Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MACIEJ SZPUNAR
3 päivänä maaliskuuta 2021 [1]

Asia C-741/19

Moldovan tasavalta
vastaan
Komstroy-yhtiö, jolle Energoalians-yhtiön oikeudet ovat siirtyneet

(Ennakkoratkaisupyyntö – Cour d'appel de Paris (Pariisin ylioikeus, Ranska))

Ennakkoratkaisupyyntö – Energiaperuskirjasta tehty sopimus – Investoinnin käsite – Investoijan ja sopimuspuolen väliset riidat – Täysin unionin oikeusjärjestyksen ulkopuolinen tilanne – Unionin tuomioistuimen toimivalta

I Johdanto

1. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen [2] määräyksistä on sen jälkeen, kun Euroopan unioni allekirjoitti sen lähes 30 vuotta sitten, pyydetty ennakkoratkaisua ainoastaan kaksi kertaa, joista toinen on nyt käsiteltävässä asiassa. [3] Kyseinen asia on siten hyvin erityislaatuinen ensinnäkin siksi, että se tarjoaa unionin tuomioistuimelle mieluisan tilaisuuden tulkita määräyksiä, joiden merkityksestä se ei ole tähän mennessä lausunut mitään.

2. Toiseksi unioni ja sen jäsenvaltiot eivät kumpikaan ole osapuolina riita-asiassa, johon nyt käsiteltävät ennakkoratkaisukysymykset liittyvät: siinä ovat vastakkain Moldovan tasavalta ja ukrainalainen yhtiö, ja ensi näkemältä se vaikuttaa unionin ulkopuoliselta asialta.

3. Näkemykseni mukaan unionin tuomioistuin joutuu käsiteltävässä asiassa ottamaan kantaa siihen tärkeään kysymykseen, onko energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa vahvistettu riitojenratkaisumenettely yhteensopiva unionin oikeuden kanssa, tuomiossa Achmea [4] vahvistamansa linjan mukaisesti.

1 Alkuperäinen kieli: ranska.

2 Allekirjoitettiin Lissabonissa 17.12.1994 (EYVL 1994, L 380, s. 24) ja hyväksyttiin Euroopan yhteisöjen puolesta energiaperuskirjaa koskevan sopimuksen ja energiatehokkuutta ja siihen liittyviä ympäristönäkökohtia koskevan energiaperuskirjan pöytäkirjan tekemisestä Euroopan yhteisöjen osalta 23.9.1997 tehdyllä neuvoston ja komission päätöksellä 98/181/EY, EHTY, Euratom (EYVL 1998, L 69, s. 1).

3 Muut energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen tulkintaan liittyvät asiat ovat yhdistetyt asiat Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) ym. (C-798/18 ja C-799/18), jotka ovat vireillä unionin tuomioistuimessa.

4 Tuomio 6.3.2018 (C-284/16, EU:C:2018:158; jäljempänä tuomio Achmea).

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Energiaperuskirjasta tehty sopimus

4. Unioni allekirjoitti energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 17.12.1994, ja se hyväksyttiin unionin puolesta päätöksellä 98/181. Kaikki jäsenvaltiot Italian tasavaltaa lukuun ottamatta ovat energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen osapuolia yhdessä 28 kolmannen maan kanssa.

5. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen johdanto-osassa todetaan seuraavaa:

”TÄMÄN SOPIMUKSEN SOPIMUSPUOLET, jotka

– –

ottavat huomioon Haagissa 17 päivänä joulukuuta 1991 allekirjoitetussa Haagin Euroopan energiaperuskirjaa käsittelevän konferenssin päätösasiakirjassa hyväksytyn Euroopan energiaperuskirjan;

– –

haluavat panna täytäntöön Euroopan energiaperuskirjassa tarkoitetun peruskäsitteen, joka on taloudellisen kasvun edistäminen investointien ja energia-alan kaupan vapauttamiseen tähtäävin toimenpitein;

– –”

6. Energiaperuskirjasta tehty sopimus muodostuu johdanto-osasta ja kahdeksasta osasta. Sen I, II, III ja V osan otsikot ovat vastaavasti ”Määritelmät ja tarkoitus”, ”Kauppa”, ”Investointien edistäminen ja suoja” ja ”Riitojen ratkaisu”.

7. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklassa, jonka otsikko on ”Määritelmät”, määrätään seuraavaa:

”Tässä sopimuksessa seuraavilla ilmaisuilla on jäljempänä annettu merkitys:

– –

6) ’Investoinnilla’ tarkoitetaan kaikkea investoijan suoraan tai epäsuorasti omistamaa tai valvomaa omaisuutta, johon sisältyvät:

   – –

   c) investointiin liittyvän taloudellisen arvon sisältävän sopimuksen perusteella määräytyvät käteissaatavat tai oikeudet suorituksiin,

   – –

   f) kaikki – – sopimuksessa määrätyt – – lisenssit tai luvat energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen.

– –

Ilmaisulla ’investointi’ tarkoitetaan kaikkia energia-alan taloudelliseen toimintaan liittyviä investointeja ja kaikkia investointeja tai investoinnin lajeja, jotka toteutetaan tietyn sopimuspuolen alueella, joita se nimittää ’[Euroopan energia]peruskirjan piiriin kuuluviksi hankkeiksi’ ja jotka se ilmoittaa sihteeristölle.

7) ’Investoijalla’ tarkoitetaan:

a) sopimuspuolen osalta:

i) kaikkia luonnollisia henkilöitä, joilla on kyseisen sopimuspuolen kansalaisuus tai jotka vakinaisesti asuvat sen alueella valtiossa sovellettavan lainsäädännön mukaisesti,

ii) kaikkia yrityksiä tai muita kyseisen sopimuspuolen alueella sovellettavan lainsäädännön mukaisesti järjestäytyneitä yhteisöjä,

b) ’kolmannen valtion’ osalta kaikkia luonnollisia henkilöitä, yrityksiä tai yhteisöjä, jotka täyttävät soveltuvin osin a alakohdassa sopimuspuolen osalta annetut vastaavat edellytykset.

8) ’Investoida’ tai ’toteuttaa investointeja’ tarkoittaa uusien investointien toteuttamista, olemassa olevien investointien kokonaan tai osittaista hankkimista tai siirtym[istä] muille investointitoiminnan aloille.

– –

10) ’Alueella’ tarkoitetaan sopimuspuolena olevan valtion osalta:

a) aluetta, joka on valtion alamaisuudessa ottaen huomioon, että alueeseen sisältyvät maa, sisävedet ja aluevedet

ja

b) kansainvälisen merioikeuden rajoissa ja sen mukaisesti merta, merenpohjaa ja merenpohjan alla olevaa maata, jotka kuuluvat sopimuspuolen suvereniteettiin ja lainkäyttövaltaan.

Sopimuspuolina olevien alueellisen taloudellisen yhdentymisen järjestöjen osalta ’alueella’ tarkoitetaan tämän järjestön jäsenvaltioiden aluetta järjestön perustamisasiakirjan määräysten mukaisesti.

– –”

8. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa, jonka otsikko on ”Investoijan ja sopimuspuolen välisten riitojen ratkaisu”, säädetään seuraavaa:

”1. Sovintoratkaisu pyritään saamaan sopimuspuolen ja toisen sopimuspuolen investoijan välisiin riitoihin, jotka liittyvät investointiin, jonka jälkimmäinen on tehnyt edellisen alueella, ja joiden syyksi esitetään edellisen väitetty III osan velvoitteen rikkominen.

2. Jos tällaista riitaa ei ole kyetty ratkaisemaan 1 kohdan määräysten mukaisesti kolmen kuukauden kuluessa ajankohdasta, jona jompikumpi riidan osapuolista on pyytänyt sovintoratkaisua, riidan investoijaosapuoli voi päättää antaa riidan:

a) riidan osapuolena olevan sopimuspuolen tuomioistuinten tai hallintoviranomaisten ratkaistavaksi

tai

b) ratkaistavaksi käytettävissä olevien ennalta sovittujen riitojen ratkaisumenettelyjen mukaisesti

tai

c) ratkaistavaksi tämän artiklan seuraavien kohtien mukaisesti.

– –

6. Edellä 4 kohdan mukaisesti muodostettu tuomioistuin päättää riitakysymyksistä tämän sopimuksen ja kansainvälisen oikeuden sääntöjen ja periaatteiden mukaisesti.

– –”

B Ranskan oikeus

9. Ranskan siviiliprosessilain (code de procédure civile) 1520 §:n mukaan Ranskassa välimiesmenettelyssä annetusta tuomiosta voidaan nostaa kumoamiskanne vain, jos välimiesoikeus on todennut virheellisesti, että se on tai ei ole toimivaltainen.

III Pääasian tosiseikat, ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittely unionin tuomioistuimessa

10. Ukrenergo, ukrainalainen sähköntuottajayhtiö, myi 1.2.1999 ja 24.2.1999 tehtyjen sopimusten mukaisesti sähköä Energoaliansille, ukrainalaiselle sähkönjakeluyhtiölle, joka myi sähkön edelleen Derimen Properties Limitedille (jäljempänä Derimen), Brittiläisille Neitsytsaarille rekisteröidylle yhtiölle, joka puolestaan myi sen edelleen Moldtranselectrolle, joka on moldovalainen valtionyritys. Sähkön toimitusmääristä sovittiin kuukausittain suoraan Moldtranselectron ja Ukrenergon välillä, ja Ukrenergo toimitti tämän jälkeen sähkön DAF Incoterms 1990 -ehdoilla, toisin sanoen Ukrainan ja Moldovan väliselle rajalle Ukrainan puolella.

11. Sähköä toimitettiin vuosina 1999 ja 2000, lukuun ottamatta touko- ja heinäkuun välistä ajanjaksoa vuonna 1999. Energoaliansin tuli periä kunkin toimituskuukauden maksu Derimeniltä, jonka puolestaan tuli periä maksu Moldtranselectrolta. Maksusuorituksissa sovellettavat hinnat oli vahvistettu 24.2.1999 tehtyyn sopimukseen tehdyissä lisäsopimuksissa, joiden mukaan Moldtranselectron maksama hinta oli noin kaksinkertainen Derimenin Energoaliansille maksamaan hintaan verrattuna.

12. Derimen maksoi toimitetun sähkön Energoaliansille kokonaisuudessaan, kun taas Moldtranselectro maksoi sähkön Derimenille vain osittain.

13. Derimen siirsi 30.5.2000 tehdyllä sopimuksella Energoaliansille saatavan, joka sillä oli Moldtranselectrolta.

14. Moldtranselectro maksoi velkansa osittain siirtämällä Energoaliansille useita saatavia, joita sillä oli muilta tahoilta. Energoalians yritti turhaan hakea loppuja saataviaan viemällä asian ensin Moldovan ja myöhemmin Ukrainan tuomioistuinten käsiteltäväksi.

15. Koska Energoalians katsoi, että tietyt Moldovan tasavallan toimenpiteet olivat energiaperuskirjasta tehdyllä sopimuksella annettujen sitoumusten ilmeisiä rikkomisia, se aloitti kyseisen sopimuksen 26 artiklassa tarkoitetun välitysmenettelyn.

16. Pariisissa 25.10.2013 annetulla enemmistötuomiolla kolmesta välimiehestä muodostunut välitystuomioistuin totesi olevansa toimivaltainen. Välitystuomioistuin katsoi, että Moldovan tasavalta oli jättänyt noudattamatta energiaperuskirjasta tehdystä sopimuksesta johtuvia sitoumuksiaan, ja tuomitsi sen maksamaan Energoaliansille tietyn summan kyseisen sopimuksen perusteella. Tilapäisen välitystuomioistuimen puheenjohtaja esitti eriävän mielipiteen välitystuomioistuimen toimivallasta.

17. Moldovan tasavalta nosti tästä tuomiosta kumoamiskanteen, jossa vedottiin oikeusjärjestyksen perusteisiin kuuluvan säännöksen eli tilapäisen välitystuomioistuimen toimivaltaa koskevan säännöksen rikkomiseen Ranskan siviiliprosessilain 1520 §:ssä tarkoitetulla tavalla.

18. Cour d’appel de Paris (Pariisin ylioikeus, Ranska) kumosi välitystuomion 12.4.2016 päivätyllä tuomiolla sillä perusteella, että välitystuomioistuin oli todennut virheellisesti olevansa toimivaltainen. Se katsoi, että Energoaliansin ja Moldovan tasavallan välisessä riidassa oli kyse Derimenin siirtämästä saatavasta, joka koski ainoastaan sähkön myyntiä. Koska saatava ei ollut edellyttänyt minkäänlaista sijoitusta, kyse ei voinut olla energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitetusta investoinnista eikä sillä voitu siten perustella välitystuomioistuimen toimivaltaa.

19. Komstroyn, jolle Energoalians-yhtiön oikeudet olivat 6.10.2014 siirtyneet, tekemän valituksen johdosta Cour de cassation (ylin tuomioistuin, Ranska) kumosi kokonaan 12.4.2016 annetun tuomion 28.3.2018 antamallaan tuomiolla ja palautti asian cour d’appel de Paris’hin ratkaistavaksi eri kokoonpanossa.

20. Moldovan tasavalta väittää cour d’appel de Paris’ssa, että välitystuomioistuimen olisi pitänyt todeta, ettei se ole toimivaltainen, koska kyseessä ei ole energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettu ”investointi”, jonka sopimuspuolena olevan valtion yritys on ”toteuttanut” Moldovan ”alueella”. Se väittää, että Energoaliansin Derimeniltä hankkima saatava ei ole energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohdassa, luettuna yhdessä kyseisen sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan kanssa, tarkoitettu investointi eikä siitä siten voitu aloittaa välitysmenettelyä, sillä tätä menettelyä sovelletaan ainoastaan niissä tapauksissa, joista määrätään energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen III osassa, joka koskee nimenomaan investointeja. Vaikka oletettaisiin, että tämä saatava on investointi, sitä ei ole ”toteuttanut” sopimuspuolen yritys vaan Derimen, joka on Brittiläisille Neitsytsaarille rekisteröity yhtiö. Kyseinen saatava liittyi joka tapauksessa sähkön myyntitoimintaan, jota ei ollut toteutettu Moldovan ”alueella”, vaan sähköä oli myyty ja toimitettu ainoastaan Ukrainan puolella Ukrainan ja Moldovan väliselle rajalle.

21. Komstroy sitä vastoin katsoo, että välitystuomioistuin oli energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan nojalla toimivaltainen ja että kaikki kyseisessä määräyksessä asetetut edellytykset täyttyivät, koska kyse oli Moldovan alueella toteutetusta investoinnista.

22. Edellä esitetyn perusteella cour d'appel de Paris päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohtaa tulkittava siten, että sellaista sähkönmyyntisopimukseen perustuvaa saatavaa, joka ei ole edellyttänyt investoijalta minkäänlaista sijoitusta vastaanottavaan valtioon, voidaan pitää tässä artiklassa tarkoitettuna investointina?

2) Onko energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että investointina pidetään sitä, että sopimuspuolen investoija hankkii saatavan, joka on syntynyt sopimuspuolina olevien valtioiden ulkopuoliselle talouden toimijalle?

3) Onko energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että sellaista investoijalle kuuluvaa saatavaa, joka perustuu sähkönmyyntisopimukseen, jolla sähkö toimitetaan vastaanottavan valtion rajalle, voidaan pitää toisen sopimuspuolen alueella toteutettuna investointina, vaikka investoija ei ole harjoittanut minkäänlaista taloudellista toimintaa tämän viimeksi mainitun alueella?”

23. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Moldovan tasavalta, Saksan, Espanjan ja Puolan hallitukset sekä Euroopan komissio.

24. Istunnossa, joka pidettiin 17.11.2020, esittivät suullisia huomautuksia Moldovan tasavalta, Komstroy, Ranskan, Saksan, Espanjan, Italian, Unkarin, Alankomaiden, Puolan, Suomen ja Ruotsin hallitukset sekä Euroopan unionin neuvosto ja komissio.

IV Asian tarkastelu

25. Käsiteltävä asia on aivan uudenlainen. Yhtäältä kansallisen tuomioistuimen esittämissä ennakkoratkaisukysymyksissä pyydetään tulkitsemaan tiettyjä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräyksiä, joita unionin tuomioistuimella ei ole koskaan aikaisemmin ollut tilaisuutta käsitellä. Toisaalta pääasiassa ovat vastakkain unionin ulkopuolinen valtio eli Moldovan tasavalta ja toisen unionin ulkopuolisen valtion eli Ukrainan yritys.

26. Voitaisiin näin ollen pohtia, onko unionin tuomioistuin toimivaltainen vastaamaan näihin ennakkoratkaisukysymyksiin, kun kyse on kansainvälisen sopimuksen tulkinnasta riita-asiassa, jonka erityispiirteet näyttävät ainakin ensi näkemältä viittaavan täysin unionin ulkopuoliseen tilanteeseen.

27. Ennen ennakkoratkaisupyyntöön liittyvien asiakysymysten tarkastelua (B) on siten ratkaistava, voidaanko unionin tuomioistuin todeta toimivaltaiseksi (A).

A Unionin tuomioistuimen toimivalta

28. Aluksi on muistutettava, että unionin tuomioistuimella on SEUT 267 artiklan nojalla toimivalta antaa ennakkoratkaisuja unionin toimielinten toimien tulkinnasta ja että kansainvälinen sopimus, jonka neuvosto on tehnyt SEUT 217 ja SEUT 218 artiklan mukaisesti, on tällainen toimi. Koska tällaisen sopimuksen määräykset muodostavat erottamattoman osan unionin oikeusjärjestystä sen tultua voimaan, unionin tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisu kyseisen sopimuksen tulkinnasta. [5]

29. Koska energiaperuskirjasta tehty sopimus allekirjoitettiin ja hyväksyttiin unionin puolesta, kyseistä sopimusta on pidettävä SEUT 267 artiklassa tarkoitettuna unionin toimielinten toimena. Unionin tuomioistuin on siten ensi näkemältä toimivaltainen lausumaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräyksistä.

30. Tämä toteamus ei kuitenkaan vielä riitä vahvistamaan unionin tuomioistuimen toimivaltaisuutta. Unioni ja sen jäsenvaltiot eivät nimittäin kumpikaan ole osapuolina pääasiassa. Näin ollen on selvitettävä, voiko tällä seikalla olla vaikutusta unionin tuomioistuimen toimivaltaan vastata ennakkoratkaisukysymyksiin.

1. Kansainvälisen sopimuksen määräysten tulkintaa koskeva oikeuskäytäntö siltä osin kuin on kyse näiden määräysten soveltamisesta unionin oikeusjärjestyksen ulkopuolella

31. Oikeuskäytännössä on tehty tiettyjä täsmennyksiä unionin tuomioistuimen toimivaltaan tulkita kansainvälisiä sopimuksia. Erityisesti tuomiossa Andersson ja Wåkerås-Andersson [6] ja tuomiossa Salzmann [7] on todettu Euroopan talousalueesta 2.5.1992 tehdyn sopimuksen (EYVL 1994, L 1, s. 3; jäljempänä ETA-sopimus) määräyksistä, että unionin tuomioistuimella ei ole toimivaltaa antaa ratkaisuja sopimuksen tulkinnasta silloin, kun kyse on sen soveltamisesta kolmansissa maissa.

32. Pääasiaan sovellettuna tällainen oikeuskäytäntö tarkoittaisi, että unionin tuomioistuimen olisi katsottava, ettei se ole toimivaltainen lausumaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen tulkinnasta riita-asiassa, jossa vastakkain ovat kolmannen valtion yritys ja toinen kolmas valtio. Nähdäkseni käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan pidä tehdä tällaista ratkaisua.

33. Ratkaisua, johon päädyttiin tuomiossa Andersson ja Wåkerås-Andersson [8] ja tuomiossa Salzmann, [9] eli sitä, ettei unionin tuomioistuin ollut toimivaltainen tulkitsemaan ETA-sopimuksen määräyksiä, ei voida tulkita irrallisesti tarkastelematta kyseiseen ratkaisuun johtaneita syitä. Kyseisissä tuomioissa esitetty päättely perustuu kahteen seikkaan.

[5] Tuomio 30.4.1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, 2 ja 4 kohta); tuomio 15.6.1999, Andersson ja Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, 26 kohta) ja tuomio 7.6.2018, KP (C-83/17, EU:C:2018:408, 24 kohta).

[6] Tuomio 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, 28 kohta).

[7] Tuomio 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, 66 kohta).

[8] Tuomio 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

[9] Tuomio 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

34. Yhtäältä niissä todettiin, että unionin tuomioistuimen toimivalta tulkita unionin oikeussääntöjä on olemassa vain unionin osalta.[10] Unionin tuomioistuin ei siis katso olevansa toimivaltainen tulkitsemaan oikeussääntöjä, joita on tarkoitus soveltaa unionin oikeusjärjestyksen ulkopuolella.

35. Toisaalta tätä unionin tuomioistuimen toimivallan puuttumista perustellaan myös sillä, että itse ETA-sopimuksen tekstissä toimivalta tulkita kyseisen sopimuksen määräyksiä annetaan Euroopan vapaakauppajärjestön (EFTA) tuomioistuimelle,[11] siltä osin kuin on kyse sen soveltamisesta unionin oikeusjärjestyksen ulkopuolella, ja varmistetaan kuitenkin samalla, että tällainen tulkinta on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukainen. ETA-sopimuksen määräyksistä nimittäin ilmenee, että koska kyseinen sopimus liittyy läheisesti unionin oikeusjärjestykseen, sen määräyksiä on, siltä osin kuin ne ovat sisällöltään samoja kuin vastaavat perussopimusten taikka perussopimuksia sovellettaessa annettujen säädösten säännöt, tulkittava unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti.[12]

36. Vaikuttaa siis siltä, että tuomiossa Andersson ja Wåkerås-Andersson[13] ja tuomiossa Salzmann[14] tehtyä päättelyä on ohjannut SEUT 267 artiklassa tarkoitetun ennakkoratkaisumekanismin tarkoitus, jona on nimenomaan ehkäistä eroavaisuudet unionin oikeuden tulkinnassa unionin oikeusjärjestyksessä.[15]

37. Tällä tarkoituksella on myös voitu perustella unionin tuomioistuimen toimivaltaa tulkita unionin oikeuden säännöksiä riita-asioissa, jotka eivät tiukasti ottaen kuulu unionin oikeusjärjestykseen. Unionin tuomioistuin totesi erityisesti tuomiossa Hermès, että kun tiettyä oikeussääntöä voidaan soveltaa sekä unionin oikeudessa säänneltyihin tilanteisiin että tilanteisiin, joita unionin oikeudessa ei säännellä, unionin edun mukaista on selvästi se, että tällaista oikeussääntöä tulkitaan yhdenmukaisesti, jotta vältettäisiin myöhemmät tulkintaerot, ja näin on siitä riippumatta, missä olosuhteissa tätä oikeussääntöä sovelletaan. Näin ollen se totesi, että se on toimivaltainen tulkitsemaan kansainvälisen sopimuksen, jossa unioni on sopimuspuolena, määräystä tilanteessa, jota unionin oikeudessa ei säännellä.[16]

38. Näin ollen tuomiota Andersson ja Wåkerås-Andersson[17] ja tuomiota Salzmann[18] ei voida ymmärtää siten, että niissä suljetaan järjestelmällisesti pois unionin tuomioistuimen toimivalta tulkita unionin oikeuden sääntöjä unionin oikeusjärjestyksen ulkopuolisissa riita-asioissa. Sillä nimittäin tunnustetaan yleisesti olevan tämä toimivalta silloin, kun oikeussääntöä, jota pyydetään tulkitsemaan, on tarkoitus soveltaa sekä unionin oikeudessa säänneltyihin tilanteisiin että tilanteisiin, joita unionin oikeudessa ei säännellä.

10 Tuomio 15.6.1999, Andersson ja Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, 28 kohta) ja tuomio 15.5.2003, Salzmann (C-300/01, EU:C:2003:283, 66 kohta).

11 Tuomio 15.6.1999, Andersson ja Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, 29 kohta) ja tuomio 15.5.2003, Salzmann (C-300/01, EU:C:2003:283, 67 kohta).

12 Ks. ETA-sopimuksen 6 artikla ja johdanto-osan 15. perustelukappale. Ks. tästä myös Baudenbacher, C., "The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union" teoksessa Baudenbacher, C. (toim.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, s. 179–194.

13 Tuomio 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

14 Tuomio 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

15 Tuomio 12.6.2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, 20 kohta); tuomio 21.7.2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, 60 kohta) ja lausunto 1/09, 8.3.2011 (EU:C:2011:123, 83 kohta).

16 Tuomio 16.6.1998, Hermès (C-53/96, EU:C:1998:292, 32 kohta).

17 Tuomio 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

18 Tuomio 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

2. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen erityispiirteet ja niiden vaikutus kyseistä sopimusta koskevan oikeuskäytännön soveltamiseen käsiteltävässä asiassa

39. Energiaperuskirjasta tehdyllä sopimuksella on tietyt kaksi erityispiirrettä, joiden vuoksi sitä ei voida suoraan ja yksinkertaisesti rinnastaa edellä mainitussa oikeuskäytännössä tarkasteltuun ETA-sopimukseen.

40. Ensinnäkään energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa ei perusteta minkäänlaista tuomioistuinta, jonka tehtävänä olisi huolehtia sen määräysten yhtenäisestä tulkinnasta sen tulkinnan mukaisesti, jonka unionin tuomioistuin on niille antanut unionin oikeusjärjestyksessä. Energiaperuskirjasta tehtyä sopimusta on nimittäin tarkoitus tulkita ainoastaan ratkaistaessa riitoja joko eri välitystuomioistuimissa tai sopimuspuolten valtiollisissa tuomioistuimissa, eivätkä ne siten pysty ehkäisemään tulkintojen eroavaisuuksia. [19]

41. Toiseksi, kuten Saksan hallitus kirjallisissa huomautuksissaan ja komissio istunnossa korostivat, energiaperuskirjasta tehty sopimus, vaikka se onkin monenvälinen sopimus, muodostuu sopimuspuolten, joihin myös unioni ja sen jäsenvaltiot kuuluvat, kahdenvälisistä velvoitteista. [20] Energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa määrätyillä velvoitteilla voidaan pääasiallisesti suojata sopimusvaltion investoijien toisessa sopimusvaltiossa tekemiä investointeja. [21] Velvoitteiden laiminlyönti ei siten johda siihen, että kaikki sopimuspuolet voisivat vaatia siitä vahingonkorvausta, koska näitä velvoitteita noudatetaan ainoastaan bilateraalisesti, kahden sopimuspuolen välillä. [22]

42. Energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa vahvistetaan siis kahdenvälisiä velvoitteita, joilla on tarkoitus säännellä kyseisen sopimuksen soveltamisalalla yhtäältä sopimuspuolten välisiä suhteita ja toisaalta sopimusvaltion investoijien ja toisen sopimusvaltion välisiä suhteita sillä alueella, jolla investoinnit on toteutettu. Tästä seuraa, että teoriassa näillä velvoitteilla voitaisiin säännellä jäsenvaltioiden välisiä suhteita myös unionissa ja että niitä voitaisiin siten soveltaa unionin oikeusjärjestyksessä.

43. Nämä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen kaksi erityispiirrettä verrattuna ETA-sopimukseen rajoittavat siten mahdollisuuksia soveltaa tuomiossa Andersson ja Wåkerås-Andersson [23] ja tuomiossa Salzmann [24] annettua ratkaisua, jonka mukaan unionin tuomioistuin ei ole toimivaltainen tulkitsemaan kansainvälistä sopimusta unionin oikeusjärjestyksen ulkopuolisissa tilanteissa.

44. Käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuimelta tulkintaa sellaisista kansainvälisen sopimuksen määräyksistä, joita ei unionin ulkopuolisissa riita-asioissa tulkita yhtenäisesti eikä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti ja joita lähtökohtaisesti voidaan soveltaa myös unionin oikeusjärjestyksen sisäisiin tilanteisiin.

[19] Tästä ovat osoituksena erimielisyydet, joita välimiesmenettelyihin liittyvässä oikeuskäytännössä esiintyy käsiteltävissä ennakkoratkaisukysymyksissä tarkoitetun investoinnin käsitteen tulkinnasta.

[20] Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen osapuolet Italian tasavaltaa lukuun ottamatta.

[21] Ks. esim. energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 10 artiklan 1 kohta: ”Kukin sopimuspuoli rohkaisee – – muiden sopimuspuolten investoijia investointeihin alueellaan ja luo sitä varten vakaat, oikeudenmukaiset, suotuisat ja avoimet olosuhteet.”

[22] Monenvälisissä sopimuksissa olevista kahdenvälisistä velvoitteista ks. kansainvälisen tuomioistuimen tuomio 5.2.1970, Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited (Belgia v. Espanja), CIJ Recueil 1970, s. 3, 33 ja 35 kohta.

[23] Tuomio 15.6.1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, 28 kohta).

[24] Tuomio 15.5.2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, 66 kohta).

45. Näin ollen katson, että unionin intressiä siihen, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräyksiä tulkitaan yhtenäisesti, ei voida sulkea pois. Päättelen näin ollen, että unionin tuomioistuimen pitäisi tässä tilanteessa olla toimivaltainen vastaamaan käsiteltävässä asiassa esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin.

3. Epäilyt energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräysten sovellettavuudesta unionin oikeusjärjestyksessä

46. Tätä päätelmää on vielä lievennettävä. Tällaiseen lopputulokseen voidaan nimittäin päätyä vain sillä edellytyksellä, että määräyksiä, joita pyydetään tulkitsemaan, tosiasiallisesti sovelletaan unionin oikeusjärjestyksessä. Jos näin ei ole, unionilla ei ole intressiä niiden yhtenäiseen tulkintaan eikä unionin tuomioistuin ole toimivaltainen tulkitsemaan niitä.

47. Yhtäältä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklalla otetaan käyttöön sopimuspuolen investoijien ja toisen sopimuspuolen välisten riitojen ratkaisumenettely, joka mahdollistaa asian saattamisen välitystuomioistuimen käsiteltäväksi. Tältä osin unionin tuomioistuin totesi tuomiossa Achmea,[25] että asian saattaminen kahden jäsenvaltion välillä investointien edistämisestä ja suojaamisesta tehdyllä sopimuksella perustetun välimiesoikeuden käsiteltäväksi ei ole unionin oikeusjärjestyksessä sallittua. Näin ollen vaikuttaa siltä, että kyseisessä tuomiossa katsotaan, ettei energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklaa koskaan sovelleta unionin oikeusjärjestyksessä, jolloin unionin tuomioistuimella ei myöskään ole toimivaltaa tulkita kyseistä määräystä.

48. Energiaperuskirjasta tehty sopimus ei kuitenkaan ole täysin rinnastettavissa kahdenväliseen investointisuojasopimukseen, jota tuomiossa Achmea tarkasteltiin, ja energiaperuskirjasta tehtyyn sopimukseen liittyy tiettyjä erityispiirteitä, jotka on otettava huomioon, jotta voitaisiin kaikilta osin vastata kysymykseen siitä, onko siinä käyttöön otettu riitojenratkaisumenettely yhteensopiva unionin oikeuden kanssa. Kehotan siis unionin tuomioistuinta tarttumaan tähän tilaisuuteen ja selvittämään, onko kyseisellä tuomiolla vaikutuksia energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan sovellettavuuteen, koska tämä analyysi on tarpeen, jotta voitaisiin määrittää, onko unionin tuomioistuin toimivaltainen vastaamaan kyseisen määräyksen tulkintaa koskeviin ennakkoratkaisukysymyksiin.

49. Toisaalta pitää paikkansa, että tuomiossa Achmea ei ratkaistu yleistä kysymystä investointien edistämisestä ja suojaamisesta tehtyjen sopimusten aineellisten määräysten yhteensopivuudesta unionin oikeuden kanssa silloin, kun näillä määräyksillä on tarkoitus säännellä jäsenvaltioiden välisiä suhteita. Kyseisessä tuomiossa kuitenkin tuotiin esiin ongelmat, joita tällaisten sopimusten olemassaolosta seuraa silloin, kun niitä sovelletaan unionissa.[26] On nimittäin kysyttävä, voidaanko näihin aineellisiin määräyksiin vedota jäsenvaltioiden tuomioistuimissa riita-asiassa, jossa vastakkain ovat jäsenvaltion investoija ja toinen jäsenvaltio. Näin ollen on tarpeen selvittää, voidaanko tuomion Achmea perusteella katsoa, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen aineelliset määräykset eivät sovi yhteen unionin oikeuden kanssa ja ettei niitä siten sovelleta unionin oikeusjärjestyksessä.

[25] 60 kohta ja tuomiolauselma.

[26] Ks. tältä osin EU:n sisäisten sijoitusten suojaamisesta annettu komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle, 19.7.2018 (COM(2018) 547 final).

50. Tällaisilla selvityksillä voidaan määrittää, onko unionilla intressi energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräysten yhtenäiseen tulkintaan ja onko unionin tuomioistuin toimivaltainen vastaamaan nyt käsiteltäviin ennakkoratkaisukysymyksiin.

a) Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun riitojenratkaisumenettelyn sovellettavuus unionin oikeusjärjestyksessä

51. Unionin jäsenvaltioita sitovissa sopimusjärjestelyissä käyttöön otettujen riitojenratkaisumenettelyjen yhteensopivuudesta unionin oikeuden kanssa on jo useita vuosia keskusteltu kiivaasti niin oikeuskirjallisuudessa [27] kuin käytännössäkin. [28]

52. Tuomioon Achmea johtanut asia kuvastaa tätä keskustelua ja on osoituksena – jos sellaista tarvitaan – unionin oikeuden ja investointioikeudellisesta välimiesmenettelystä annetun lainsäädännön vastakkainasettelusta. [29]

1) Tuomio Achmea

53. Tuomiossa Achmea [30] unionin tuomioistuin totesi, että SEUT 267 ja SEUT 344 artiklaa on tulkittava siten, että ne ovat esteenä jäsenvaltioiden välisen kansainvälisen sopimuksen määräykselle, jonka mukaan jommankumman jäsenvaltion sijoittaja voi toiseen jäsenvaltioon tehtyjä investointeja koskevan riidan yhteydessä käynnistää viimeksi mainittua jäsenvaltiota vastaan menettelyn välimiesoikeudessa, jonka toimivalta tämän jäsenvaltion on hyväksyttävä.

54. Unionin tuomioistuin toisin sanoen katsoi, että kahden jäsenvaltion välillä tehtyyn investointisuojasopimukseen sisältyvä riitojenratkaisulauseke oli unionin oikeuden vastainen.

55. Kyseisessä tuomiossa unionin tuomioistuin tukeutui päättelyssään unionin oikeuden perustavanlaatuisiin ja kiistämättömiin periaatteisiin. Ensinnäkin se korosti, että kansainvälisellä sopimuksella ei voida loukata perussopimuksissa määrättyä toimivaltajärjestelmää ja sitä kautta unionin oikeusjärjestyksen itsenäisyyttä. [31] Se muistutti, että unionin oikeuden itsenäisyys perustuu unionin ja sen oikeuden erityispiirteisiin, jotka liittyvät muun muassa unionin perustuslailliseen rakenteeseen ja unionin oikeuden luonteeseen, [32] jolle on ominaista sen perustuminen itsenäiseen, perussopimuksista muodostuvaan oikeuslähteeseen, sen ensisijaisuus jäsenvaltioiden oikeuteen nähden ja sen välitön oikeusvaikutus. [33]

[27] Tuomiota Achmea edeltäneestä oikeuskirjallisuudesta ks. erityisesti Eilmansberger, T., ”Bilateral investment Treaties and EU Law”, *Common Market Law Review*, 2009, nide 46, nro 2, s. 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, nide 39, nro 2, s. 179–206 ja Miron, S., ”The Last Bite of the BITs – Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration”, *European Law Journal*, 2013, nide 20, nro 3, s. 332–345.

[28] Ks. esimerkiksi Achmea-kysymyksestä 31.8.2018 tehty erillinen päätös välimiesmenettelyssä Vattenfall AB ym. v. Saksa, (ICSID-asia nro ARB/12/12); tuomio 16.5.2018, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanjan kuningaskunta (ICSID-asia nro ARB/14/1) ja tuomio 15.2.2018, Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Luxemburgin herttuakunta), SICAR v. Espanjan kuningaskunta (SCC, asia nro 2015/063).

[29] Ks. erityisesti Gaillard., E., ”L’affaire Achmea ou les conflits de logiques”, *Revue critique de droit international privé*, 2018, nro 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, nro 3, s. 8 ja Basedow, J., ”Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration”, *Journal of international economic Law*, 2020, nide 23, nro 1, s. 271–292.

[30] 60 kohta ja tuomiolauselma.

[31] Tuomio, Achmea, 32 kohta. Ks. myös lausunto 2/13, 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, 201 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

[32] Tuomio Achmea, 33 kohta.

[33] Tuomio Achmea, 33 kohta.

56. Tämän jälkeen unionin tuomioistuin täsmensi, että unionin oikeus nojautuu siihen perustavanlaatuiseen lähtökohtaan, jonka mukaan kukin jäsenvaltio jakaa kaikkien muiden jäsenvaltioiden kanssa – ja tunnustaa sen, että nuo muut jäsenvaltiot jakavat sen kanssa – lukuisia yhteisiä arvoja, joihin unioni perustuu. Lisäksi se korosti, että tämä lähtökohta merkitsee sitä – ja perustelee sen –, että jäsenvaltioiden välillä vallitsee keskinäinen luottamus siihen, että kyseiset arvot tunnustetaan ja että siis ne täytäntöön panevaa unionin oikeutta noudatetaan. [34]

57. Lopuksi unionin tuomioistuin muistutti, että unionin oikeusjärjestyksen erityispiirteiden ja itsenäisyyden säilyttämisen takaamiseksi perussopimuksissa on otettu käyttöön tuomioistuinjärjestelmä, jolla pyritään varmistamaan se, että unionin oikeutta tulkitaan johdonmukaisesti ja yhtenäisesti. [35] Se totesi, että näin suunnitellun tuomioistuinjärjestelmän kantavana voimana on SEUT 267 artiklassa määrätty ennakkoratkaisumenettely, jolla on tavoitteena varmistaa, että unionin oikeutta tulkitaan yhtenäisesti, jolloin voidaan siis varmistaa sen johdonmukaisuus, täysi vaikutus ja itsenäisyys sekä viime kädessä perussopimuksilla luodun oikeuden ominaisluonne. [36]

58. Näiden periaatteiden perusteella unionin tuomioistuin totesi yhtäältä, että kyseisen kahdenvälisen investointisuojasopimuksen määräysten nojalla perustetun välimiesoikeuden on mahdollisesti tulkittava ja jopa sovellettava unionin oikeutta. [37] Toisaalta se totesi, että kyseessä on unionin tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolinen välimiesoikeus, joten kahdenvälisellä investointisuojasopimuksella käyttöön otettu riitojenratkaisumenettely voi sulkea pois sen, että nämä riidat – vaikka ne voivat koskea unionin oikeuden tulkintaa tai soveltamista – ratkaistaan tavalla, joka takaa unionin oikeuden täyden tehokkuuden. [38]

59. Unionin tuomioistuin korosti, että näin on silloinkin, kun jäsenvaltioiden oikeudessa säädetään kansallisten tuomioistuinten mahdollisuudesta valvoa välitystuomion laillisuutta, koska tämä valvonta on rajoitettua ja sitä voidaan harjoittaa ainoastaan siltä osin kuin se on kansallisen oikeuden mukaan sallittua. Tässä kohden unionin tuomioistuin teki tuomiossa Achmea eron kahta jäsenvaltiota sitovaan sopimukseen sisältyvän riitojenratkaisumenettelyn ja kaupan alan välimiesmenettelyn välillä, jonka on nimenomaisesti todettu sopivan yhteen unionin oikeuden kanssa edellyttäen, että jäsenvaltioiden tuomioistuimet voivat tämän valvonnan puitteissa tutkia unionin oikeuden perustavanlaatuiset säännökset ja määräykset ja tarvittaessa esittää unionin tuomioistuimelle niitä koskevan ennakkoratkaisupyynnön. [39]

60. Tältä osin on korostettava, että näiden kahden mekanismin välillä on perustavanlaatuinen ero. Kaupan alan välimiesmenettely perustuu molempien sopimuspuolten tahdonautomiaan. Se edellyttää välityssopimuksen tekemistä joko samanaikaisesti sen sopimuksen kanssa, jolla riita-asia saatetaan välimiesmenettelyyn, tai sen jälkeen, kun riita on syntynyt. Toisin sanoen kaupan alan välimiesmenettelyssä tuomioistuimen toimivalta johtuu aina välityssopimuksesta, joka koskee kyseisessä sopimuksessa nimenomaisesti määriteltyä riita-asiaa. Ei voida katsoa, että tällaisen välitystuomioistuimen toimivalta olisi osa valtion tarjoamaa oikeussuojakeinojen

[34] Tuomio Achmea, 34 kohta. Ks. myös lausunto 2/13, 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, 168 ja 173 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

[35] Tuomio Achmea, 35 kohta. Ks. myös, lausunto 2/13, 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, 174 kohta).

[36] Tuomio Achmea, 37 kohta. Ks. myös lausunto 2/13, 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, 176 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

[37] Tuomio Achmea, 39–42 kohta.

[38] Tuomio Achmea, 42–56 kohta.

[39] Tuomio Achmea, 45 ja 55 kohta.

järjestelmää. Pikemminkin se on seurausta kummankin kaupan osapuolen tahdonautonomiasta.[40] Tähän tahdonautonomiaan nimittäin perustuu osapuolten mahdollisuus päättää, että riidat voidaan ratkaista saattamalla ne kaupan alan välimiesmenettelyyn.

61. Kansainväliseen sopimukseen sisältyvän riitojenratkaisumenettelyn taustalla on sitä vastoin aivan eri logiikka.[41] Tässä tapauksessa kyseessä on yleinen ja pysyvä mahdollisuus saada asia ratkaistuksi välimiesmenettelyssä, ja vastapuolen asiaksi jää joko suostua tai olla suostumatta tähän. Tällä riitojenratkaisumenettelyllä valtio siis luopuu nimenomaisesti siitä mahdollisuudesta, että riita-asiat, joissa sen vastapuolena on toisen jäsenvaltion investoija ja jotka kuuluvat kyseisen sopimuksen soveltamisalaan, ratkaistaan sen valtiollisissa tuomioistuimissa. Tämä luopuminen on sikäli järjestelmällistä, että se voi koskea aivan kaikkia sopimuksen soveltamisalaan kuuluvia riita-asioita. Näin toimiessaan valtio luo oman tuomioistuinjärjestelmänsä ulkopuolisen oikeussuojamekanismin.

62. Unionin tuomioistuin tarkasteli tuomiossa Achmea nimenomaan jäsenvaltioiden välisissä sopimuksissa määrättyjen investointioikeudellisten välimiesmenettelyjen tätä puolta: ei nimittäin ole hyväksyttävää, että jäsenvaltiot voisivat kansainvälisiin sitoumuksiinsa vedoten järjestelmällisesti kiertää unionin tuomioistuinjärjestelmää unionin oikeuden tulkintaa tai soveltamista koskevissa riita-asioissa.

63. Näin ollen unionin tuomioistuin totesi, että kyseisellä riitojenratkaisumenettelyllä voidaan saattaa kyseenalaiseksi paitsi jäsenvaltioiden välinen keskinäinen luottamus myös perussopimuksilla luodun oikeuden ominaisluonteen säilyttäminen, joka taataan SEUT 267 artiklassa tarkoitetulla ennakkoratkaisumenettelyllä, eikä se näin ollen sovi yhteen vilpittömän yhteistyön periaatteen kanssa.[42] Unionin tuomioistuimen mukaan tästä seuraa, että kahdenväliseen investointisuojasopimukseen sisältyvä riitojenratkaisumenettely, jonka mukaisesti jommankumman jäsenvaltion investoija voi käynnistää toista jäsenvaltiota vastaan menettelyn välimiesoikeudessa, vaarantaa unionin oikeuden itsenäisyyden.[43]

64. Tämä ratkaisu ilmentää sellaisenaan unionin oikeuden itsenäisyyttä,[44] joka puolestaan perustuu jäsenvaltioiden, jotka jakavat muiden jäsenvaltioiden kanssa – ja tunnustavat sen, että nämä jakavat sen kanssa – lukuisia yhteisiä arvoja, keskinäiseen luottamukseen. Kunkin jäsenvaltion on siten katsottava – jollei kyse ole poikkeuksellisista olosuhteista –, että kaikki muut jäsenvaltiot noudattavat unionin oikeutta, myös perusoikeuksia, kuten Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 artiklassa vahvistettua oikeutta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin riippumattomassa tuomioistuimessa.[45]

[40] Ks. vastaavasti Basedow, J., ”EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice”, *Journal of International Arbitration*, 2015, nide 32, nro 4, s. 367–386, erityisesti s. 370.

[41] Kyseisen mekanismin omaperäisyydestä ks. Kessedjian, C. ja Pironon, V., *Droit du commerce international*, 2. painos, Thémis, PUF, 2020, s. 209.

[42] Tuomio Achmea, 58 kohta.

[43] Tuomio Achmea, 59 kohta.

[44] Em. Hess, B., s. 8.

[45] Lausunto 1/17 (EU:n ja Kanadan välinen CETA-sopimus), 30.4.2019 (EU:C:2019:341, 128 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

65. Nimenomaan siksi, että unionin oikeusjärjestyksessä tunnustetaan, että jäsenvaltioiden kunnioittavat tiettyjä arvoja ja oikeuksia, joihin sisältyvät oikeusvaltio ja oikeus tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin, siinä myös taataan, että jäsenvaltioiden sijoittajilla on unionin oikeusjärjestyksessä riittävän varma suoja,[46] jotta niiden ei ole tarpeen turvautua jäsenvaltioiden tuomioistuinjärjestelmien ulkopuoliseen järjestelmään.[47]

66. Unionin tuomioistuin on muistuttanut näiden arvojen ja erityisesti oikeusvaltion merkityksestä useissakin ratkaisuissaan,[48] joissa se on korostanut unionin toimielinten ja erityisesti komission tehtävää varmistaa, että kyseisiä arvoja noudatetaan.

67. Tuomiolla Achmea pantiin näin ollen piste pohdinnoille unionin oikeuden ja kahden jäsenvaltion välillä tehtyihin investointisuojasopimuksiin sisältyvien riitojenratkaisumekanismien välisestä suhteesta.

68. Myöhemmin lähes kaikki jäsenvaltiot panivat osaltaan merkille tämän päätöksen antamalla julkilausumia,[49] joissa ne ilmaisivat aikomuksensa luopua jäsenvaltioiden välillä voimassa olevista kahdenvälisistä investointisuojasopimuksista. Näiden julkilausumien antamisen jälkeen 23 jäsenvaltiota teki 5.5.2020 sopimuksen unionin jäsenvaltioiden välillä tehtyjen kahdenvälisten investointisuojasopimusten päättymisestä.[50]

69. Lisäksi on täsmennettävä, että kansainvälisessä sopimuksessa määrättyjen välimiesmenettelyjen yhteensopimattomuus unionin oikeuden kanssa johtuu suoraan unionin oikeuden ensisijaisuuden periaatteesta. Tästä seuraa, ettei tällaisia menettelyjä sovelleta unionin oikeusjärjestyksessä eikä niiden soveltamattomuudelle ole mitään aikarajoitusta, joten välimiesoikeuden toimivaltaa ei tältä perustalta voida tunnustaa.

2) Tuomion Achmea ulottuvuus suhteessa energiaperuskirjasta tehtyyn sopimukseen

70. Tuomiolla Achmea ei kuitenkaan ratkaistu kaikkia investointeja koskevan välimiesmenettelyn ja unionin oikeuden väliseen suhteeseen liittyviä kysymyksiä. Kyseisessä tuomiossa oli kyse erityisesti kahdenvälisestä sopimuksesta, jonka sopimuspuolina oli kaksi jäsenvaltiota. Energiaperuskirjasta tehty sopimus on – vaikka siinä määrätty riitojenratkaisumenettely

[46] EU:n sisäisten sijoitusten suojaamisesta annettu komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle, 19.7.2018 (COM(2018) 547 final).

[47] En tarkoita tällä kiistää sitä, että investointioikeudelliset välitystuomioistuimet ovat osaltaan voineet edistää oikeusvaltion kunnioittamista, ks. tältä osin Sadowski, W., "Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?", *Common Market Law Review*, 2018, nro 55, s. 1025–1060. Niiden osuus ei kuitenkaan ole verrattavissa unionin jäsenvaltioiden välillä vallitsevaan varmuuteen siitä, että unionin perusarvot, kuten oikeusvaltion kunnioittaminen ja oikeus tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin puolueettomassa tuomioistuimessa, tunnustetaan ja että niitä myös kunnioitetaan.

[48] Erityisesti tuomio 27.2.2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, 32 ja 33 kohta); tuomio 24.6.2019, komissio v. Puola (Ylimmän tuomioistuimen riippumattomuus) (C-619/18, EU:C:2019:531, 43 ja 47 kohta) ja tuomio 5.11.2019, komissio v. Puola (Yleisten tuomioistuinten riippumattomuus) (C-192/18, EU:C:2019:924, 98 kohta).

[49] Jäsenvaltioiden hallitusten edustajien 15. ja 16.1.2019 antamat julkilausumat, jotka koskevat tuomion Achmea oikeudellisia vaikutuksia ja investointien suojaa Euroopan unionissa,
<https://ev.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> ja
<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>.

[50] Sopimus unionin jäsenvaltioiden välillä tehtyjen kahdenvälisten investointisuojasopimusten päättymisestä (EUVL 2020, L 169, s. 1). Sopimuksen osapuolina ovat kaikki unionin jäsenvaltiot lukuun ottamatta Irlantia, Itävallan tasavaltaa, Suomen tasavaltaa ja Ruotsin kuningaskuntaa.

muistuttaa tuomiossa Achmea kyseessä ollutta menettelyä siltä osin kuin se mahdollistaa asian saattamisen välitystuomioistuimen käsiteltäväksi – monenvälinen sopimus, jonka sopimuspuolia unioni ja sen jäsenvaltiot ovat.

71. Näiden erojen vuoksi kahdenvälisten investointisuojasopimusten osalta tehtyä ratkaisua ei ole voitu automaattisesti soveltaa energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa tarkoitettuun riitojenratkaisumenettelyyn. Jäsenvaltioiden antamat myöhemmät julkilausumat nimenomaan havainnollistavat sitä, miten erimielisiä ne ovat mahdollisuudesta laajentaa tuomiota Achmea koskemaan energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettua riitojenratkaisumenettelyä [51] ja ennen muuta energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan yhteensopivuudesta unionin oikeuden kanssa.

72. Näin ollen on selvitettävä, voidaanko unionin tuomioistuimen tuomiossa Achmea tekemää päättelyä soveltaa siltä osin kuin on kyse energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa määrätyn riitojenratkaisumenettelyn yhteensopivuudesta unionin oikeuden kanssa. Tältä osin Ranskan, Saksan, Espanjan, Italian, Alankomaiden ja Puolan hallitukset sekä komissio väittivät, että tämä ratkaisu on hyväksyttävä ja että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan yhteensopimattomuus unionin oikeuden kanssa tarkoittaa, ettei sitä sovelleta unionin oikeusjärjestyksessä. Unkarin, Suomen ja Ruotsin hallitukset taas puolsivat istunnossa sitä näkemystä, ettei tuomiossa Achmea annettua ratkaisua voida soveltaa energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa määrättyyn riitojenratkaisumenettelyyn.

73. Itse olen sitä mieltä, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa määrätty riitojenratkaisumenettely, koska se mahdollistaa asian saattamisen välitystuomioistuimen käsiteltäväksi, johtaa vääjäämättä samankaltaiseen lopputulokseen kuin tuomiossa Achmea kyseessä ollut riitojenratkaisumenettely, joka todettiin yhteensopimattomaksi unionin oikeuden kanssa.

74. Ensinnäkin on korostettava, että tuomiossa Achmea kyseessä olleen riitojenratkaisumenettelyn tapaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa määrätään, että riita-asiat, jotka voivat liittyä unionin oikeuden tulkintaan, on mahdollista saattaa investointioikeudellisen välitystuomioistuimen käsiteltäväksi.

75. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 6 kohdassa nimittäin määrätään, että välitystuomioistuin päättää riitakysymyksistä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ja ”kansainvälisen oikeuden sääntöjen ja periaatteiden mukaisesti”. Toisin kuin Suomen ja Ruotsin hallitukset väittävät, ja kuten unionin tuomioistuin totesi tuomiossa Achmea, [52] kun otetaan huomioon unionin oikeuden luonne ja erityispiirteet, unionin oikeuden on katsottava yhtä aikaa

[51] Belgian kuningaskunta, Bulgarian tasavalta, Tšekin tasavalta, Tanskan kuningaskunta, Saksan liittotasavalta, Viron tasavalta, Irlanti, Helleenien tasavalta, Espanjan kuningaskunta, Ranskan tasavalta, Kroatian tasavalta, Italian tasavalta, Kyproksen tasavalta, Latvian tasavalta, Liettuan tasavalta, Alankomaiden kuningaskunta, Itävallan tasavalta, Puolan tasavalta, Portugalin tasavalta, Romania, Slovakian tasavalta ja Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta toivat kaikki julki, ettei energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen riitojenratkaisulauseke ole yhteensopiva unionin oikeuden kanssa, kun taas Luxemburgin suurherttuakunta, Maltan tasavalta, Slovenian tasavalta, Suomen tasavalta ja Ruotsin kuningaskunta esittivät nimenomaisen varauman siitä, voidaanko kyseisessä tuomiossa annettua ratkaisua soveltaa energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa määrättyyn riitojenratkaisumenettelyyn. Unkari puolestaan ilmoitti katsovansa, ettei kyseistä ratkaisua voida soveltaa energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa tarkoitettuun riitojenratkaisumenettelyyn. Ks. jäsenvaltioiden hallitusten edustajien 15. ja 16.1.2019 antamat julkilausumat, jotka koskevat tuomion Achmea oikeudellisia vaikutuksia ja investointien suojaa Euroopan unionissa, <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> ja <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>.

[52] 41 kohta.

kuuluvan jokaisen jäsenvaltion voimassa olevaan oikeuteen ja perustuvan jäsenvaltioiden väliseen kansainväliseen sopimukseen. Tästä seuraa, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan mukaisesti perustetun välitystuomioistuimen on mahdollisesti tulkittava ja jopa sovellettava unionin oikeutta.

76. Toiseksi katson, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan mukaisesti perustettu välitystuomioistuin jää myös jäsenvaltion investoijan toista jäsenvaltiota vastaan vireille panemissa riita-asioissa unionin tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolelle. [53]

77. Kyseinen välitystuomioistuin ei nimittäin ole osa jäsenvaltioiden tuomioistuinjärjestelmää, ja tämä poikkeusluonne nimenomaan oikeuttaa kyseisen riitojenratkaisumenettelyn olemassaolon. Välitystuomioistuin ei myöskään ole usean jäsenvaltion yhteinen tuomioistuin, koska sillä ei ole mitään yhteyttä jäsenvaltioiden tuomioistuinjärjestelmiin.

78. Näissä olosuhteissa energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan mukaisesti perustettua välitystuomioistuinta ei voida pitää SEUT 267 artiklassa tarkoitettuna ”jäsenvaltion tuomioistuimena”, eikä sillä ole toimivaltaa pyytää ennakkoratkaisuja unionin tuomioistuimelta. Tällaisen tuomioistuimen ratkaisuihin ei siten voida soveltaa mekanismeja, joilla voidaan varmistaa unionin normien täysi tehokkuus. [54]

79. Tästä seuraa, että tuomiossa Achmea unionin oikeuden vastaiseksi todetun riitojenratkaisumenettelyn tapaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artikla vaarantaa mielestäni unionin oikeuden itsenäisyyden, siltä osin kuin se mahdollistaa asian saattamisen välitystuomioistuimen käsiteltäväksi, ja on tästä syystä niin ikään yhteensopimaton unionin oikeuden kanssa.

80. Tätä päätelmää eivät kyseenalaista energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen erityispiirteet, jotka ovat herättäneet epäilyjä tuomion Achmea sovellettavuudesta kyseisessä sopimuksessa määrättyyn riitojenratkaisumenettelyyn, eikä myöskään unionin tuomioistuimen viimeaikainen oikeuskäytäntö, johon Unkarin, Suomen ja Ruotsin hallitukset vetosivat istunnossa.

i) Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen erityispiirteillä verrattuna kahdenväliseen investointisuojasopimukseen ei ole vaikutusta

81. Pitää paikkansa, että – toisin kuin tuomiossa Achmea kyseessä olleen kaltaisessa kahdenvälisessä investointisuojasopimuksessa – energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa unioni on itse sopimuspuolena ja että tämä sopimus näin ollen sitoo unionia. Lisäksi on huomautettava, että unionin tuomioistuin toi kyseisessä tuomiossa nimenomaisesti esiin, että riitojenratkaisumenettelystä oli sovittu sopimuksessa, joka ei ollut ”unionin vaan jäsenvaltioiden tekemä”. [55] Tarkoittaako tämä väistämättä sitä, ettei kyseistä ratkaisua voida soveltaa myöskään jäsenvaltioiden *ja* unionin tekemään kansainväliseen sopimukseen? Mielestäni näin ei ole.

[53] Vaikka tuomiota Achmea edeltäneessä akateemisessa toiminnassani en suoralta kädeltä torjunutkaan päinvastaista näkemystä, pitäydyn vastedes unionin tuomioistuimen tältä osin tekemässä päättelyssä. Ks. Szpunar, M., ”Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU” teoksessa Ferrari, F. (toim.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, 2017, s. 85–124.

[54] Tuomio Achmea, 43 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

[55] Tuomio Achmea, 58 kohta.

82. Tästä on huomautettava, ettei kansainvälinen sopimus, jossa määrätään perustettavaksi kyseisen sopimuksen määräysten tulkinnasta vastaava tuomioistuin, jonka ratkaisut sitovat toimielimiä ja myös unionin tuomioistuinta, ole lähtökohtaisesti yhteensopimaton unionin oikeuden kanssa. On näet niin, että toimivaltaan, joka unionilla on kansainvälisissä suhteissa, ja sen kelpoisuuteen tehdä kansainvälisiä sopimuksia sisältyy pakostakin valta alistua ratkaisuihin, joita tällaisten sopimusten nojalla perustettu tai nimetty tuomioistuin antaa sopimusten määräysten tulkinnasta ja soveltamisesta. [56]

83. Tällainen toimivalta voidaan kuitenkin myöntää vain, jos unionin itsenäisyyttä ja sen oikeusjärjestystä kunnioitetaan. [57] Kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 78 ja 79 kohdassa täsmensin, energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa määrätty riitojenratkaisumenettely nimenomaan vaarantaa unionin oikeuden itsenäisyyden siltä osin kuin se mahdollistaa asian saattamisen välitystuomioistuimen käsiteltäväksi. Tähän toteamukseen ei näin ollen vaikuta mitenkään se, että unioni on itse sopimuspuolena energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa.

ii) Eron tekeminen lausuntoon 1/17

84. Unkarin, Suomen ja Ruotsin hallitukset väittivät lopuksi istunnossa, että lausunnolla 1/17 (EU:n ja Kanadan välinen CETA-sopimus) [58] otettiin käyttöön uudet unionin oikeusjärjestyksen ulkopuolisten riitojenratkaisumenettelyjen arviointiperusteet. Tällaiset menettelyt eivät itsessään ole yhteensopimattomia unionin oikeuden kanssa edellyttäen, että unionin tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolinen tuomioistuin ei voi olla toimivaltainen tulkitsemaan tai soveltamaan unionin oikeuden sääntöjä ja että sen antamilla välitystuomioilla ei voi olla sellainen vaikutus, että ne estävät unionin toimielimiä toimimasta unionin perustuslaillisen kehyksen mukaisesti.

85. Tämä perustelu ei kuitenkaan ole vakuuttava. Yhtäältä, ja kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 74 ja 75 kohdassa jo mainittiin, energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklalla nimenomaan mahdollistetaan se, että unionin tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolinen välitystuomioistuin tulkitsee tai soveltaa unionin oikeuden sääntöjä. Lisäksi energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artikla poikkeaa yhtäältä Kanadan ja toisaalta Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden välisen Brysselissä 30.10.2016 allekirjoitetun laaja-alaisen talous- ja kauppasopimuksen (jäljempänä CETA-sopimus) riitojenratkaisumenettelystä siinä, että jälkimmäisessä on unionin oikeuden tulkintaa koskeva nimenomainen varaus, [59] kun taas energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklaan ei sisälly tällaista varausta.

86. Toisaalta ja ennen muuta on korostettava, että unionin tuomioistuimen lausunnossa 1/17 (EU:n ja Kanadan välinen CETA-sopimus) [60] CETA-sopimukseen liittyvästä riitojenratkaisumenettelystä tekemä päättely ei vaikuta mitenkään energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan arviointiin. Kuten unionin tuomioistuin kyseisessä lausunnossa totesi, kysymys siitä, sopiiko investointituomioistuimen perustaminen tai pysyttäminen jäsenvaltioita keskinäisesti sitovan sopimuksella yhteen unionin oikeuden kanssa, poikkeaa siitä kysymyksestä,

[56] Lausunto 1/91 (ETA-sopimus – I), 14.12.1991 (EU:C:1991:490, 40 ja 70 kohta); lausunto 1/09, 8.3.2011 (EU:C:2011:123, 74 ja 76 kohta) ja lausunto 2/13, 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, 182 ja 183 kohta).

[57] Lausunto 2/13, 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, 183 kohta) ja tuomio Achmea, 57 kohta.

[58] Lausunto 30.4.2019 (EU:C:2019:341).

[59] Lausunto 1/17 (EU:n ja Kanadan välinen CETA-sopimus), 30.4.2019 (EU:C:2019:341, 131 kohta).

[60] Lausunto 30.4.2019 (EU:C:2019:341).

sopiiko tällaisen tuomioistuimen perustaminen unionin ja kolmannen valtion välisellä sopimuksella yhteen unionin oikeuden kanssa.[61] Unkarin, Suomen ja Ruotsin hallitusten argumentit voisivat siten menestyä vain, jos energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa määrättäisiin ainoastaan unionin ja kolmansien valtioiden välisistä suhteista.

87. Vaikka nimittäin jäsenvaltioiden on noudatettava keskinäisen luottamuksen periaatetta, unionin ja kolmansien valtioiden suhteisiin ei sovelleta tällaista periaatetta. Suhteet kolmansien maiden kanssa eivät siis perustu siihen perustavanlaatuiseen lähtökohtaan, että kukin jäsenvaltio jakaa kaikkien muiden jäsenvaltioiden kanssa – ja tunnustaa sen, että nämä jakavat sen kanssa – lukuisia yhteisiä arvoja ja että kyseiset arvot täytäntöön panevaa unionin oikeutta noudatetaan. Kuten julkisasiamies Bot on korostanut, kolmansien maiden kanssa tehdyissä sopimuksissa kukin sopimuspuoli ei välttämättä luota toisen sopimuspuolen tuomioistuinjärjestelmään sopimukseen sisältyvien sääntöjen noudattamisen varmistamisessa.[62] Tämän unionissa olemassa olevan keskinäisen luottamuksen puuttuminen on nimenomaan syy siihen, että sopimuspuolet päättävät sopia neutraalista riitojenratkaisujärjestelmästä.[63] Tällaisella sopimuspuolten ulkopuolisella järjestelmällä voidaan varmistaa sopimuspuolten välinen luottamus siltä osin kuin on kyse kyseisen sopimuksen soveltamisesta, eikä tätä luottamusta pidä sekoittaa unionin oikeusjärjestyksessä syntyviä oikeussuhteita määrittävään keskinäiseen luottamukseen.

88. Näin ollen lausunnolla 1/17 (EU:n ja Kanadan välinen CETA-sopimus)[64] ei ole vaikutusta tuomiossa Achmea vahvistettujen periaatteiden valossa suoritettavaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa määrätyn riitojenratkaisumenettelyn arviointiin, siltä osin kuin artikla mahdollistaa asian saattamisen välitystuomioistuimen käsiteltäväksi, koska kyseinen sopimus sääntelee jäsenvaltioiden välisiä suhteita.

3) Päätelmä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan sovellettavuudesta unionin oikeusjärjestyksessä

89. Edellä esitetystä seuraa, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa määrätty riitojenratkaisumenettely on mielestäni yhteensopimaton unionin oikeuden kanssa, koska se mahdollistaa sen, että unionin tuomioistuinjärjestelmän ulkopuolinen välitystuomioistuin voi riita-asiassa, jossa vastakkain ovat jäsenvaltion investoija ja toinen jäsenvaltio, tulkita tai soveltaa unionin oikeutta ja koska se siten saattaa kyseenalaiseksi paitsi jäsenvaltioiden välisen keskinäisen luottamuksen myös perussopimuksilla luodun oikeuden ominaisluonteen säilyttämisen samalla, kun se vaarantaa unionin oikeuden itsenäisyyden. Tältä osin energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklaa ei siten voida soveltaa unionin oikeusjärjestyksessä.

90. Se, että jäsenvaltion investoijan on mahdotonta panna vireille välimiesmenettelyä riita-asiassa, jossa sen vastapuolena on toinen jäsenvaltio, ei kuitenkaan tarkoita, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklaa ei koskaan sovelleta unionin oikeusjärjestyksessä. Jäsenvaltion sijoittajat voisivat lähtökohtaisesti edelleen haastaa toisen jäsenvaltion oman jäsenvaltionsa tuomioistuimeen kyseisessä määräyksessä tarkoitetussa

[61] Lausunto 1/17 (EU:n ja Kanadan välinen CETA-sopimus), 30.4.2019 (EU:C:2019:341, 127 kohta).

[62] Julkisasiamies Botin ratkaisuehdotus lausunnosta 1/17 (EU:n ja Kanadan välinen CETA-sopimus) (EU:C:2019:72, 82 kohta).

[63] Julkisasiamies Botin ratkaisuehdotus lausunnosta 1/17 (EU:n ja Kanadan välinen CETA-sopimus) (EU:C:2019:72, 84 kohta). Ks. tästä myös Lenaerts, K., ”Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue”, *Yearbook of European Law*, 2019, nide 38, s. 12.

[64] Lausunto 30.4.2019 (EU:C:2019:341).

riita-asiassa.[65] Tämä mahdollisuus riippuu kuitenkin siitä, voidaanko tällaisia vaatimuksia perustella energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen aineellisilla määräyksillä ja sovelletaanko niitä siten unionin oikeusjärjestyksessä. Tarkastelen seuraavaksi tätä kysymystä.

b) Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan sovellettavuus unionin oikeusjärjestyksessä

91. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa määritellään investoinnin käsite, sellaisena kuin sitä käytetään energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräyksissä, ja se sisältyy energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen I osaan, jonka otsikko on ”Määritelmät ja tarkoitus”. Se siis sisältyy energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen johdantomääräyksiin, joiden tarkoituksena on määrittää yleisesti sopimuksen soveltamisala ja tarkoitus ja määritellä sen määräyksissä käytetyt käsitteet.

92. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohta, siltä osin kuin siinä määritetään kyseisen sopimuksen aineellinen soveltamisala, toisin sanoen käynnistää samalla sopimuksen aineellisten suojamääräysten soveltamisen.

93. Näin ollen kyseisen määräyksen sovellettavuus unionin oikeusjärjestyksessä riippuu olennaisesti siitä, voidaanko niitä aineellisia oikeussääntöjä, jotka sillä saatetaan voimaan, soveltaa unionin oikeusjärjestyksessä niin, että jäsenvaltion investoijat voivat vedota näihin oikeussääntöihin nostaessaan toista jäsenvaltiota vastaan kanteen jälkimmäisen valtion tuomioistuimessa.

94. Vaikka tuomiossa Achmea ei ratkaistukaan tätä kysymystä, se osoitti, että on olemassa tiettyjä epäilyjä siitä, voidaanko investointien edistämisestä ja suojaamisesta tehtyjen sopimusten ja etenkin energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen aineellisia määräyksiä soveltaa unionissa.[66]

95. En kuitenkaan usko, että tähän kysymykseen on käsiteltävässä asiassa mahdollista antaa varmaa vastausta täysin teoreettisella tasolla. Tämä nimittäin edellyttäisi kaikkien mahdollisten unionin oikeuden ja energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen välisten kytkösten ja päällekkäisyyksien abstraktia ja tyhjentävää arviointia.[67] Mielestäni tällainen arviointi ei ole tarkoituksenmukainen siinä vaiheessa, kun tutkitaan, onko unionin tuomioistuin toimivaltainen vastaamaan ennakkoratkaisukysymyksiin, eikä käsiteltävän asian yhteydessä. Lisäksi on korostettava, ettei asianosaisten kesken ole riitaa tästä kysymyksestä.[68]

96. On myös todettava, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen aineellisten määräysten yhteensopimattomuudesta unionin oikeuden kanssa on käsiteltävässä asiassa esitetty vain yksi hyvin lyhytsanainen argumentti, jossa Italian hallitus ja komissio perustelevat tätä

[65] Ei sitä paitsi voida sulkea pois sitä, että unionin tuomioistuin voi joutua tulkitsemaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklaa siinä yhteydessä, kun jäsenvaltioiden valtiolliset tuomioistuimet tutkivat asiassa, jossa vastakkain ovat kolmannen valtion investoija ja jäsenvaltio, annetun sellaisen välitystuomion laillisuuden, joka on saattanut edellyttää välimiehiltä unionin oikeuden tulkitsemista.

[66] Ks. tältä osin EU:n sisäisten sijoitusten suojaamisesta annettu komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle, 19.7.2018 (COM(2018) 547 final).

[67] Ks. julkisasiamies Watheletin ratkaisuehdotus Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699), jossa on esimerkki jäsenvaltioiden välisten investointisuojasopimusten ja unionin oikeuden mahdollisista päällekkäisyyksistä.

[68] Vaikka ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneita osapuolia pyydettiin istunnossa esittämään näkemyksensä tuomion Achmea vaikutuksista, keskustelussa käsiteltiin ainoastaan sitä, miten kyseinen tuomio vaikuttaa energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa tarkoitetun riitojenratkaisumenettelyn yhteensopivuuteen unionin oikeuden kanssa. Korostan, ettei kyseinen tuomio itse asiassa koske kahdenvälisen investointisuojasopimuksen aineellisten sääntöjen vaan ainoastaan kyseisellä sopimuksella perustetun riitojenratkaisumenettelyn yhteensopivuutta unionin oikeuden kanssa.

yhteensopimattomuutta sillä, että unionin oikeudessa säädetään jo investointisuojajärjestelyistä, jotka vastaavat energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen investointisuojajärjestelyjä. Syyt, joiden vuoksi tämä suojan vastaavuus merkitsisi jo itsessään yhteensopimattomuutta unionin oikeuden kanssa, eivät ainakaan ensi näkemältä käy selvästi ilmi näistä perusteluista.

97. Tässä tilanteessa katson, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen aineellisten määräysten, mukaan lukien sen 1 artiklan 6 alakohdan, yhteensopimattomuutta unionin oikeuden kanssa ei tässä vaiheessa voida varmasti sulkea pois muttei myöskään tunnustaa. Näin ollen on oletettava, että näitä määräyksiä voidaan soveltaa unionin oikeusjärjestyksessä.

4. Päätelmä unionin tuomioistuimen toimivallasta

98. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artikla ei mielestäni ole yhteensopiva unionin oikeuden kanssa siltä osin kuin se mahdollistaa asian saattamisen välitystuomioistuimeen, joten tällaista riitojenratkaisumenettelyä ei voida unionin oikeusjärjestyksessä soveltaa.

99. Koska tässä vaiheessa ei voida sulkea pois sitä, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen aineellisia määräyksiä, mukaan lukien sen 1 artiklan 6 alakohtaa, voidaan soveltaa unionin oikeusjärjestyksessä, on kuitenkin myös oletettava, että jäsenvaltioiden investoijat voivat vedota näihin määräyksiin nostaessaan toista jäsenvaltiota vastaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa tarkoitetun kanteen jälkimmäisen valtion tuomioistuimessa. Näin ollen on katsottava, että sekä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohtaa että sen 26 artiklaa voidaan soveltaa unionin oikeusjärjestyksessä.

100. Tästä seuraa, että unionilla on selvä intressi siihen, että näitä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräyksiä tulkitaan yhtenäisesti, joten unionin tuomioistuimen pitäisi olla toimivaltainen vastaamaan kaikkiin ennakkoratkaisukysymyksiin.

B Asiakysymys

1. Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys: energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa tarkoitettu investoinnin käsite

101. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin haluaa lähinnä selvittää, onko energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohtaa tulkittava siten, että sellaista sähkönmyyntisopimukseen perustuvaa saatavaa, joka ei ole edellyttänyt investoijalta minkäänlaista sijoitusta vastaanottavaan valtioon, voidaan pitää investointina.

102. Komstroy väitti istunnossa, että investoinnin käsite määritellään energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa ja että tämä määritelmä on itsessään riittävä, vaikka sen tueksi on esitetty luettelo, joka ei ole tyhjentävä, omaisuuksista, joita pidetään energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettuina investointeina. Kyseinen yhtiö myös väitti, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan sanamuodon merkitys on selvä, joten sitä ei ole tarpeen tulkita eikä siinä annetun määritelmän ulkopuolisiin kriteereihin ole tarpeen viitata. Lopuksi Komstroy väittää, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdasta itsestään ilmenee, että sopimusperusteisia saatavia voidaan pitää investointeina, koska sen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa mainitaan ”käteissaatavat” ja f alakohdassa ”kaikki sopimukse[en perustuvat] – – lisenssit tai luvat”.

103. Moldovan tasavalta, Espanjan, Alankomaiden ja Puolan hallitukset sekä komissio väittävät, että myyntisopimukseen perustuvaa saatavaa ei voida pitää energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa tarkoitettuna investointina. Ne väittävät, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa määrätään, että käteissaatavia pidetään investointeina ainoastaan sillä edellytyksellä, että ne ovat ”investointiin liittyviä” saatavia. Myyntisopimukseen perustuvan saatavan ei kuitenkaan voida katsoa ”liittyvän investointiin”. Moldovan tasavalta myös korostaa, että investoinnin käsitteeseen on viitattava sen tavanomaisessa merkityksessä, mikä tarkoittaa pääomasijoitusta, jota tässä ei kuitenkaan ole tehty, koska kyseessä on sopimusperusteinen saatava. Lopuksi Moldovan tasavalta ja komissio korostavat, että kaupan alaan kuuluvat toimet on tärkeää erottaa investointien alaan kuuluvista toimista, ja energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen III osassa suojataan ainoastaan investoinnit.

104. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan mukaan investoinnilla tarkoitetaan ”kaikkea investoijan suoraan tai epäsuorasti omistamaa tai valvomaa omaisuutta”. Näin energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa annetaan investoinnille hyvin epämääräinen määritelmä, jota ei ensi näkemältä näytä rajaavan mikään muu kuin sen toiminnan kohde, johon kyseinen investointi liittyy. Kyseisessä määräyksessä nimittäin täsmennetään, että energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitetun investoinnin on liityttävä nimenomaan energia-alan taloudelliseen toimintaan.

105. Tätä määritelmää täydentävässä luettelossa, joka ei ole tyhjentävä, esitetään yksittäisiä esimerkkejä kyseisessä määräyksessä tarkoitetuista investoinneista. Tästä seuraa, kuten Komstroy väittää, että silloin, kun kyseinen omaisuus kuuluu selvästi jonkin energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa nimenomaisesti mainittuun investointien ryhmään, kyseistä määräystä ei lähtökohtaisesti ole tarpeen tulkita. [69]

106. Sopimusperusteisista saatavista on todettava, että ne voivat kuulua energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan määritelmään sekä 1 artiklan 6 alakohdan c että f alakohdan perusteella. Nämä nimittäin käsittävät ”investointiin liittyvän taloudellisen arvon sisältävän sopimuksen perusteella määräytyvät käteissaatavat” [70] ja ”kaikki laissa tai sopimuksessa määrätyt – – lisenssit tai luvat energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen”. [71]

107. Korostan kuitenkin, että vaikka näissä kahdessa määräyksessä annetaan esimerkkejä energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitetuista investoinneista, niissä samalla asetetaan lisäedellytyksiä investoinniksi luokittelulle. Yhtäältä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa määrätään, että käteissaatavia pidetään investointeina edellyttäen, että ne määräytyvät investointiin liittyvän sopimuksen perusteella. Toisaalta energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohdassa määrätään, että sopimuksessa määrättyjä lisenssejä tai lupia pidetään investointeina edellyttäen, että ne on myönnetty energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen. Toisin sanoen sopimusperusteinen saatava ei automaattisesti ole energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettu investointi, vaan sopimuksen tekstissä asetetaan sen investoinniksi luokittelulle joitakin rajoituksia.

[69] Ks. välimiesmenettelyihin liittyvästä oikeuskäytännöstä tuomio 19.12.2013, Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA ja Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakstan (SCC, asia nro V 116/2010), 806 kohta ja oikeuskirjallisuudesta Gaillard, E., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, nro 6, s. 160.

[70] Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohta.

[71] Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohta.

108. Näiden edellytysten lisäämisen seurauksena sopimusperusteista saatavaa on vaikeaa, ellei jopa mahdotonta, yksiselitteisesti liittää jompaankumpaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa tarkoitettuun investointiin. Sopimusperusteisen saatavan ei, etenkään silloin, kun se perustuu sähkönmyyntisopimukseen, nimittäin voida suoralta kädeltä katsoa kuuluvan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c tai f alakohdan soveltamisalaan, määrittämättä ensin, täyttääkö se näissä määräyksissä vahvistetut lisäedellytykset.

109. Tämä tarkoittaa, että näitä kahta määräystä joudutaan tulkitsemaan ja että niitä on Wienin yleissopimuksen [72] 31 artiklan 1 kohdan mukaan tulkittava ”vilpittömässä mielessä ja antamalla valtiosopimuksessa käytetyille sanonnoille niille kuuluvassa yhteydessä niiden tavallinen merkitys, sekä valtiosopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa”.

a) Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohta

110. On todettava, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa, jossa määrätään, että saatavien on perustuttava investointiin liittyvään sopimukseen, on tiettyä monitulkintaisuutta. Kyseisessä määräyksessä investoinneiksi luokiteltavat käteissaatavat nimittäin määritellään viittaamalla takaisin investoinnin käsitteeseen. Investoinnin käsite on siis samanaikaisesti sekä määriteltävä käsite että sen määrittelyssä käytetty käsite. Siinä mielessä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdan määritelmä on luonteeltaan kehämäinen. [73]

111. Tässä tilanteessa, ja jotta tämä kehämäisyys voitaisiin murtaa, investoinnin käsitettä on tulkittava eri tavalla kuin energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa. Kuten Puolan hallitus korostaa, käteissaatavia voidaan pitää investointeina vain, jos ne määräytyvät johonkin toiseen energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa mainittuun investointiin, joka ei kuulu kyseisen sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdan soveltamisalaan, liittyvän sopimuksen perusteella.

112. Ei kuitenkaan voida katsoa, että yksikään energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa mainituista muista investoinneista kattaisi sähköntoimituksen, joka on sen sopimuksen kohteena, johon kyseessä oleva käteissaatava perustuu. Yhdessäkään kyseisen määräyksen alakohdassa ei viitata pelkkään kaupalliseen liiketoimeen. [74] Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan sanamuodon mukaisesta tulkinnasta siis ilmenee, että sähkötoimitussopimukseen perustuva saatava, joka ei ole edellyttänyt minkäänlaista sijoitusta, ei ole investointiin liittyvän taloudellisen arvon sisältävän sopimuksen perusteella määräytyvä käteissaatava.

[72] Wienissä 23.5.1969 allekirjoitettu valtiosopimusoikeutta koskeva yleissopimus (*Recueil des Traités des Nations unies*, nide 1155, s. 353) https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf

[73] Investoinnin määritelmän kehämäisyydestä ks. Pyka, M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C.H. Beck, Varsova, 2018, s. 43 ja 44.

[74] Herää kysymys, onko todella mahdollista katsoa, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohta, jossa viitataan ”kaikkiin – – sopimuksessa määrättyihin – – lisensseihin tai lupiin energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen”, kattaa sähköntoimituksen. Välimiesmenettelyyn liittyvässä oikeuskäytännössä on päätelty, että näin on; ks. tältä osin tuomio 29.3.2005, Petrobart Limited v. Kirgisian tasavalta (SCC, asia nro 126/2003), s. 72. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohdalle ehdottamani tulkinnan mukaan tämä mahdollisuus on kuitenkin suljettava pois. Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 121 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

113. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdan sanamuodon mukaista tulkintaa voidaan tukea viittaamalla kyseisessä määräyksessä mainitun investoinnin käsitteen tavanomaiseen merkitykseen. [75]

114. Yleiskielessä, kuten Moldovan tasavalta ja komissio väittävät, tällä käsitteellä tarkoitetaan yleensä tietynkestoista pääomasijoitusta, johon liittyy riskejä. [76]

115. Välimiesmenettelyyn liittyvässä oikeuskäytännössä investoinnin käsitteelle on vähitellen vahvistettu objektiivinen määritelmä, jonka mukaan luokitteleminen investoinniksi edellyttää seuraavien kolmen edellytyksen täyttymistä: investoijan pääomasijoitus, sopimuksen täyttämisen tietty kesto ja osallistuminen liiketoimen riskeihin. [77]

116. Vaikka tämä määritelmä on muotoiltu valtioiden ja toisten valtioiden kansalaisten välisten sijoituksia koskevien riitaisuuksien ratkaisemisesta tehdyn Washingtonissa 18.3.1965 allekirjoitetussa yleissopimuksessa käytetyn investoinnin käsitteen pohjalta, se näyttää kuitenkin sisältävän sen, mistä investointi olennaisin osin muodostuu, ja siihen viitataan usein oikeuskirjallisuudessa silloin, kun kyseisestä käsitteestä halutaan esittää yleinen määritelmä. [78]

117. Tämän investoinnin käsitteelle annetun merkityksen mukaan käteissaatavaa voidaan siis pitää energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa tarkoitettuna investointina edellyttäen, että se on syntynyt sopimuksesta, jonka sisältönä on investoijan tekemä pääomasijoitus, josta sillä on mahdollisuus saada voittoa, jota ei tosin voida taata. Tämä investoinnin käsitteelle, sellaisena kuin se määritellään energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa, annettu merkitys toistuu sekä välimiesmenettelyyn liittyvässä oikeuskäytännössä [79] että oikeuskirjallisuudessa. [80]

118. Sähköntoimitussopimus on kuitenkin pelkkä kaupallinen liiketoimi, joka ei voi sisältyä investoinnin käsitteeseen, koska se ei edellytä pääomasijoituksen tekemistä [81] eikä tarjoa mahdollisuutta sijoituksesta saatavaan tuottoon. Näin ollen olen sitä mieltä, että

[75] Oikeuskirjallisuudessa omaksutun näkemyksen mukaan energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa käytetyn investoinnin käsitteen määrittelyssä on viitattava ainoastaan tämän käsitteen tavanomaiseen merkitykseen. Kuten Puolan hallitus kirjallisissa huomautuksissaan väittää, energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen englanninkielisessä versiossa tehdään ero isolla alkukirjaimella kirjoitetun ilmauksen ”Investment”, jolla tähän käsitteeseen viitataan energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitetussa merkityksessä, ja pienellä alkukirjaimella kirjoitetun ilmauksen ”investment”, jolla kyseiseen käsitteeseen viitataan sen tavanomaisessa merkityksessä, välillä. Näillä ”investoinneilla”, jotka siis eroavat energiaperuskirjasta tehdyllä sopimuksella suojatuista ”Investoinneista”, on objektiivinen merkitys, sellaisena kuin se esitettiin edellä tämän ratkaisuehdotuksen 114, 115 ja 116 kohdassa. Koska energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa täsmennetään, että saatavan on määräydyttävä ”investointiin liittyvän sopimuksen perusteella”, käsitettä ”investointi” pitäisi sen tapauksessa tulkita pelkästään objektiivisesti, sanan tavanomaisessa merkityksessä. Ks. tästä näkemyksestä Baltag, C., *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2012, s. 174. En kuitenkaan ole täysin vakuuttunut tästä argumentista, joka perustuu ainoastaan typografiseen eroon, jota kaikissa energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen kieliversioissa ei sitä paitsi edes tehdä.

[76] Käsite ”investissement” määritellään ranskaksi näin: ”placement de fonds en vue d’obtenir des revenus”, *Dictionnaire de l’Académie française*, 9. painos. Englanniksi käsitteen ”investment” määritelmä on ”the act of putting money – – into something to make a profit”. Tämän käsitteen määritelmän kehityksestä ks. Gilles, A., *La définition de l’investissement international*, Larcier, Bryssel, 2012, s. 16 ja sitä seuraavat sivut.

[77] Ks. tuomio 23.7.2001, Salini Costruttori S.p.A. ja Italstrade S.p.A. v. Marokon kuningaskunta (ICSID-asia nro ARB/00/4), 129 Journal du droit international 196 (2002), 52 kohta. Tämän oikeuskäytännön tarkastelusta ks. em. Pyka, M., s. 63–111 ja Jeżewski, M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C.H. Beck, Varsova, 2019, s. 127–134.

[78] Ks. em. Baltag, C., s. 167–183 ja em. Kessedjian, C. ja Pironon, V., s. 206.

[79] Ks. erityisesti tuomio 16.5.2018, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanjan kuningaskunta (ICSID-asia nro ARB/14/1), 195 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja tuomio 17.7.2016, Isolux Netherlands BV v. Espanjan kuningaskunta (SCC, asia nro V 2013/153), 683 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

[80] Ks. em. Baltag, C., s. 178 ja sitä seuraavat sivut ja em. Audit, M., *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, nro 3, s. 16.

[81] Komstroy väitti istunnossa, että kyseinen sijoitus muodostui sähköntoimituksista. Tämä väite ei kuitenkaan riitä perusteeksi sähköntoimitussopimuksen luokitteluun ”investointiin liittyväksi sopimukseksi”, koska kyseisestä sopimuksesta ei seuraa sijoituksesta odotettuun tuottoon liittyvää riskiä.

sähköntoimitussopimukseen perustuva saatava ei liity mihinkään investointiin eikä täytä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa asetettua edellytystä.

119. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ja sillä käyttöön otetun investointisuojajärjestelmän kokonaislogiikan tarkastelu tukee tätä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa tarkoitetusta investoinnin käsitteestä tehtyä tulkintaa. Kuten komissio korostaa, energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tehdään ero sen II osaan sisältyvien kauppaa koskevien sääntöjen ja sen III osaan sisältyvien investointien edistämistä ja suojaa koskevien sääntöjen välillä. Pelkkää kaupallista liiketoimea ei siten voida sellaisenaan rinnastaa investointiin, sillä muuten nykyinen erottelu kauppaan kuuluvien toimien ja investointeihin kuuluvien – ja siten erityistä suojaa [82] edellyttävien – toimien välillä menettäisi täysin merkityksensä.

120. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdassa tarkoitettua investoinnin käsitettä ei siten voida sekoittaa pelkkään kaupalliseen liiketoimintaan eikä kyseiseen käsitteeseen voi sisältyä saatava, joka perustuu sellaiseen sähköntoimitussopimukseen, joka ei edellytä minkäänlaista pääomasijoitusta eikä tarjoa mahdollisuutta tästä sijoituksesta saatavaan tuottoon.

b) Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohta

121. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohta koskee ”kaikkia – – sopimuksessa määrättyjä – – lisenssejä tai lupia energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen”. Tältä osin on muistutettava, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa määrätään jo yleisesti, että kyseisessä sopimuksessa tarkoitetun investoinnin on liityttävä energia-alan taloudelliseen toimintaan. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohdassa asetettua edellytystä ei siten voida ymmärtää samalla tavoin kuin tätä yleistä määräystä, muuten siinä tehty täsmennys menettää kaiken merkityksensä.

122. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohdassa ei siten tarkoiteta kaikkia mahdollisia sopimusperusteisia oikeuksia, jotka liittyvät energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen, vaan siinä ainoastaan asetetaan lisäedellytys sille, että sopimusperusteista oikeutta voidaan pitää energiaperuskirjasta tehdyllä sopimuksella suojattuna investointina. Tämä ilmenee jo kyseisen määräyksen muotoilusta. Ilmauksen ”harjoittaminen” käyttäminen osoittaa, että kyseinen sopimusperusteisen oikeuden on oltava myönnetty energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamista *varten*. [83] Sopimusperusteisen oikeuden on mahdollistettava saajalleen se, että tämä voi harjoittaa energia-alan taloudellista toimintaa, jota se ei voisi harjoittaa ilman tätä oikeutta. Toisin sanoen sopimusperusteisen oikeuden on valtuutettava saajansa tällaisen toiminnan harjoittamiseen ja luotava edellytykset sen harjoittamiselle. [84]

[82] Joka taataan erityisesti energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklassa tarkoitetulla riitojenratkaisumenettelyllä. Siitä, liittyykö tiettyihin liiketoimiin toisinaan erityispiirteitä, jotka oikeuttavat niiden luokittelemisen investoinneiksi, ks. em. Pyka, M., s. 175–181. En kuitenkaan katso, että käsiteltävässä asiassa voitaisiin soveltaa tällaista analyysia.

[83] Tämä tulkinta ilmenee vielä selvemmin energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen englanninkielisestä versiosta: ”any right conferred – – by contract – – *to undertake* any economic activity in the energy sector” (kaikki – – sopimuksessa määrätyt – – lisenssit tai luvat energia-alan taloudellisen toiminnan *aloittamiseen*) (kursivointi tässä).

[84] Tyypillinen esimerkki tällaisesta sopimusperusteisesta oikeudesta on konsession antaminen infrastruktuurin käyttämiseen sopimuspuolen alueella.

123. Vaikka sopimusperusteista saatavaa on hyvinkin pidettävä sopimuksessa määrättynä oikeutena, sen ei kuitenkaan voida katsoa oikeuttavan omistajaansa energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen, jos se on hankittu vasta sen *jälkeen*, kun se on syntynyt alkuperäiselle omistajalleen. Tällainen saatava ei siten anna omistajalleen oikeutta energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen vaan ainoastaan oikeuden vaatia saatavan maksamista.

124. Mielestäni tähän samaan lopputulokseen päädyttäisiin, vaikka saatavan alkuperä eli sähköntoimitussopimus olisikin otettava huomioon, quod non. Vaikka kahden yhtiön välinen sähkönmyyntisopimus mahdollistaa sen, että toinen niistä voi toimittaa toiselle sähköä, se ei kuitenkaan ole sopimus, joka oikeuttaa energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen. Sähköä toimittava yhtiö pystyy nimittäin jo muutenkin toimittamaan sopimuskumppanilleen sähköä, joten sopimukseen ei missään tapauksessa sisälly lupaa tai oikeutta energia-alan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen vastaanottavassa valtiossa.

125. Mielestäni tällainen saatava ei siten kuulu energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan f alakohdan soveltamisalaan.

126. Edellä esitetystä seuraa, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c ja f alakohtaa ei voida tulkita siten, että sellainen sähköntoimitussopimukseen perustuva saatava, joka ei ole edellyttänyt minkäänlaista pääomasijoitusta, on kyseisissä määräyksissä tarkoitettu investointi.

c) Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa tarkoitetun investoinnin käsitteen yleinen määritelmä

127. On kuitenkin niin, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa annetaan investoinnin käsitteestä myös yleinen määritelmä, joka tosin on epämääräinen, ja että siinä annettu investointien luettelo ei ole tyhjentävä. Näin ollen voitaisiin väittää, että saatava, joka ei kuulu energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c ja f alakohdan soveltamisalaan, voi kuitenkin olla energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa tarkoitettu investointi, koska se on ”investoijan suoraan tai epäsuorasti omistamaa tai valvomaa omaisuutta”.

128. Tämä perustelu ei ole vakuuttava. Kuten jo korostin,[85] sopimusperusteiset saatavat ovat ainoa omaisuus, jonka luokittelemiselle investoinniksi energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa säädetään nimenomaisia rajoituksia. Näin ollen investoinnin käsitteen yleiseen määritelmään ei voida viitata ainoastaan siinä tarkoituksessa, että voitaisiin kiertää energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c ja f alakohdassa määrättyjä rajoituksia, sillä muuten kiellettäisiin näiden täsmällisten määräysten olemassaolo ja päädyttäisiin energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitetun investoinnin käsitteen contra legem -tulkintaan.

129. Näin ollen ehdotan, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohtaa on tulkittava siten, että sellaista sähköntoimitussopimukseen perustuvaa saatavaa, joka ei ole edellyttänyt minkäänlaista pääomasijoitusta, ei voida pitää kyseisessä määräyksessä tarkoitettuna investointina.

[85] Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 107 kohta.

2. Toinen ennakkoratkaisukysymys

130. Toisella ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin haluaa lähinnä selvittää, onko energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että investointina pidetään sitä, että sopimuspuolen yritys hankkii saatavan, joka on syntynyt osapuolina olevien valtioiden ulkopuoliselle talouden toimijalle.

131. Tästä on muistutettava, että kyseessä oleva saatava on syntynyt Moldtranselectron ja Derimenin välisestä sopimussuhteesta ja että näistä yhtiöistä jälkimmäinen on rekisteröity Brittiläisille Neitsytsaarille eli energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuoliseen valtioon.

132. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohdassa mahdollistetaan sovintoratkaisu sopimuspuolen ja toisen sopimuspuolen investoijan välisiin riitoihin, jotka liittyvät investointiin, jonka *kyseinen investoija on tehnyt*. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii, vaikuttaako saatavan alkuperä sen luokitteluun energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohdassa, jossa edellytetään, että investointi on sopimuspuolen investoijan tekemä, tarkoitetuksi investoinniksi tilanteessa, jossa saatava on alun perin syntynyt energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion taloudelliselle toimijalle.

133. Aluksi on todettava, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen ehdottamani vastauksen huomioon ottaen toiseen ennakkoratkaisukysymykseen ei ole tarpeen vastata, sillä koska ensimmäiseen kysymykseen vastattiin kieltävästi, ei ole enää tarpeen määrittää, onko saatavan alkuperällä vaikutusta sen luokitteluun energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuksi sopimuspuolen investoijan tekemäksi investoinniksi.

134. Tyhjentävän vastauksen antamiseksi tutkin kuitenkin toisen ennakkoratkaisukysymyksen siltä varalta, että unionin tuomioistuin ei yhdy ensimmäisestä ennakkoratkaisukysymyksestä esittämääni analyysiin, jos se katsoo, että tällainen saatava voi olla energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa tarkoitettu investointi.

135. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tuo esiin ja kuten Moldovan tasavalta korostaa, sen määrittämiseksi, onko investointi ”sopimuspuolen investoijan” tekemä, on viitattava energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 8 alakohtaan, jossa määritellään investointien toteuttamisen käsite. Kyseisessä määräyksessä muun muassa määrätään, että investointien toteuttaminen voi olla olemassa olevien investointien kokonaan tai osittaista hankkimista. Siinä ei kuitenkaan edellytetä, että olemassa oleva investointi on alun perin syntynyt energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen osapuolena olevassa valtiossa.

136. Moldovan tasavalta kuitenkin väittää, että tällainen edellytys on olemassa. Se katsoo, että ilmausta ”olemassa oleva investointi” on tulkittava energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdassa annetun investoinnin määritelmän mukaisesti, ja tämän mukaan investoinnin on oltava ”investoijan suoraan tai epäsuorasti omistamaa tai valvomaa omaisuutta”. Se toteaa, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 7 alakohdan mukaan ”investoijalla” tarkoitetaan puolestaan ”kaikkia yrityksiä tai muita kyseisen sopimuspuolen alueella sovellettavan lainsäädännön mukaisesti järjestäytyneitä yhteisöjä”. Näin ollen se väittää, että koska saatavan alkuperäinen omistaja on energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion taloudellinen toimija, sitä ei voida pitää kyseisen sopimuksen 1 artiklan 7 alakohdassa tarkoitettuna investoijana, eikä kyseinen saatava siten voi olla ”olemassa oleva investointi”, jonka energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 8 alakohdassa ja 26 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimuspuolen yhtiö on tehnyt.

137. Tämä perustelu ei ole vakuuttava. Vaikka on pidettävä hyväksyttävänä Moldovan tasavallan perustelua, jonka mukaan sen määrittämiseksi, mihin kaikkeen ilmaus ”investointi, jonka – – on tehnyt” viittaa, on tukeuduttava energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6–8 alakohtaan, lopputulos, johon Moldovan tasavalta päätyy, perustuu kuitenkin näiden artiklojen osittaiseen lukemiseen.

138. Paitsi että, kuten edellä totesin,[86] energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 8 alakohdassa ei aseteta olemassa olevalle investoinnille minkäänlaisia maantieteellistä alkuperää koskevia edellytyksiä, kyseisissä määräyksissä myös määrätään nimenomaisesti, että tällaisen investoinnin voi tehdä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion taloudellinen toimija. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 7 alakohdassa nimittäin määritellään investoijan käsite siltä osin kuin on kyse sekä sopimuspuolista että kolmansista valtioista. Siinä siis tunnustetaan selvästi, että investoija voi olla peräisin energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisesta valtiosta, tämän kuitenkaan tarkoittamatta sitä, että sen tekemät investoinnit eivät ole energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettuja olemassa olevia investointeja.[87]

139. Näin ollen se, että saatava on syntynyt energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion taloudelliselle toimijalle, ei vaikuta mitenkään sen luokitteluun ”olemassa olevaksi investoinniksi”, koska myös kyseistä toimijaa on pidettävä energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettuna investoijana.

140. Tästä seuraa, että sitä, että sopimuspuolen taloudellinen toimija hankkii saatavan, joka on syntynyt energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion taloudelliselle toimijalle, on pidettävä olemassa olevan investoinnin hankkimisena ja siten energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettuna sopimuspuolen investoijan toteuttamana investointina.

141. Moldovan tasavalta, Komstroy ja komissio ovat kuitenkin esittäneet varauman, joka koskee oikeuden väärinkäytön mahdollisuutta tällaisissa olosuhteissa. Ei nimittäin voida sulkea pois sitä, että sopimuspuolen investoija hankkii energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion toimijan toteuttaman investoinnin ainoana tarkoituksenaan hyötyä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen antamasta suojasta, jotta se voisi erityisesti vedota energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohtaan nostaakseen toista sopimuspuolta vastaan kanteen, jota se ei muutoin olisi voinut nostaa.

142. Vaikka pitää paikkansa, että tällainen mahdollisuus on olemassa, se ei kuitenkaan riitä perusteeksi siihen, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion toimijalta hankittu investointi suljetaan automaattisesti riitojenratkaisumenettelyn vireillepanosta seuraavan investointisuojan ulkopuolelle. Paitsi että tällainen tulkinta ei mielestäni vaikuta yhteensopivalta edellä tarkasteltujen energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräysten kanssa, se tarkoittaisi, että ulkomaisilta investoijilta hankitut investoinnit eivät koskaan saisi energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen mukaista suojaa.

[86] Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 135 kohta.

[87] Täsmennän, että vaikka energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion investoijan tekemä investointi on hyvinkin energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettu investointi, se ei kuitenkaan ole kyseisellä sopimuksella *suojattu* investointi, koska sen investointien edistämistä ja suojaa koskevissa aineellisissa määräyksissä viitataan nimenomaisesti ja yksinomaan sopimuspuolten investoijien investointeihin. Ks. erityisesti energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 10 artikla: ”Kukin sopimuspuoli rohkaisee – – *muiden sopimuspuolten investoijia* investointeihin alueellaan ja luo sitä varten vakaat, oikeudenmukaiset, suotuisat ja avoimet olosuhteet. Näihin olosuhteisiin kuuluu sitoumus kohdella aina oikeudenmukaisesti ja tasapuolisesti *muiden sopimuspuolten investoijien investointeja*.” (kursivointi tässä)

143. Näin ollen oikeuden väärinkäytön mahdollisuus voidaan ottaa huomioon ainoastaan tapauskohtaisesti, eikä sillä voida oikeuttaa periaatetta, jonka mukaan investointia, jonka sopimuspuolen investoija hankkii energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuoliselta investoijalta, ei ole pidettävä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna sopimuspuolen investoijan investointina. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asiana on siten tarkastaa, mistä syistä Komstroy on kyseisen saatavan hankkinut, jotta se voisi määrittää, oliko tämän hankinnan ainoana tarkoituksena nostaa Moldovan tasavaltaa vastaan kanne energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen nojalla.

144. Siinä tapauksessa, että unionin tuomioistuin ei hyväksy ensimmäisestä ennakkoratkaisukysymyksestä esittämääni analyysia, ehdotan, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen ulkopuolisen valtion investoijalta hankittu saatava on kyseisessä määräyksessä tarkoitettu investointi, paitsi jos kyseisen hankinnan ainoana tarkoituksena on hyötyä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen määräyksillä annetusta suojasta ja erityisesti mahdollistaa se, että sopimuspuolta vastaan voidaan nostaa välitystuomioistuimessa kanne, minkä tarkastaminen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asia.

3. Kolmas ennakkoratkaisukysymys

145. Kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin haluaa lähinnä selvittää, onko energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että sellaista investoijalle kuuluvaa saatavaa, joka perustuu sähkönmyyntisopimukseen, jonka nojalla sähkö toimitetaan vastaanottavan valtion rajalle, voidaan pitää toisen sopimuspuolen alueella toteutettuna investointina, vaikka investoija ei ole harjoittanut minkäänlaista taloudellista toimintaa viimeksi mainitun valtion alueella.

146. Korostan jälleen, että kolmas ennakkoratkaisukysymys on toissijainen. Jos nimittäin ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan siten, että sähköntoimitussopimukseen perustuva saatava ei ole investointi, ei ole merkityksellistä määrittää, onko tämä saatava toteutunut toisen sopimuspuolen *alueella*.

147. Tyhjentävän vastauksen antamiseksi vastaan kuitenkin myös kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen siltä varalta, ettei unionin tuomioistuin yhdy ensimmäisestä ja toisesta ennakkoratkaisukysymyksestä esittämääni analyysiin, ja olettaen – quod non –, että sähkötoimitussopimukseen perustuva saatava on energiaperuskirjasta tehdyssä sopimuksessa tarkoitettu investointi.

148. Moldovan tasavalta väittää Espanjan hallituksen ja komission tukemana, ettei sen alueella ole toteutettu minkäänlaista investointia, koska saatavan perusteena olevalla sopimuksella myyty sähkö toimitettiin ainoastaan Ukrainan ja Moldovan väliselle rajalle Ukrainan puolella.

149. Tämä argumentti perustuu energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 6 alakohdan c alakohdasta, jonka mukaan käteissaatavaa pidetään investointina, jos se määräytyy toiseen investointiin liittyvän sopimuksen perusteella, tehtyyn tulkintaan. Vaikuttaa kuitenkin siltä, ettei kyseisessä tulkinnassa ole otettu huomioon erästä keskeistä seikkaa. Vaikka nimittäin sen investoinnin tarkastelulla, johon saatavan perusteena oleva sopimus liittyy, on hyvinkin

merkitystä luokiteltaessa saatava investoinniksi, tämän seikan tultua osoitetuksi riidanalaisena investointina pidetään pelkästään kyseistä saatavaa, eikä siihen investointiin, johon sopimus liittyy, ole enää myöhemmin tarpeen viitata.

150. Investointina, jota riita koskee ja joka on siten tutkittava energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohdan valossa, ei siis ole pidettävä saatavan perusteena olevassa sopimuksessa määrättyä sähköntoimitusta vaan itse saatavaa. Näin ollen on ainoastaan ratkaistava, voidaanko tällaisen saatavan hankintaa pitää Moldovan alueella tehtynä investointina, tarvitsematta määrittää, liittyykö sopimus, jonka perusteella tämä saatava määräytyy, johonkin investointiin, joka on itsessään toteutettu kyseisellä alueella.

151. Käsiteltävässä asiassa riidanalainen investointi on saatava, joka ukrainalaisella sijoittajalla on Moldovaan sijoittautuneelta yhtiöltä. Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 1 artiklan 10 alakohdassa ”alue” määritellään yksinkertaisesti ”alueeksi, joka on valtion alamaisuudessa”. Tästä seuraa, että Moldovan alueelle sijoittautuneelta yhtiöltä olevaa saatavaa voidaan pitää tämän sopimuspuolen alueella toteutettuna investointina, koska tämän osoittamiseksi riittää velallisen sijoittautumispaikan määrittäminen.

152. Samaan lopputulokseen päädyttäisiin siinäkin tapauksessa, että olisi hyväksyttävä Moldovan tasavallan väite, jonka mukaan huomioon on otettava myös alue, jolla saatavan perusteena olevaan sopimukseen liittyvä investointi on toteutettu.

153. Muodollisesti sähkö todellakin toimitetaan Moldovan vastaiselle rajalle. Jottei kuitenkaan päädyttäisi liian formalistiseen ratkaisuun, on kuitenkin todettava, että sähkö syötetään in fine moldovalaiseen verkkoon ja että tämä on käsiteltävän ongelman kannalta ratkaiseva tieto. Tähän lopputulokseen ei vaikuta mitenkään se, kummalta puolelta rajaa yritys on sähkön toimittanut.[88] Toimitettu sähkö on tosiasiallisesti joka tapauksessa tarkoitettu jaeltavaksi Moldovassa ja siten kyseisen sopimuspuolen alueella.[89]

154. Näin ollen ja siinä tapauksessa, ettei unionin tuomioistuin yhdy ensimmäisestä ja toisesta ennakkoratkaisukysymyksestä esittämääni analyysiin, ehdotan, että kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan, että energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 26 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että saatavaa, joka sopimuspuolen investoijalla on toisen sopimuspuolen toimijalta, on pidettävä ensin mainitun jälkimmäisen alueella toteuttamana investointina.

V Ratkaisuehdotus

155. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa cour d’appel de Paris’n esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen, joka allekirjoitettiin Lissabonissa 17.12.1994 ja hyväksyttiin Euroopan unionin puolesta energiaperuskirjaa koskevan sopimuksen ja energiatehokkuutta ja siihen liittyviä ympäristönäkökohtia koskevan energiaperuskirjan pöytäkirjan tekemisestä Euroopan yhteisöjen osalta 23.9.1997 tehdyllä neuvoston ja komission

88 Em. Audit, M.

89 Näin on etenkin, koska sähkön tapauksessa rajalle toimittaminen on puhtaasti fiktiivistä. Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, Ukrainan ja Moldovan tasavallan sähköverkot on liitetty yhteen, ja olisi järjetöntä olettaa, että sähkö toimitetaan pisteeseen A ja varastoidaan sinne siihen saakka, kunnes vastaanottaja noutaa sen sieltä.

päätöksellä 98/181/EY, EHTY, Euratom, 1 artiklan 6 alakohtaa on tulkittava siten, että sähköntoimitussopimukseen perustuva saatava, joka ei ole edellyttänyt minkäänlaista pääomasijoitusta, ei ole kyseisessä määräyksessä tarkoitettu investointi.