



Datum van inontvangstneming : 21/11/2019

**Zaak C-741/19****Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

8 oktober 2019

**Verwijzende rechter:**

Cour d'appel de Paris (Frankrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

24 september 2019

**Verzoekende partij in het geding:**

Republiek Moldavië

**Verwerende partij in het geding:**

Vennootschap Komstroy, rechtsopvolger van de vennootschap Energoalians

**I. Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Beoordeling van de bevoegdheid van een krachtens artikel 26, lid 3, van het Verdrag inzake het Energiehandvest (hierna: „EHV”) opgericht ad-hoc-scheidsgerecht om een financieel geschil te beslechten over de betaling van een vordering in verband met een contract voor de verkoop van elektriciteit. Het arbitraal vonnis waarbij het verzoek van verweerster is toegewezen, is door de Cour d'appel de Paris (rechter in tweede aanleg Parijs, Frankrijk) vernietigd op grond dat het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd had verklaard. De Cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Frankrijk) heeft het arrest vernietigd op grond van het feit dat de Cour d'appel het begrip „investering” in de zin van artikel 1, punt 6, van het EHV te eng had geïnterpreteerd. De uitkomst van het geschil en bijgevolg de bevoegdheid van het scheidsgerecht hangen dus in wezen af van de uitlegging van dit begrip.

## **II. Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

De Cour d'appel de Paris, waarnaar de Cour de cassation de zaak heeft terugverwezen, is van oordeel dat het Hof van Justitie van de Europese Unie op grond van artikel 267 VWEU bevoegd is om kennis te nemen van vraagstukken betreffende uitlegging van het EHV. Het criterium voor de toepassing van dit artikel vloeit uitsluitend voort uit de kwalificatie van de handeling waarvan de uitlegging wordt gevraagd. Gemengde overeenkomsten die de Unie en de lidstaten met derden hebben gesloten behoren tot de handelingen die door de instellingen, organen en instanties van de Unie zijn vastgesteld (arresten van 30 september 1987, Demirel, 12/86, EU:C:1987:400 en van 18 juli 2013, Daiichi Sankyo en Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520). De nationale rechter die ter beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht de bepalingen van het EHV moet toepassen, kan deze uitleggingsvraagstukken aan het Hof voorleggen om uniforme toepassing van het Unierecht te waarborgen.

## **III. Prejudiciële vragen**

„1) Moet artikel 1, punt 6, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat een vordering die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit en die geen bijdrage van de investeerder in de staat van ontvangst inhoudt, een ‚investering‘ in de zin van dit artikel kan vormen?

2) Moet artikel 26, lid 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat de verwerving door een investeerder van een verdragsluitende partij, van een vordering van een marktdeelnemer die niet afkomstig is uit een van de staten die partij zijn bij dat verdrag, een investering vormt?

3) Moet artikel 26, lid 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat een vordering van een investeerder die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit die aan de grens van de staat van ontvangst wordt geleverd, een investering kan vormen die op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij wordt gedaan, wanneer de investeerder op het grondgebied van die andere verdragsluitende partij geen enkele economische activiteit heeft uitgeoefend?”

## **IV. Toepasselijke bepalingen**

### **1. Bepalingen van het EHV**

„Artikel 1. Definities

In dit Verdrag wordt verstaan onder:

[...]

6. ‚investering’: elke vorm van activa die een investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft, met inbegrip van:

- a. lichamelijke en onlichamelijke en roerende en onroerende zaken alsook andere rechten, zoals huur-, hypotheek-, retentie- en pandrechten;
- b. een vennootschap of onderneming, of aandelen of andere vormen van vermogensdeelneming in, en obligaties en andere schuldbewijzen van een vennootschap of onderneming;
- c. aanspraken op geld en aanspraken op prestaties volgens een contract met een economische waarde en in verband met een investering;
- d. intellectuele eigendom;
- e. opbrengsten;
- f. een bij wet of contract of uit hoofde van overeenkomstig de wet verleende licenties en vergunningen verleend recht een economische activiteit in de energiesector te ondernemen.

Een wijziging van de wijze waarop activa geïnvesteerd worden, heeft geen invloed op het karakter ervan als investeringen en de term ‚investering’ bestrijkt alle investeringen, zowel de investeringen die al gedaan zijn [...] als de investeringen die worden gedaan na de datum van inwerkingtreding van dit Verdrag voor de Verdragsluitende Partij van de investeerder die de investering doet of voor de Verdragsluitende Partij op het grondgebied waarvan de investering wordt gedaan, al naar gelang welke datum later is (hierna te noemen de ‚effectieve datum’), met dien verstande dat het Verdrag alleen van toepassing is op aangelegenheden die na de effectieve datum op zulke investeringen van invloed zijn.

‚Investering’ heeft betrekking op elke investering in verband met een economische activiteit in de energiesector en op investeringen of categorieën investeringen die door een Verdragsluitende Partij op haar grondgebied worden aangemerkt als ‚onder het Handvest vallende efficiëntieprojecten’ en als zodanig bij het Secretariaat worden aangemeld;

7. ‚investeerders’:

- a. van een Verdragsluitende partij,
  - i. natuurlijke personen [...]
  - ii. vennootschappen of andere organisaties opgericht conform op het grondgebied van die Verdragsluitende Partij toepasselijke wetgeving;

8. „investerings doen’: nieuwe investeringen tot stand brengen, een bestaande investering geheel of gedeeltelijk overnemen, dan wel op nieuwe terreinen investeringsactiviteiten ontwikkelen;

[...]

10. „grondgebied’ met betrekking tot een Staat, die Verdragsluitende Partij is:

a. het grondgebied onder zijn soevereiniteit [...]”

Artikel 26. Regeling van geschillen tussen een investeerder en een Verdragsluitende Partij

1. Geschillen tussen een Verdragsluitende Partij en een investeerder van een andere Verdragsluitende Partij over een investering van deze laatste op het grondgebied van eerstgenoemde Partij, die betrekking hebben op de beweerde niet-nakoming van een verplichting van eerstgenoemde Partij die voortvloeit uit Deel III van dit Verdrag, worden, zo mogelijk, door middel van een minnelijke schikking geregeld.

2. Indien dergelijke geschillen niet overeenkomstig de bepalingen van het eerste lid kunnen worden geregeld [...] wordt het geschil op verzoek van de betrokken investeerder voorgelegd:

a. aan de rechters of administratiefrechtelijke instanties van de Verdragsluitende Partij die partij is bij het geschil, of

[...]

c. in overeenstemming met de volgende leden van dit artikel.

3 a. [...] aan [...] arbitrage [...]”

## 2. *Nationale bepaling*

Artikel 1520 van de Code de procédure civile (wetboek van burgerlijke rechtsvordering):

„Vernietiging [van een in Frankrijk gewezen internationaal arbitraal vonnis] kan slechts plaatsvinden indien:

1. Het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd of onbevoegd heeft verklaard, of

[...]

5. De erkenning of de tenuitvoerlegging van het vonnis in strijd is met de internationale openbare orde.”

## V. Feiten en procedure in het hoofdgeding

- 1 Oekraïne en de Republiek Moldavië zijn voormalige Sovjetrepublieken met onderling gekoppelde elektriciteitsnetten. Op 1 januari 1995 werd een contract ondertekend voor de parallelle en wederzijdse exploitatie van de elektriciteitsnetten van beide staten.
- 2 Op 1 februari 1999 werd contract nr. 01/01 gesloten tussen de volgende drie ondernemingen: Ukrenergó, een Oekraïense elektriciteitsproducent, Energoalians, een Oekraïense private onderneming gespecialiseerd in de productie en distributie van elektriciteit, en Moldtranselectro, een Moldavisch overheidsbedrijf opgericht in 1997. Volgens het contract kocht Energoalians elektriciteit van Ukrenergó voor export naar Moldavië. De te leveren volumes elektriciteit zouden maandelijks tussen Ukrenergó en Moldtranselectro worden overeengekomen.
- 3 Bij contract nr. 24/02, ondertekend in Kiev op 24 februari 1999, zijn Energoalians, Derimen, een op de Britse Maagdeneilanden geregistreerde onderneming, en Moldtranselectro het volgende overeengekomen:
  - Energoalians zou als leverancier elektriciteit leveren aan Derimen,
  - Derimen, als koper, zou de prijs van elektriciteit betalen aan Energoalians,
  - Moldtranselectro, als „begunstigde”, zou vóór de 25ste van elke maand een bestelformulier indienen bij Ukrenergó, met vermelding van de benodigde hoeveelheid elektriciteit voor de volgende maand,
  - Ukrenergó zou dan elektriciteit leveren onder de voorwaarden „DAF Incoterms 1990”, d.w.z. tot aan de Oekraïense kant van de Oekraïens-Moldavische grens,
  - Derimen zou van Moldtranselectro de prijs van de verkochte elektriciteit terugkrijgen.
- 4 Dit contract, dat oorspronkelijk voor 1999 was gesloten, en contract nr. 01/01 van 1 februari 1999, zijn verlengd tot 31 december 2000. Voor elke maand van levering zou Energoalians binnen 80 kalenderdagen na levering een betaling van Derimen ontvangen, terwijl Derimen een betaling van Moldtranselectro zou ontvangen. De hoogte van de betalingen werd bepaald door de verschillende addenda van contract nr. 24/02. Volgens de algemene bepalingen van deze addenda en afhankelijk van de maand was de door Moldtranselectro betaalde prijs ongeveer twee keer zo hoog als de prijs die Derimen aan Energoalians betaalde.
- 5 Zowel in 1999, met uitzondering van de periode van mei tot juli 1999, als in 2000 werd elektriciteit geleverd. Moldtranselectro betaalde Derimen voor een deel van het jaar 1999 (januari en een deel van februari 1999) en voor het gehele jaar 2000. De overige in 1999 geleverde elektriciteit bleef onbetaald. Op 1 januari 2000 bedroeg de gecumuleerde schuld van Moldtranselectro aan Derimen

18 132 898,94 USD. Er waren echter geen schulden aan Energoalians, omdat Derimen deze voor alle geleverde elektriciteit had betaald.

- 6 Bij contract ondertekend in Kiev op 30 mei 2000 heeft Derimen haar vordering, uit hoofde van contract nr. 24/02, op Moldtranselectro overgedragen aan Energoalians.
- 7 Moldtranselectro heeft haar schuld gedeeltelijk betaald en de vordering van Energoalians op haar verminderd tot 16 287 185,94 USD.
- 8 Energoalians heeft tevergeefs geprobeerd dit bedrag te innen door een vordering in te stellen bij de Moldavische en vervolgens de Oekraïense gerechtelijke instanties.
- 9 Van oordeel dat bepaalde maatregelen van de Republiek Moldavië een gekwalificeerde schending vormden van de verplichtingen die op grond van het EHV zijn aangegaan, heeft Energoalians een ad-hoc-arbitrageprocedure ingeleid.
- 10 Bij een arbitraal vonnis dat op 25 oktober 2013 in Parijs bij meerderheid van stemmen is geweest, heeft het ad-hoc-scheidsgerecht, bestaande uit drie arbiters, zich bevoegd verklaard. Het scheidsgerecht stelde vast dat de Republiek Moldavië haar internationale verplichtingen niet was nagekomen en heeft de Republiek Moldavië op grond van het EHV veroordeeld tot betaling van een totaalbedrag van 592 880 395 MDL aan Energoalians.
- 11 Volgens het scheidsgerecht had Energoalians een „investering”, in de zin van het EHV, gedaan in het overheidsbedrijf Moldtranselectro, gezien de tamelijk ruime omschrijving van dit begrip in het EHV. Het baseerde zich zowel op de rechtsleer als op andere arbitrale vonnissen. Volgens het scheidsgerecht maakt deze term deel uit van een „globaal en neutraal concept” dat betrekking heeft op “alle soorten inbreng”. Het stelde vast dat het hem voorgelegde geval rechtstreeks was beschreven in artikel 1, punt 6, onder c), van het EHV.
- 12 De voorzitter van het scheidsgerecht heeft een afwijkende opinie uitgesproken over de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Hij was van oordeel dat de gebruikelijke betekenis van het woord „investering” overeenkomt met een investering van kapitaal of arbeid, met de verwachting van een bepaald rendement, en dat dit begrip veronderstelt dat er sprake is van enige vertraging voordat het rendement wordt behaald (d.w.z. van een tijdsduur) en van een zekere onzekerheid over de hoogte van het rendement (d.w.z. van een commercieel risico).
- 13 De Republiek Moldavië heeft op 25 november 2013 beroep tot vernietiging van dat vonnis ingesteld.
- 14 Bij akte van 6 oktober 2014 werd de vennootschap naar Oekraïens recht Komstroy rechtsopvolger van de vennootschap Energoalians.

- 15 Bij vonnis van 12 april 2016 heeft de Cour d'appel de Paris het vonnis vernietigd. De Cour d'appel heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd had verklaard, op grond dat de vordering waarop het geschil betrekking had, uitsluitend betrekking had op de verkoop van elektriciteit. Aangezien er geen inbreng heeft plaatsgevonden, is er geen sprake van een investering in de zin van het EHV.
- 16 Op het door Komstroy ingestelde cassatieberoep heeft de Cour de cassation bij arrest van 28 maart 2018, gewezen overeenkomstig artikel 1520 van de Code de procédure civile, het arrest van de Cour d'appel te Parijs vernietigd.
- 17 De Cour de cassation heeft geoordeeld dat de bepalingen van het EHV niet specificeren welke criteria een investering kenmerken, maar slechts een niet-limitatieve opsomming geven van activa die als investeringen worden beschouwd. De Cour de cassation heeft hieruit afgeleid dat de Cour d'appel in strijd met het EHV een voorwaarde had toegevoegd die daarin niet was opgenomen.
- 18 De Cour de cassation heeft de zaak terugverwezen naar de Cour d'appel de Paris, in een andere samenstelling.
- 19 De Republiek Moldavië verzoekt de Cour d'appel om het arbitraal vonnis van 25 oktober 2013 te vernietigen, op grond dat het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard en de erkenning of tenuitvoerlegging van het vonnis in strijd is met de internationale openbare orde. Subsidiair verzoekt zij om het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van het EHV.
- 20 Komstroy, de rechtsopvolger van Energoalians, verzoekt de Cour d'appel het door de Republiek Moldavië ingestelde beroep tot vernietiging te verwerpen en al haar vorderingen af te wijzen.

## **VI. Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 21 De Republiek Moldavië betoogt dat het geschil geen betrekking heeft op een investering in de zin van het EHV en dat, zelfs indien er een investering zou zijn gedaan, deze niet is gedaan door een onderneming van een verdragsluitende staat of op het Moldavische grondgebied.

### ***1. Over het bestaan van een investering in de zin van het EHV***

- 22 a) De Republiek Moldavië betoogt dat de door Energoalians verworven vordering, die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit, geen investering is in de zin van het EHV. Het verdrag verwijst naar de gewone betekenis van de term investering, die het bestaan van een inbreng vereist. Hoewel de EHV-definitie verwijst naar „elke vorm van activa” in het bezit van een investeerder, blijkt uit de illustratieve lijst van voorbeelden dat niet elk activum noodzakelijkerwijs een investering is.



- 23 Gelet op de gewone betekenis en in het licht van de in de preambule genoemde doelstellingen van het EHV, is de term investering noodzakelijkerwijs gekoppeld aan de inbreng of overdracht door de investeerder van kapitaal of andere noodzakelijke middelen voor de ontwikkeling en de instandhouding van een investeringsactiviteit. Dit is de betekenis die de voorzitter van het scheidsgerecht er in zijn afwijkende opinie, in overeenstemming met de arbitragerechtspraak, aan heeft toegekend.
- 24 De Republiek Moldavië merkt op dat de vordering van Energoalians op Moldtraselectro, die voortvloeit uit contract nr. 24/02, geen inbreng omvatte, dat het contract waarmee de vordering verband houdt, op zich geen investering is, aangezien zij uitsluitend de verkoop van elektriciteit tot doel heeft, en dat de activiteit van Derimen bestond in factoringdiensten, d.w.z. zuiver financiële transacties.
- 25 b) De verwerende partij in het beroep voert daartegen aan dat het EHV het begrip investering ruim omschrijft, zodat het alle vormen van activa waarover een investeerder zeggenschap heeft, kan omvatten. De elektriciteitsfinancieringstransactie waaruit de vordering van Energoalians voortvloeit, is wel degelijk een transactie „die verband houdt met een economische activiteit in de energiesector” in de zin van artikel 1, lid 6, van het EHV, aangezien er door deze transactie energie aan Moldtraselectro geleverd kon worden.
- 26 De rol van Derimen, in combinatie met de verplichting van Moldtraselectro om de voor de levering van energie verschuldigde bedragen aan Derimen te betalen, vormt een integraal onderdeel van de investeringshandeling die bestaat uit de levering van energie aan Moldavië.

## 2. *Persoon van de investeerder*

- 27 a) De Republiek Moldavië betoogt dat Energoalians deze investering niet zelf heeft gedaan. Een investeerder kan een geschil over een investering die hij zelf niet heeft gedaan, niet aan arbitrage onderwerpen, aangezien het begrip „investeringsdoen” wordt gedefinieerd in artikel 1, punt 8, van het EHV.
- 28 Zij beweert dat Energoalians door de overname van Derimen geen „bestaande investering” in de zin van het EHV heeft verworven. Aangezien de Britse Maagdeneilanden, de plaats van registratie van Derimen, geen partij bij het EHV zijn, kan deze vennootschap geen aanspraak maken op de status van investeerder in de zin van het EHV, en kunnen haar activa dus niet als investeringen in de zin van dit verdrag worden aangemerkt. Deze conclusie is in overeenstemming met het adagium *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (niemand kan meer rechten overdragen dan hij heeft).
- 29 b) Verweerster in hoger beroep antwoordt hierop dat de Republiek Moldavië aan het EHV een voorwaarde tracht toe te voegen die niet bestaat, namelijk de

voorwaarde dat de investeerder, om in aanmerking te komen voor de bescherming onder het EHV, de investering verwerft van een onderneming die door dat verdrag wordt „beschermd”. Uit het bezit van een activum dat verband houdt met een economische activiteit in de energiesector, kan het bestaan van een investering worden afgeleid, ongeacht de wijze waarop deze investering is verworven. Het maakt niet uit of Energoalians de investering heeft gedaan of niet, zolang zij er maar de zeggenschap over heeft.

- 30 Verweerster wijst er ook op dat alleen de Franse taalversie van artikel 26 van het EHV vermeldt dat de investering door de investeerder moet worden „réalisé” (gerealiseerd). Tussen de partijen in de arbitrageprocedure geldt echter de authentieke versie van het EHV in het Russisch.

### **3. *Het territorialiteitscriterium***

- 31 a) De Republiek Moldavië voert aan dat artikel 26, lid 1, een territorialiteitscriterium bevat, dat de bevoegdheid van het scheidsgerecht afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de investering is gedaan door een investeerder „op het grondgebied” van de staat van ontvangst, in de zin van artikel 1, lid 10, van het EHV. Zij voert aan dat er op het grondgebied van Moldavië geen investeringen zijn gedaan, aangezien de elektriciteit vóór de grens met Moldavië werd geleverd en Energoalians en Derimen geen economische activiteiten in de energiesector op Moldavisch grondgebied hebben verricht. De Republiek Moldavië voegt hieraan toe dat de verwerving van de schuldvordering zelf niet kan worden beschouwd als een investering op het grondgebied van Moldavië door Energoalians en Derimen, aangezien Energoalians voor deze verwerving heeft betaald aan Derimen, een entiteit die op de Britse Maagdeneilanden is gevestigd.
- 32 b) Verweerster in hoger beroep antwoordt dat aan de territorialiteitsvoorwaarde is voldaan. Er zijn zeer veel criteria voor territoriale aanknoping met Moldavië. Haar vordering op Moldtranselectro vloeit voort uit de levering van elektriciteit op het grondgebied van Moldavië en de complexe investering is uitsluitend bedoeld om Moldtranselectro, een Moldavisch overheidsbedrijf, van elektriciteit te voorzien.
- 33 Voorts antwoordt zij dat de door Energoalians aangevoerde investering de vordering op Moldtranselectro is, niet het onderliggende contract voor elektriciteitslevering, en dat de loutere aanwezigheid van de term DAF in het elektriciteitsleveringscontract niet uitsluit dat het contract een aanknopingspunt met het grondgebied van Moldavië heeft.

## **VII. Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 34 De Cour d’appel de Paris is van oordeel dat de uitkomst van het geding afhangt van de uitlegging van het begrip „investering” in de zin van artikel 1, punt 6, van

het EHV en, indien nodig, van de term „investerings doen” in de zin van artikel 1, punt 8, EHV.

- 35 Wat de territorialiteit betreft, rijst volgens de Cour d’appel de vraag of de vordering, op grond van een contract voor de verkoop van elektriciteit, een investering kan vormen op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij in de zin van artikel 26, lid 1, van het EHV, indien de houder van de vordering geen economische activiteit uitoefent op het grondgebied van die verdragsluitende partij geen enkele economische activiteit heeft uitgeoefend.
- 36 De Cour d’appel oordeelt dat het EHV een gemengde overeenkomst is, gesloten door de Unie en de lidstaten met derden, en dat het Hof van Justitie krachtens artikel 267 VWEU bevoegd is om kennis te nemen van uitleggingsvraagstukken over dat verdrag. De Cour d’appel te Parijs, dat de bepalingen van het EHV moet toepassen om de bevoegdheid van het scheidsgerecht te beoordelen, kan dergelijke vragen van uitlegging voorleggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om de uniforme toepassing van het Unierecht te waarborgen.