⁸ hade införts en ny bedömningsmodell för tvistlösningsmekanismer som inte är en del av unionens domstolssystem. En sådan mekanism är inte i sig oförenlig med unionsrätten, förutsatt att den inte gör det möjligt för en domstol som inte är en del av unionens domstolssystem att tolka eller tillämpa unionsrätten och att de avgöranden som denna domstol meddelar inte kan få till följd att unionens institutioner förhindras att fungera i enlighet med unionens konstitutionella ram.

85. En sådan argumentation är emellertid inte övertygande. För det första anser jag, såsom anges i punkterna 74 och 75 i detta förslag till avgörande, att artikel 26 i energistadgefördraget just tillåter att unionsbestämmelser tolkas eller tillämpas av en skiljedomstol som inte är en del av unionens domstolssystem. Artikel 26 i energistadgefördraget skiljer sig dessutom från den mekanism för tvistlösning som föreskrivs i det övergripande avtalet om ekonomi och handel mellan Kanada å ena sidan, och Europeiska unionen och dess medlemsstater å andra sidan (nedan kallat Ceta), i den del det i avtalet föreskrivs ett uttryckligt förbehåll vad gäller tolkningen av unionsrätten;⁵⁹ något sådant förbehåll finns inte i artikel 26 i energistadgefördraget.

86. För det andra ska det framför allt påpekas att domstolens resonemang avseende den tvistlösningsmekanism som det övergripande avtalet om ekonomi och handel mellan EU och Kanada innehåller i yttrande 1/17⁶⁰ inte på något sätt kan påverka bedömningen av artikel 26 i

⁵⁵ Domen i målet Achmea, punkt 58.

⁵⁶ Yttrande 1/91 (EES-avtalet – I), av den 14 december 1991 (EU:C:1991:490, punkterna 40 och 70), yttrande 1/09, av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkterna 74 och 76), och yttrande 2/13, av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkterna 182 och 183).

⁵⁷ Yttrande 2/13, av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkt 183), och Domen i målet Achmea, punkt 57.

⁵⁸ Yttrande av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341).

⁵⁹ Yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada), av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punkt 131).

⁶⁰ Yttrande av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341).

energistadgefördraget. Såsom domstolen påpekade i detta yttrande skiljer sig frågan huruvida det är förenligt med unionsrätten att inrätta eller bibehålla en investeringstribunal genom ett avtal mellan medlemsstaterna från frågan huruvida det är förenligt med unionsrätten att inrätta en sådan domstol genom ett avtal mellan unionen och tredjeländer.⁶¹ Den ungerska, den finländska och den svenska regeringen skulle enbart kunna vinna framgång med sin argumentation om energistadgefördraget enbart reglerade förbindelserna mellan unionen och tredjeländer.

87. Medan medlemsstaterna är skyldiga att iaktta principen om ömsesidigt förtroende, gäller en sådan princip inte vad beträffar förbindelserna mellan unionen och tredjeländer. Närmare bestämt grundar sig inte förbindelserna med tredjeländer på den grundläggande premissen att varje medlemsstat delar en rad gemensamma värden med alla andra medlemsstater och erkänner att de andra medlemsstaterna delar dessa värden med den och således iakttar den unionsrätt genom vilken dessa värden genomförs. Såsom generaladvokaten Bot anförde inom ramen för ett avtal med tredjeländer har var och en av de avtalsslutande parterna inte nödvändigtvis förtroende för den andra partens domstolssystem för att säkerställa iakttagandet av reglerna i avtalet.⁶² Avsaknaden av ett sådant ömsesidigt förtroende, såsom det som finns inom unionen, är just anledningen till att de avtalsslutande parterna beslutar att komma överens om en neutral tvistlösningsmekanism.⁶³ En sådan mekanism som inte ingår i parternas domstolssystem gör det möjligt att säkerställa de avtalsslutande parternas förtroende vad gäller tillämpningen av avtalet, utan att detta förtroende får förväxlas med det ömsesidiga förtroende som strukturerar förbindelserna inom unionens rättsordning.

88. Under dessa omständigheter har yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada)⁶⁴ ingen inverkan på bedömningen, mot bakgrund av de principer som framgår av domen i målet Achmea, av den tvistlösningsmekanism som föreskrivs i artikel 26 i energistadgefördraget, i den mån den gör det möjligt att vända sig till en skiljedomstol, eftersom detta avtal reglerar förbindelserna mellan medlemsstaterna.

3) Slutsats angående tillämpligheten av artikel 26 i energistadgefördraget i unionens rättsordning

89. Av det ovan anförda följer att den tvistlösningsmekanism som föreskrivs i artikel 26 i energistadgefördraget enligt min mening är oförenlig med unionsrätten, eftersom den gör det möjligt för en skiljedomstol som inte omfattas av unionens domstolssystem, i en tvist mellan en investerare från en medlemsstat och en annan medlemsstat, att tolka eller tillämpa unionsrätten och därigenom ifrågasätter principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, och bibehållandet av den specifika karaktären hos den rättsordning som inrättats genom fördragen, samtidigt som den undergräver unionsrättens autonomi. Artikel 26 i energistadgefördraget är således såtillvida inte tillämplig inom unionens rättsordning.

90. Den omständigheten att en investerare från en medlemsstat inte kan tillgripa ett skiljeförfarande i en tvist med en annan medlemsstat innebär emellertid inte att artikel 26 i energistadgefördraget aldrig är tillämplig inom unionens rättsordning. Investerare från en medlemsstat kan i princip alltid väcka talan mot en annan medlemsstat vid sina domstolar med

⁶¹ Yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada), av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punkt 127).

⁶² Förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada, EU:C:2019:72, punkt 82).

⁶³ Förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada, EU:C:2019:72, punkt 84). Avseende denna punkt, se även, Lenaerts, K., "Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue", Yearbook of European Law, 2019, band 38, s. 12.

⁶⁴ Yttrande av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341).

avseende på en tvist som avses i denna bestämmelse.⁶⁵ En sådan möjlighet beror emellertid på frågan om de materiella bestämmelserna i energistadgefördraget kan ligga till grund för sådana anspråk och om de således i sin tur är tillämpliga i unionens rättsordning. Jag kommer nu att pröva denna fråga.

b) Huruvida artikel 1.6 i energistadgefördraget är tillämplig i unionens rättsordning

91. I artikel 1.6 i energistadgefördraget definieras begreppet investering, såsom det används i bestämmelserna i energistadgefördraget, och återfinns i den första delen av energistadgefördraget, som har rubriken ”Definitioner och syfte”. Denna bestämmelse ingår således bland de inledande bestämmelserna i energistadgefördraget, vilka mer allmänt syftar till att fastställa bestämmelsens tillämpningsområde och syfte samt till att definiera de begrepp som används i dess bestämmelser.

92. Med andra ord medför artikel 1.6 i energistadgefördraget, i den del det materiella tillämpningsområdet för energistadgefördraget fastställs, även att de materiella bestämmelserna om skydd i energistadgefördraget blir tillämpliga.

93. Under dessa omständigheter beror frågan huruvida denna bestämmelse är tillämplig i unionens rättsordning huvudsakligen på huruvida de materiella bestämmelser som bestämmelsen ger verkan åt i sig är tillämpliga i unionens rättsordning, så att investerare från en medlemsstat kan åberopa dem i samband med en talan mot en annan medlemsstat vid en domstol i den medlemsstaten.

94. Även om denna fråga inte avgjordes i domen i målet *Achmea*, har den domen däremot visat att det föreligger vissa tvivel om huruvida det är möjligt att inom unionen tillämpa de materiella bestämmelserna i fördragen om främjande och skydd för investeringar i allmänhet, och i energistadgefördraget i synnerhet.⁶⁶

95. Jag tror emellertid inte att det inom ramen för förevarande mål, och på ett rent teoretiskt sätt, är möjligt att ge ett säkert svar på denna fråga. Detta skulle nämligen förutsätta att det genomförs en abstrakt och uttömmande analys av samtliga överlappningar som kan finnas mellan unionsrätten och energistadgefördraget.⁶⁷ Det tycks mig emellertid olämpligt att göra en sådan analys vid prövningen av domstolens behörighet för att besvara tolkningsfrågorna och i förevarande mål. Det ska även understrykas att denna fråga inte har varit föremål för diskussion mellan parterna.⁶⁸

96. Vidare vill jag understryka att det enda, kortfattat formulerade, argumentet i förevarande mål om att de materiella bestämmelserna i energistadgefördraget är oförenliga med unionsrätten har framförts av den italienska regeringen och kommissionen, med motiveringen att unionsrätten

⁶⁵ Det kan inte heller uteslutas att domstolens tolkning av artikel 26 i energistadgefördraget kan vara nödvändig inom ramen för medlemsstaternas nationella domstolars prövning av en skiljedom som meddelats inom ramen för en tvist mellan en investerare från ett tredjeland och en medlemsstat, vilken kan innebära att skiljedomare tolkar unionsrätten.

⁶⁶ Se, i detta avseende, kommissionens meddelande till Europaparlamentet och rådet av den 19 juli 2018 om skydd för investeringar inom EU, COM(2018) 547 final.

⁶⁷ För ett exempel på möjliga överlappningar mellan ett fördrag om skydd och främjande av investeringar som ingåtts mellan två medlemsstater och unionsrätten, se förslag till avgörande av generaladvokaten Wathelet i målet *Achmea* (C-284/16, EU:C:2017:699).

⁶⁸ Även om parterna vid förhandlingen tillfrågades om verkningarna av domen i målet *Achmea* avsåg diskussionen endast den domens inverkan på huruvida tvistlösningsmekanismen i artikel 26 i energistadgefördraget är förenlig med unionsrätten. Jag vill framhålla att den domen inte rör de materiella bestämmelsernas förenlighet, utan endast frågan huruvida en liknande mekanism som införts genom energistadgefördraget är förenlig med unionsrätten

innehåller instrument för att skydda investeringar som är likvärdiga med de instrument för skydd för investeringar som föreskrivs i energistadgefördraget. Vid första anblicken förefaller det emellertid inte vara klart varför detta likvärdiga skydd i sig skulle vara oförenligt med unionsrätten.

97. Under dessa omständigheter anser jag att det i detta skede med säkerhet varken kan uteslutas eller godtas att de materiella bestämmelserna i energistadgefördraget, inbegripet artikel 1.6 i energistadgefördraget är oförenliga med unionsrätten. Det finns således skäl att anta att dessa bestämmelser är tillämpliga inom unionens rättsordning.

4. Slutsats om domstolens behörighet

98. Artikel 26 i energistadgefördraget är enligt min mening inte förenlig med unionsrätten, i den del det däri föreskrivs en möjlighet att väcka talan vid en skiljedomstol, vilket innebär att ett sådant tvistlösningsförfarande inte kan tillämpas inom unionens rättsordning.

99. Eftersom det i detta skede inte kan uteslutas att de materiella bestämmelserna i energistadgefördraget, inbegripet artikel 1.6 i energistadgefördraget, kan vara tillämpliga i unionens rättsordning, ska det emellertid därutöver antas att investerare från en medlemsstat kan återopa dessa bestämmelser i samband med en tvist mot en annan medlemsstat vid en domstol i den medlemsstaten som avses i artikel 26 i energistadgefördraget. Under dessa omständigheter ska såväl artikel 1.6 som artikel 26 i energistadgefördraget anses kunna vara tillämpliga inom unionens rättsordning.

100. Av detta följer att unionen har ett visst intresse av att dessa bestämmelser tolkas enhetligt, vilket innebär att EU-domstolen bör vara behörig att besvara samtliga tolkningsfrågor.

B. Prövning i sak

1. Den första frågan: Begreppet investering i den mening som avses i artikel 1.6 i energistadgefördraget

101. Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artikel 1.6 i energistadgefördraget ska tolkas så, att en fordran som följer av ett avtal om försäljning av el, där investeraren inte har tillskjutit något kapital i den mottagande staten, kan utgöra en investering.

102. Komstroy gjorde vid förhandlingen gällande att begreppet investering definieras i energistadgefördraget och att denna definition i sig är tillräcklig, även om den stöds av en icke-uttömmande förteckning över exempel på tillgångar som utgör en investering i den mening som avses i energistadgefördraget. Detta bolag har även gjort gällande att själva betydelsen av begreppen i artikel 1.6 i energistadgefördraget är klar, och att det därför inte är nödvändigt att tolka dem eller att hänvisa till kriterier som inte omfattas av den definition som ges. Komstroy har slutligen hävdats att det i artikel 1.6 i energistadgefördraget föreskrivs att en fordran som följer av ett avtal kan anses utgöra en investering, eftersom det i artikel 1.6 c och f i energistadgedirektivet talas om "rättsanspråk på pengar" respektive "varje rättighet grundad på avtal".

103. Republiken Moldavien, den spanska, den nederländska och den polska regeringen samt kommissionen har gjort gällande att en fordran som följer av ett avtal om försäljning inte kan anses utgöra en investering i den mening som avses i artikel 1.6 i energistadgefördraget. De har hävdad att även om det i artikel 1.6 c i energistadgefördraget föreskrivs att ett rättsanspråk på pengar utgör en investering, gäller detta endast under förutsättning att denna fordran är ”förenad med en investering”. En fordran som följer av ett avtal om försäljning kan emellertid inte anses vara ”förenad med en investering”. Republiken Moldavien har dessutom understrukit att det ska utgå från den gängse betydelsen av begreppet investering, vilket förutsätter ett kapitaltillskott, vilket saknas när det rör sig om en avtalsfordran. Slutligen har Republiken Moldavien och kommissionen understrukit vikten av att skilja mellan vad som hör till handeln och vad som utgör en investering, eftersom endast investeringar skyddas i del III i energistadgefördraget.

104. I artikel 1.6 i energistadgefördraget definieras investering som ”varje slag av tillgång, som ägs eller kontrolleras, direkt eller indirekt, av en investerare”. Härigenom ger energistadgefördraget en mycket vag definition, vilken vid första anblicken förefaller vara begränsad enbart genom föremålet för den verksamhet som investeringen är förenad med. I denna bestämmelse tilläggs att en investering i den mening som avses i energistadgefördraget ska vara förenad med en ekonomisk verksamhet inom energisektorn.

105. Denna definition kompletteras av en icke uttömmande förteckning över specifika exempel på investeringar i den mening som avses i denna bestämmelse. Härav följer, såsom Komstroy har gjort gällande, att när aktuella tillgångar klart omfattas av en av de investeringar som uttryckligen nämns i artikel 1.6 i energistadgefördraget, är det i princip inte nödvändigt att tolka denna bestämmelse.⁶⁹

106. När det gäller avtalsfordringar kan dessa omfattas av definitionen i artikel 1.6 i energistadgefördraget, såväl enligt artikel 1.6 c som enligt artikel 1.6 f i energistadgefördraget. De avser nämligen ”rättsanspråk på pengar ... , som har ett ekonomiskt värde och är förenade med en investering,”⁷⁰ och ”varje rättighet grundad på ... avtal ... [för] att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn.”⁷¹

107. Jag vill emellertid påpeka att även om dessa två bestämmelser ger exempel på investeringar i den mening som avses i energistadgefördraget, tillför de även ytterligare villkor för att kvalificera investeringen. För det första föreskrivs i artikel 1.6 c i energistadgefördraget att ett rättsanspråk på pengar utgör en investering under förutsättning att det följer av ett avtal som i sig är förenat med en investering. För det andra föreskrivs i artikel 1.6 f i energistadgefördraget att en rättighet som är grundad på ett avtal är en investering om den har beviljats för att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn. Med andra ord är en fordran som följer av ett avtal inte automatiskt en investering i den mening som avses i energistadgefördraget; vissa begränsningar föreskrivs i texten.

108. Tillägget av dessa villkor gör det emellertid svårt, för att inte säga omöjligt, att entydigt knyta varje fordran som följer av ett avtal till den ena eller den andra formen av investering i den mening som avses i artikel 1.6 i energistadgefördraget. En avtalsfordran, i synnerhet när den följer av ett

⁶⁹ Se, i detta avseende, i praxis från skiljedomstolarna, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd mot Kazakstan* (Stockholms Handelskammare (CSS) nr V 116/2010), dom av den 19 december 2013, punkt 806, och, i doktrinen, Gaillard, E. *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, nr 6, s. 160.

⁷⁰ Artikel 1.6 c i energistadgefördraget.

⁷¹ Artikel 1.6 f i energistadgefördraget.

avtal om försäljning av el, kan nämligen inte utan tvivel omfattas av artikel 1.6 c eller f i energistadgefördraget, utan att det först har fastställts vad de ytterligare villkor som anges i dessa bestämmelser innebär.

109. Det är därför lämpligt att göra en tolkning av dessa två bestämmelser, vilka i enlighet med artikel 31.1 i Wienkonventionen⁷² ska tolkas ”i god tro, i enlighet med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte.”

a) Artikel 1.6 c i energistadgefördraget

110. Artikel 1.6 c i energistadgefördraget, i vilken det föreskrivs att en fordran ska följa av ett avtal som är förenat med en investering, är i viss mån tvetydig. I denna bestämmelse definieras nämligen rättsanspråk på pengar som kan betraktas som en investering med hänvisning till begreppet investering. Med andra ord är begreppet investering både det begrepp som definieras och det begrepp som används för att definiera det. Artikel 1.6 c i energistadgefördraget är i detta avseende av cirkulär karaktär.⁷³

111. Under dessa omständigheter och i syfte att bryta denna cirkeldefinition kan ordet investering i artikel 1.6 c i energistadgefördraget endast förstås på ett annat sätt än just det som avses i denna bestämmelse. Såsom den polska regeringen har påpekat är ett rättsanspråk på pengar endast en investering om det har uppkommit enligt ett avtal som i sig är förenat med en annan investering i den mening som avses i energifördraget, som inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 1.6 c i energistadgefördraget.

112. Ingen av de övriga investeringar som avses i artikel 1.6 i energistadgefördraget kan förstås så, att de omfattar leverans av el, som är föremål för det avtal som ligger till grund för det rättsanspråk på pengar som granskats. Inget av styckena i denna bestämmelse avser enbart en handelstransaktion.⁷⁴ Det följer således av en bokstavstolkning av artikel 1.6 i energistadgefördraget att en fordran som följer av ett elleveransavtal och som inte innebär något kapitaltillskott inte är ett rättsanspråk på pengar till följd av avtal som har ett ekonomiskt värde och är förenade med en investering.

113. Bokstavstolkningen av artikel 1.6 c i energistadgefördraget bekräftas därefter av att ordet investering används i den gängse meningen i denna bestämmelse.⁷⁵

⁷² Konventionen om traktaträtten som ingicks i Wien den 23 maj 1969 (United Nations Treaty Series, vol. 1155, s. 332) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

⁷³ Angående den cirkulära karaktären av definitionen av investering, se Pyka, M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C.H. Beck, Warszawa, 2018, sidorna 43 och 44.

⁷⁴ Det kan föreligga tvivel om huruvida det är möjligt att anse att elleveranser omfattas av artikel 1.6 f i energistadgefördraget, som avser ”varje rättighet grundad på lag ... att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn.” Ett sådant resonemang har dessutom godtagits i praxis från skiljedomstolarna, se i detta avseende *Petrobart Limited mot Republiken Kirgizistan* [CSS mål nr 126/2003], dom av den 29 mars 2005, s. 72. Mot bakgrund av den tolkning av artikel 1.6 f i energistadgefördraget som jag föreslår ska en sådan möjlighet emellertid uteslutas. Se punkt 121 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

⁷⁵ I doktrinen förespråkas tanken att man, vad gäller definitionen av begreppet investering i artikel 1.6 c i energistadgefördraget, endast ska beakta ordets gängse betydelse. Såsom den polska regeringen har gjort gällande i sitt skriftliga yttrande, görs det i den engelska versionen av energistadgefördraget nämligen en åtskillnad mellan det engelska ordet Investment i den mening som avses i energistadgefördraget, som kännetecknas av versal, och det engelska ordet ”investment”, i ordets vanliga bemärkelse, denna gång utan versal. De ”investeringar” som således skiljer sig från de Investeringar som skyddas av energistadgefördraget har en objektiv mening, såsom det erinrats om i punkterna 114, 115 och 116 i detta förslag till avgörande. Eftersom det i artikel 1.6 c i EG-fördraget preciseras att rättsanspråk ska ha uppkommit till följd av avtal som är ”förenade med en investering”, följer härav att begreppet investering i ett sådant fall endast ska förstås på ett objektivt sätt, med hänvisning till ordets vanliga betydelse. Angående denna uppfattning se Baltag, C., *The Energy Charter Treaty: the Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2012, s. 174. Jag är emellertid inte helt övertygad av detta argument, som enbart grundar sig på textens typografiska utformning, vilken för övrigt inte återfinns i samtliga språkversioner av energistadgefördraget.

114. I vanligt språkbruk betecknar detta begrepp, såsom Republiken Moldavien och kommissionen har gjort gällande, i allmänhet en transaktion som består av ett finansiellt tillskott som äger rum under en viss tid och som innebär en risk.⁷⁶

115. På samma sätt har det i skiljedomstolens praxis dessutom gradvis fastställts en objektiv definition av begreppet investering, enligt vilken en investering förutsätter att tre omständigheter föreligger: En investerares tillskjutande av ett tillskott, en viss varaktighet hos genomförandet och ett delande av riskerna med transaktionen.⁷⁷

116. Även om denna definition har utvecklats i samband med begreppet investering i konventionen om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat, undertecknad i Washington den 18 mars 1965, förefaller den emellertid innehålla de väsentliga delarna av vad en investering kan utgöra och upprepas på så sätt ofta i doktrinen när det gäller att föreslå en allmän definition av detta begrepp.⁷⁸

117. Enligt ovannämnda tolkning av begreppet ”investering” är ett rättsanspråk på pengar således en investering i den mening som avses i artikel 1.6 i energistadgefördraget, förutsatt att den har uppkommit genom ett avtal som innebär ett tillskott som tillskjuts av den förmodade investeraren och en förväntning på vinst, vilken inte är garanterad. Denna tolkning av begreppet investering, enligt artikel 1.6 c i energistadgefördraget, återfinns dessutom i såväl skiljedomstolens rättspraxis⁷⁹ som i doktrinen.⁸⁰

118. Ett elleveransavtal är emellertid endast en handelstransaktion som inte kan omfattas av begreppet investering, eftersom den varken innebär tillskott av kapital⁸¹ eller en förväntning på inkomster som beror på tillskottet. Jag anser således att en fordran som följer av ett elleveransavtal inte är förenad med en investering och inte uppfyller villkoret i artikel 1.6 c i energistadgefördraget.

119. Slutligen stöds en sådan tolkning av begreppet investering, i den mening som avses i artikel 1.6 c i energistadgefördraget, av prövningen av den övergripande logiken i energistadgefördraget och det system för skydd av investeringar som införts. Såsom kommissionen har påpekat görs det i energistadgefördraget åtskillnad mellan handelsreglerna i del II i detta och reglerna om främjande och skydd för investeringar i del III. En ren

⁷⁶ Begreppet investering definieras bland annat på franska som ”placement de fonds en vue d’obtenir des revenus”, *Dictionnaire de l’Académie française*, nionde upplagan. På engelska definieras investment som ”the act of putting money [...] into something to make a profit”. Angående utvecklingen av definitionen av detta begrepp, se Gilles, A., *La définition de l’investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, sid. 16 och följande sidor.

⁷⁷ Se Salini Costruttori SpA och Italstrade SpA mot Konungariket Marocko (CIRDI mål nr ARB/00/4), dom av den 23 juli 2001, 129 *Journal du droit international* 196 (2002), punkt 52. Avseende bedömningen av denna rättspraxis se Pyka, M., ovan, sidorna 63–111, och Jeżewski, M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C.H. Beck, Warszawa, 2019, sidorna 127–134.

⁷⁸ Se, Baltag, C., ovan, sidorna 167–183, och Kessedjian, C., och Pironon, V., ovan, s. 206.

⁷⁹ Se, bland annat, Masdar Solar Wind Cooperatief U.A. mot Konungariket Spanien (CIRDI mål nr ARB/14/1), dom av den 16 maj 2018, punkt 195 och följande punkter, och Isox Netherlands BV mot Konungariket Spanien (CSS mål nr V 2013/153), dom av den 17 juli 2016, punkt 683 och följande punkter.

⁸⁰ Se, Baltag, C., ovan, s. 178 och följande sidor och Audit, M, *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, nr 3, s. 16.

⁸¹ Komstroy gjorde vid förhandlingen gällande att tillskottet bestod i leverans av el. Ett sådant argument räcker emellertid inte för att beteckna elleveransavtalet som ett ”avtal som är förenat med en investering”, eftersom detta inte innebär att det föreligger en risk vad gäller den förväntade avkastningen till följd av ett sådant tillskott.

handelstransaktion kan således inte i sig likställas med en investering, om inte skillnaden mellan vad som avser handel och vad som utgör en investering och som därför kräver ett särskilt skydd ska vara meningslös.⁸²

120. Begreppet investering i den mening som avses i artikel 1.6 c i energistadgefördraget ska således inte förväxlas med ren affärsverksamhet, vilket innebär att en fordran som följer av ett elleveransavtal, som inte innebär tillskott och förväntning på vinst till följd av detta tillskott, inte kan omfattas av detta avtal.

b) Artikel 1.6 f i energistadgefördraget

121. Artikel 1.6 f i energistadgefördraget avser ”varje rättighet grundad på lag ... att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn.” Det ska i detta hänseende erinras om att det redan i artikel 1.6 i energistadgefördraget allmänt föreskrivs att en investering i den mening som avses i energistadgefördraget ska vara förenad med ekonomisk verksamhet inom energisektorn. Villkoret i artikel 1.6 f i energistadgefördraget kan således inte förstås på samma sätt, eftersom en sådan precisering i annat fall skulle förlora all mening.

122. Artikel 1.6 f i energistadgefördraget avser således inte alla avtalsrättsliga rättigheter som har samband med ekonomisk verksamhet inom energisektorn, utan lägger till ytterligare ett villkor för att en avtalsenlig rättighet ska kunna anses utgöra en skyddad investering i den mening som avses i energistadgefördraget. Detta framgår av själva ordalydelsen i denna bestämmelse. Av användningen av begreppet ”att bedriva” framgår att den avtalsenliga rättigheten i fråga ska beviljas *för* att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn.⁸³ Den avtalsenliga rättigheten ska göra det möjligt att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn som mottagaren utan en sådan rättighet inte kan bedriva. Med andra ord måste den avtalsenliga rättigheten tillåta utövandet av denna verksamhet och skapa förutsättningar för utövandet av den.⁸⁴

123. Även om en avtalsfordran är en rättighet som följer av ett avtal, kan den emellertid inte anses ge rätt att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn när den förvärvas *efter* det att den har uppkommit hos den ursprungliga innehavaren. Under dessa omständigheter ger fordran inte innehavaren rätt att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn, utan endast en rätt att kräva betalning av fordran.

124. Dessutom skulle enligt min mening samma resultat uppnås om det var så att man skulle beakta fordrans ursprung, det vill säga elleveransavtalet, vilket inte är fallet. Även om ett avtal om försäljning av el mellan två bolag gör det möjligt för det ena bolaget att leverera el till det andra bolaget, är det däremot inte detta avtal som ger rätt att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn. Det bolag som tillhandahåller elektriciteten har nämligen redan möjlighet att leverera den aktuella elen till sin avtalspart, vilket innebär att avtalet inte i något fall innehåller något tillstånd eller en rätt att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn i värdlandet.

⁸² Bland annat genom den tvistlösningsmekanism som föreskrivs i artikel 26 i energistadgefördraget. Även om vissa handelstransaktioner ibland har egenskaper som motiverar att de kvalificeras som ”investeringar”, se på denna punkt Pyka, M., a.a., sidorna 175–181. Jag tror inte att en sådan analys kan tillämpas här.

⁸³ En sådan tolkning framgår för övrigt ännu tydligare av den engelska språkversionen av energistadgefördraget: ”any right conferred [...] by contract [...] to undertake any economic activity in the energy sector” (”varje rättighet grundad på lag ... att *bedriva* ekonomisk verksamhet inom energisektorn”) (min kursivering).

⁸⁴ Det typiska exemplet med en sådan avtalsenlig rättighet är en koncession för att driva en infrastruktur på den avtalslutande partens territorium.

125. En sådan fordran omfattas således enligt min mening inte av artikel 1.6 f i energistadgefördraget.

126. Av det ovan anförda följer att varken artikel 1.6 c eller artikel 1.6 f i energistadgefördraget kan tolkas så, att en fordran som grundar sig på ett elleveransavtal och som inte innefattar något kapitaltillskott utgör en investering i den mening som avses i dessa bestämmelser.

c) Den allmänna definitionen av begreppet investering i artikel 1.6 i energistadgefördraget

127. Faktum kvarstår att det i artikel 1.6 i energistadgefördraget även föreskrivs en allmän, visserligen vag, definition av begreppet investering och att förteckningen över investeringar i denna bestämmelse inte är uttömmande. Man skulle således kunna försvara idén att en fordran som inte omfattas av artikel 1.6 c eller artikel 1.6 f i energistadgefördraget emellertid kan utgöra en investering i den mening som avses i artikel 1.6 i energistadgefördraget, eftersom den utgör en "tillgång, som ägs eller kontrolleras, direkt eller indirekt, av en investerare".

128. Detta argument övertygar inte. Som jag har understrukt⁸⁵ är avtalsfordringar de enda tillgångar för vilka det i artikel 1.6 i energistadgefördraget uttryckligen föreskrivs begränsningar för att de ska anses som en investering. Det är således inte möjligt att hänvisa till den allmänna definitionen av begreppet investering i det enda syftet att undvika de begränsningar som emellertid föreskrivs i artikel 1.6 c och f i energistadgefördraget, om inte existensen av dessa precisa bestämmelser ska förnekas och begreppet investering i den mening som avses i energistadgefördraget ska tolkas *contra legem*.

129. Jag föreslår följaktligen att den första tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande: Artikel 1.6 i energistadgeavtalet ska tolkas så, att en fordran som grundar sig på ett elleveransavtal som inte innefattar något tillskott inte utgör en investering i den mening som avses i denna bestämmelse.

2. Den andra frågan

130. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artikel 26.1 i energistadgefördraget ska tolkas så, att förvärvet av en fordran som innehas av en ekonomisk aktör från en stat som inte omfattas av energistadgefördraget av ett företag från en avtalsslutande part utgör en investering.

131. Det ska i detta hänseende erinras om att den aktuella fordran följer av ett avtalsförhållande mellan Moldtransselectro och Derimen, där sistnämnda bolag är registrerat på Brittiska Jungfruöarna, det vill säga en stat som inte är part i energistadgefördraget.

132. Enligt artikel 26.1 i energistadgefördraget är det möjligt att lösa tvister mellan en avtalsslutande part och en investerare från en annan avtalsslutande part när tvisten gäller en investering som gjorts av denna investerare. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida en fordrans ursprung, när denna fordran ursprungligen innehades av en ekonomisk aktör från ett land som inte är part i energistadgefördraget, har någon inverkan på dess kvalificering som "investering" i den mening som avses i artikel 26.1 i energistadgefördraget, enligt vilken en investerare i en avtalsslutande part måste ha gjort en sådan investering.

⁸⁵ Se ovan punkt 107 i detta förslag till avgörande.

133. Jag vill inledningsvis påpeka att det, med hänsyn till mitt förslag till svar på den första frågan, inte är nödvändigt att besvara den andra frågan, eftersom det, genom att besvara den första frågan nekande, inte är nödvändigt att fastställa huruvida fordrans ursprung påverkar dess erkännande som investering som gjorts av en investerare från en fördragsslutande part i den mening som avses i artikel 26.1 i energistadgefördraget.

134. För fullständighetens skull kommer jag ändå att pröva den andra tolkningsfrågan för det fall domstolen inte delar min bedömning av den första frågan, och härvid utgå från att en sådan fordran kan utgöra en investering i den mening som avses i artikel 1.6 i energistadgefördraget.

135. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, och såsom Republiken Moldavien har framhållit, ska det vid bedömningen av huruvida en investering har ”gjorts av en investerare från annan fördragsslutande part” hänvisas till artikel 1.8 i energistadgefördraget, i vilken begreppet ”göra en investering” definieras. I denna bestämmelse föreskrivs bland annat att en investering kan göras genom förvärv av hela eller delar av befintliga investeringar. I bestämmelsen föreskrivs däremot inte att den befintliga investeringen i fråga ursprungligen ska ha gjorts i en stat som är part i energistadgefördraget.

136. Republiken Moldavien har emellertid hävdats att ett sådant villkor föreligger. Enligt Republiken Moldavien ska uttrycket ”befintliga investeringar” förstås enligt definitionen av ”investering” i artikel 1.6 i energistadgefördraget, i vilken det föreskrivs att en investering ska ”äg[a]s eller kontrolleras, direkt eller indirekt, av en investerare”. Republiken Moldavien har emellertid påpekat att begreppet investerare i artikel 1.7 i energistadgefördraget i sin tur definieras som ”ett företag eller annan organisation som bildats i enlighet med den fördragsslutande partens gällande lag, med tillämplig lagstiftning på en avtalslutande parts territorium”. Republiken Moldavien har således hävdats att eftersom den ekonomiska aktören, som ursprungligen var innehavare av den aktuella fordran, är en aktör från ett land som inte är part i energistadgefördraget, kan denne inte anses utgöra en investerare i den mening som avses i artikel 1.7 i energistadgefördraget, vilket innebär att den aktuella fordran inte kan anses utgöra en ”befintlig investering” som gjorts av ett bolag från en fördragsslutande part i den mening som avses i artikel 1.8 och artikel 26.1 i energistadgefördraget.

137. Detta argument övertygar inte. Även om Republiken Moldaviens resonemang att det är nödvändigt att hänvisa till artikel 1.6–1.8 i energistadgefördraget för att definiera vad som avses med uttrycket ”investering som ... [gjorts]” godtas, så följer den slutsats som den drar emellertid av en ofullständig läsning av dessa artiklar.

138. Det förhåller sig inte enbart så att det i artikel 1.8 i energistadgefördraget, såsom jag har påpekat,⁸⁶ inte uppställs något villkor avseende den befintliga investeringens geografiska ursprung, utan det föreskrivs uttryckligen i de bestämmelser som granskats att en sådan investering kan göras av en ekonomisk aktör från ett land som inte är part i energistadgefördraget. I artikel 1.7 i energistadgefördraget definieras nämligen begreppet investerare i fråga om såväl en fördragsslutande part som tredjeland. Det har således klart erkänts

⁸⁶ Se punkt 135 i detta förslag till avgörande.

att en investerare kan ha sitt ursprung i ett land som inte är part i energistadgefördraget, utan att detta för den skull innebär att de investeringar som investeraren gör inte utgör befintliga investeringar i den mening som avses i energistadgefördraget.⁸⁷

139. Under dessa omständigheter saknar det betydelse för kvalificeringen av fordran som ”befintlig investering” att fordran innehades av en ekonomisk aktör från ett land som inte är part i energistadgefördraget, eftersom denna aktör enligt ordalydelsen i energistadgefördraget även ska anses vara en investerare.

140. Härav följer att när en aktör från en fördragsslutande part förvärvar en fordran som innehas av en ekonomisk aktör från ett land som inte är part i energistadgefördraget, ska detta anses utgöra förvärv av en befintlig investering och följaktligen en investering som gjorts av en investerare från en fördragsslutande part i den mening som avses i energistadgefördraget.

141. Republiken Moldavien, Komstroy och kommissionen har emellertid gjort ett förbehåll om att rättsmissbruk kan ha förekommit under dessa omständigheter. Det kan nämligen inte uteslutas att en investering av en aktör från ett land som inte är part i energistadgefördraget endast förvärvas av en investerare från en fördragsslutande part i syfte att komma i åtnjutande av det skydd som ges genom energistadgefördraget, bland annat för att genomföra artikel 26.1 i energistadgefördraget för att väcka talan mot en fördragsslutande part, vilket annars inte hade kunnat göras.

142. Även om det är riktigt att det finns en sådan möjlighet, är den emellertid inte tillräcklig för att automatiskt utesluta en investering som förvärvats från en aktör från ett land som inte är part i energistadgefördraget från det investeringsskydd som ges genom att tillgripa ett tvistlösningsförfarande. En sådan tolkning förefaller mig inte vara förenlig med de bestämmelser i energistadgefördraget som tidigare har undersökts, utan skulle innebära att en investering som förvärvats från en utländsk investerare aldrig skulle åtnjuta skydd enligt energistadgefördraget.

143. Under dessa omständigheter kan förekomsten av rättsmissbruk endast beaktas från fall till fall och kan inte motivera en princip enligt vilken en investering som en investerare från en fördragsslutande part förvärvar från en investerare från ett land som inte är part i energistadgefördraget inte ska anses utgöra en investering som gjorts av den förstnämnda i den mening som avses i artikel 26.1 i energistadgefördraget. Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att pröva varför Komstroy förvärvat den aktuella fordran, för att fastställa huruvida förvärvet hade som enda syfte att väcka talan mot Republiken Moldavien med stöd av energistadgefördraget.

144. För det fall domstolen inte skulle dela min bedömning avseende den första tolkningsfrågan föreslår jag följaktligen att den andra tolkningsfrågan ska besvaras på följande sätt. Artikel 26.1 i energistadgefördraget ska tolkas så, att förvärv av en fordran från en investerare från ett land som inte är part i energistadgefördraget utgör en investering i den mening som avses i denna bestämmelse, såvida inte förvärvet har haft som enda syfte att komma i åtnjutande av det skydd

⁸⁷ Jag vill precisera att även om en investering som görs av en investerare från ett land som inte är part i energistadgefördraget verkligen utgör en investering i den mening som avses i energistadgefördraget, är den inte för den skull en investering som *skyddas* genom texten, eftersom de materiella bestämmelserna om främjande och skydd för investeringar uttryckligen och uteslutande avser investeringar som görs av investerare från länder som är parter i energistadgefördraget. Se särskilt artikel 10 i energistadgefördraget där följande föreskrivs: ”Alla fördragsslutande parter skall ... främja och skapa stabila, rättvisa, förmånliga och klara villkor *för andra avtalslutande 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 skäligen och rättvis behandling.” (Min kursivering).

som föreskrivs i bestämmelserna i energistadgefördraget och, i synnerhet, att tillåta att en talan väcks vid en skiljedomstol mot en fördragsslutande part, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att granska.

3. Tredje tolkningsfrågan

145. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artikel 26.1 i energistadgefördraget ska tolkas så, att en fordran från en investerare, som följer av ett avtal om försäljning av el som levereras vid gränsen till den mottagande staten kan utgöra en investering som görs inom en annan fördragsslutande parts område, utan att investeraren bedriver någon som helst ekonomisk verksamhet på sistnämnda parts territorium.

146. Jag vill även här påpeka att den tredje frågan är subsidiär. Om svaret på den första tolkningsfrågan är att en fordran som följer av ett avtal om leverans av el inte är en investering, är det nämligen inte relevant att fastställa huruvida denna fordran har realiserats *inom* en annan fördragsslutande parts *område*.

147. För fullständighetens skull kommer jag emellertid att besvara den tredje tolkningsfrågan, för det fall domstolen inte delar min bedömning av den första och den andra frågan, och förutsatt att en fordran som följer av ett avtal om elförsörjning utgör en investering i den mening som avses i energistadgefördraget, vilket inte är fallet.

148. Republiken Moldavien har, med stöd av den spanska regeringen och kommissionen, gjort gällande att ingen investering har gjorts på dess territorium, eftersom den el som levererades enligt det avtal på grundval av vilket fordran upprättades endast levererades fram till gränsen mellan Ukraina och Moldavien på den ukrainska sidan.

149. En sådan argumentation följer av artikel 1.6 c i energistadgefördraget, i vilken det föreskrivs att ett rättsanspråk på pengar är en investering om den har uppkommit på grundval av ett avtal som i sig är förenat med en investering. Jag anser emellertid att det i denna argumentation bortses från en väsentlig omständighet. Även om prövningen av den investering med vilken det avtal som ligger till grund för den aktuella fordran är förenat är relevant för att kvalificera fordran som en "investering", består denna investering när denna omständighet väl har fastställts, nämligen endast av fordran, utan att det är nödvändigt att senare på nytt hänvisa till den därmed förenade investeringen.

150. Den investering som är föremål för tvisten och som därför ska prövas mot bakgrund av artikel 26.1 i energistadgefördraget är således inte den elleverans som föreskrivs i det avtal som ligger till grund för fordran, utan själva fordran. Det är således endast fråga om att fastställa huruvida förvärvet av en sådan fordran kan anses utgöra en investering inom Moldaviens område, utan att det är nödvändigt att fastställa huruvida det avtal på grundval av vilket denna fordran uppkom är förenat med en investering som i sig görs inom detta område.

151. Den aktuella investeringen, det vill säga fordran, innehas i förevarande fall av en ukrainsk investerare gentemot ett bolag med säte i Moldavien. I artikel 1.10 i energistadgefördraget definieras emellertid endast begreppet område som "det territorium, som staten har suveränitet över". Härav följer att en fordran som innehas mot ett bolag med säte i Moldavien kan anses utgöra en investering som gjorts inom den fördragsslutande partens område, varvid uppehållsorten för gäldenären för fordran är tillräcklig för att fordran ska kunna fastställas.

152. Under alla omständigheter skulle samma resultat uppnås om Republiken Moldaviens argument, enligt vilket det är nödvändigt att även pröva i vilket område den investering med vilken det avtal som ligger till grund för fordran är förenad genomförs, godtas.

153. Formellt sett levereras el till gränsen till Moldavien. Såvida inte en överdrivet formalistisk lösning väljs, kvarstår det faktum att elen in fine introduceras i det moldaviska nätet och att denna omständighet utgör den väsentliga delen av problemet. Det förhållandet att den har levererats av en aktör från den ena eller den andra sidan av gränsen kan inte påverka detta resultat.⁸⁸ Den el som levereras är i själva verket fortfarande avsedd att levereras till Moldavien och således inom den fördragsslutande statens område.⁸⁹

154. För det fall domstolen inte skulle dela min bedömning av den första och den andra tolkningsfrågan föreslår jag följaktligen att den tredje tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Artikel 26.1 i energistadgefördraget ska tolkas så, att en fordran som en investerare i en fördragsslutande part har mot en aktör från en annan fördragsslutande part är en investering som gjorts av den förstnämnda inom den sistnämndas område.

V. Förslag till avgörande

155. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris, Frankrike) på följande sätt:

Artikel 1.6 i energistadgefördraget, som undertecknades i Lissabon den 17 december 1994 och godkändes på Europeiska unionens vägnar genom rådets och kommissionens beslut 98/181/EG, EKSG, Euratom av den 23 september 1997, om Europeiska gemenskapernas ingående av energistadgefördraget och energistadgeprotokollet om energieffektivitet och därtill hörande miljöaspekter, ska tolkas så, att en fordran som följer av ett elleveransavtal som inte innebär något kapitaltillskott inte är en investering i den mening som avses i denna bestämmelse.

⁸⁸ Audit, M., ovan.

⁸⁹ Detta gäller i än högre grad eftersom det, när det gäller elektricitet, är rent fiktivt att föreställa sig en leverans vid gränsen. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande är elnäten i Ukraina och Moldavien sammankopplade och det är orimligt att anse att elen levereras till en punkt A och lagras i väntan på att mottagaren hämtar den vid samma punkt.