

DAGVAARDING TEVENS HOUDENDE INCIDENTELE VORDERING EX ART. 223 RV

Heden, tweeëntwintig december tweeduizend tweeëntwintig

TEN VERZOEKE VAN:

Het **KONINKRIJK SPANJE**, te dezen vertegenwoordigd door de Procureur-Generaal, Ministerie van Justitie, van het Koninkrijk gevestigd te 5 Calle Ayala (28001) Madrid, Spanje ("**Spanje**"), en uitsluitend met het oog op het doel waarvoor deze dagvaarding wordt uitgebracht, woonplaats kiezende te Amsterdam aan de Claude Debussylaan 247 (1082 MC), ten kantore van Simmons & Simmons LLP, met rekening-courant met landelijke dekking met nummer 88170281, van welk kantoor mr. N. Peters als advocaat wordt gesteld;

heb ik, Bas de Veer, toegevoegd gerechtsdeurwaarder ten kantore van Jan Sebastiaan Evers, gerechtsdeurwaarder te Amsterdam en aldaar kantoorhoudende aan de Hogehilweg 4;

GEDAGVAARD:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **NEXTERA ENERGY GLOBAL HOLDINGS B.V.** ("**NextEra Global**"), gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende aan de Basisweg 10 (1043 AP), Amsterdam, aldaar mijn exploot doende en afschrift van deze dagvaarding gelaten aan:

voormeld adres in gesloten envelop met
daarop de vermeldingen als wettelijk
voorgeschreven omdat ik aldaar niemand aantrof
aan wie rechtsgeldig afschrift kan worden gelaten

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **NEXTERA ENERGY SPAIN HOLDINGS B.V.** ("**NextEra Spain**"), gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende aan de Basisweg 10 (1043 AP), Amsterdam, aldaar mijn exploot doende en afschrift van deze dagvaarding en van de daarin genoemde producties, voorafgegaan door een overzicht daarvan, gelaten aan:

OM:

Op **woensdag 25 januari 2023** om tien (10.00) uur 's-ochtends niet in persoon, maar vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter openbare terechtzitting van de Rechtbank Amsterdam, welke zitting wordt gehouden in het gerechtsgebouw aan de Parnassusweg 280 (1076 AV) Amsterdam;

MET DE AANZEGGING DAT:

indien een gedaagde niet op de eerste of op een door de rechtbank nader bepaalde roldatum in het geding verschijnt door te verzuimen advocaat te stellen, of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechtbank verstek tegen die gedaagde zal verlenen en de vordering zal toewijzen tenzij deze haar onrechtmatig of ongegrond voorkomt;

indien ten minste één van de gedaagden ter terechtzitting is verschenen, tussen alle partijen één vonnis zal worden gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd;

bij verschijning in het geding van ieder van de gedaagden een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;

de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel

van een persoon die onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:

- (1) een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
- (2) een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet

van gedaagden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijkkluidende conclusies nemen of gelijkkluidend verweer voeren, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven;

TENEINDE:

Namens eiseres te horen eisen en te concluderen als volgt:

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	5
DEEL I: FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN		6
2.	Partijen en de Spaanse regelingen ter bevordering van de elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen	6
3.	De door NextEra aangespannen ECT-arbitrage	10
4.	De vernietigingsprocedure bij de <i>ad hoc Committee</i>	11
5.	NextEra tracht het arbitraal vonnis ten uitvoer te leggen in de Verenigde Staten	11
DEEL III: JURIDISCH KADER EN DE ONRECHTMATIGHEID VAN DE TENUITVOERLEGGING		12
6.	Het begrip staatssteun	12
7.	Schadevergoeding als vervanging van onrechtmatige staatssteun	13
8.	(Uitvoering van) een arbitraal vonnis als steunmaatregel	13
9.	Rol van de nationale rechter	17
10.	Gewettigd vertrouwen	18
11.	Schadevergoeding ter vervanging van onrechtmatige steun vormt ook onrechtmatige steun	19
12.	Toepassing van het rechtskader inzake staatssteun op de casus	19
13.	Toepassing van het staatssteunbegrip op (de executie van) het arbitrale vonnis	20
14.	Taak van de nationale rechter	22
15.	Conclusie ten aanzien van de staatssteunrechtelijke beoordeling	23
16.	Slotopmerking ten aanzien van de staatssteunrechtelijke beoordeling	23
17.	De artikelen 267 en 344 VWEU staan eveneens aan tenuitvoerlegging in de weg	23
18.	Het voortzetten van de executie levert misbruik van executiebevoegdheid op	27
19.	De misbruik van bevoegdheid rechtvaardigt de verzochte onmiddellijke voorzieningen	29
DEEL III: PROCEDURELE ASPECTEN EN PETITUM		29
20.	De vorderingen van Spanje en de noodzaak van dwangsommen	29
21.	Een grensoverschrijdend verbod bij wege van voorlopige voorziening is geïndiceerd	30

22.	Het verweer en de weerlegging daarvan	30
23.	Een veroordelend vonnis moet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard	31
24.	Bevoegdheid	31
25.	Bewijsaanbod	31
MITSDIEN		31

1. Inleiding

- 1.1 Gedaagden sub 1 en 2, NextEra Global Holdings B.V. en NextEra Energy Spain Holdings B.V. (hierna tezamen: “NextEra”) hebben in de periode 2010-2013 geïnvesteed in de bouw van twee zonne-energiecentrales in Spanje. Zij beoogden daarbij gebruik te maken van een regeling van het Koninkrijk Spanje (hierna: “Spanje”) die voorzag in de nodige gunstige financiële voorwaarden. Die regeling vormde een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en was niet conform artikel 108, lid 3, VWEU vooraf aangemeld bij de Europese Commissie. Daarmee vormde de maatregel van Spanje een onrechtmatige steunmaatregel. Het was Spanje daarom op grond van het Unierecht niet toegestaan de regelgeving ten uitvoer te leggen en derhalve evenmin toegestaan de steun waarop NextEra recht meende te hebben aan haar ten goede te laten komen. De regelingen zijn gewijzigd en de Europese Commissie heeft deze gewijzigde regelingen in 2017 verenigbaar verklaard met de interne markt (goedgekeurd) conform artikel 107, lid 3, VWEU (**Productie 1**).¹
- 1.2 NextEra is daarop een arbitrageprocedure gestart bij het op grond van het internationale Energiehandvest (hierna met de gebruikelijke Engelse afkorting aangeduid als “ECT”) ingestelde scheidsgerecht van het International Centre for Settlement of Investment Disputes (hierna: “ICSID”; het scheidsgerecht hierna aan te duiden als het “ICSID-scheidsgerecht”) waarbij zij schadevergoeding van Spanje heeft gevorderd. Het ICSID-scheidsgerecht heeft deze vordering toegewezen. (**Productie 2**). Een verzoek tot vernietiging van de uitspraak van het scheidsgerecht aan de zogenoemde *ad hoc Committee* onder het ICSID is vervolgens afgewezen (**Productie 3**).
- 1.3 NextEra vordert thans bij het District Court for the District of Columbia verlof om voornoemd arbitraal vonnis te executeren (**Productie 4**). Dat verlof zal NextEra de mogelijkheid geven executoriaal beslag te leggen op tegoeden van Spanje in de Verenigde Staten, althans buiten de Europese Unie.
- 1.4 Hiermee probeert NextEra het verbod op het verstrekken van staatssteun – dat, zoals hierna uiteen zal worden gezet, ook betrekking heeft op schadevergoeding die in de plaats komt van staatssteun – te omzeilen. Door executie zullen alsnog gelden ten laste van Spanje ten goede komen aan NextEra hetgeen een verstrekking van onrechtmatige steun aan NextEra inhoudt. NextEra poogt aldus te bewerkstelligen dat Spanje in strijd met haar verplichtingen op grond van het VWEU handelt.
- 1.5 Daarenboven geldt dat tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis ook in strijd is met de artikelen 267 en 344 VWEU. Deze artikelen verzetten zich tegen een bepaling in een tussen twee lidstaten van de Europese Unie gesloten internationale overeenkomst op grond waarvan een investeerder uit een van deze lidstaten, in geval van een geschil over investeringen in de andere lidstaat, tegen laatstgenoemde staat een procedure kan inleiden voor een scheidsgerecht en deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid daarvan te aanvaarden.² Het ECT is een dergelijke overeenkomst.

¹ Besluit van de Europese Commissie van 10 november 2017, SA.40348 (2015/NN) — *Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste*. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf.

² HvJ 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, punt 32. Zie ook HvJ 2 september 2021, Komstroy, ECLI:EU:C:2021:655 en HvJ 26 oktober 2021, PL Holdings, ECLI:EU:C:2021:875.

- 1.6 Het voortzetten van de executie in weerwil van voorgaande levert misbruik van recht op, c.q. misbruik van executiebevoegdheid.
- 1.7 Spanje vordert dan ook NextEra en met deze vennootschappen verbonden ondernemingen te verbieden tot executie over te gaan van het arbitrale vonnis. Tevens verzoekt Spanje uw Rechtbank bij wege van incidentele vordering een voorlopige voorziening te treffen voor de duur van de bodemprocedure,³ om te voorkomen dat NextEra niet tussentijds reeds tot executie overgaat, met alle mogelijke onomkeerbare gevolgen van dien.
- 1.8 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat Spanje in Nederland nog een soortgelijke procedure aanhangig maakt tegen twee andere vennootschappen, in verband met door die partijen tegen haar gevoerde ECT-arbitrages. Hetzelfde gebeurt in andere Europese jurisdicties (Duitsland en Luxemburg) waar dezelfde problematiek speelt.
- 1.9 Spanje licht hierna haar vorderingen toe. In deel I zet Spanje de voor deze zaak relevante feiten en omstandigheden uiteen en in deel II licht zij haar vorderingen en het juridisch kader nader toe. In deel III, tot slot, formuleert Spanje haar petitum en bespreekt zij enkele onderwerpen van processuele aard.

DEEL I: FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

2. Partijen en de Spaanse regelingen ter bevordering van de elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen

- 2.1 NextEra hebben in de periode 2010-2013 via de dochteronderneming NextEra Energy España S.L.U. ("NextEra España"), die 100% van de aandelen houdt van de in Spanje gevestigde ondernemingen Planta Termosolar de Extremadura, S.L.U. ("PTE1"), Planta Termosolar de Extremadura 2, S.L.U. ("PTE2"), en NextEra Energy España Operating Services, S.L.U. ("NEEOS") geïnvesteerd in de bouw van twee centrales voor geconcentreerde zonnen-energie (CSP), welke centrales worden aangeduid als Termosol 1 en Termosol 2. Deze centrales zijn eigendom van respectievelijk PTE1 en PTE2.
- 2.2 NextEra Global is opgericht op 27 maart 2008. NextEra Spain is op 7 mei 2008 opgericht. Sinds 2011 is NextEra Global voor 100% eigendom van de Nederlandse onderneming NextEra Energy Global Holdings Cooperative U.A., die op haar beurt een dochteronderneming is van NextEra Energy Inc, een in de V.S. gevestigde onderneming.
- 2.3 In 2007 voerde Spanje een regeling in ter bevordering van de elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen. Deze was geregeld bij de koninklijke besluiten 661/2007, 1578/2008 en 6/2009 (hierna: de "2007-regeling") en ter uitvoering van EU-richtlijn 2001/77/EG inzake hernieuwbare energie.⁴ De 2007-regeling werd niet aangemeld bij de Europese Commissie of anderszins door de Europese Commissie beoordeeld op basis van de staatssteunregels, ondanks overweging 12 van richtlijn 2001/77/EG, waarin staat dat "*de artikelen 87 en 88 [van het Verdrag, thans de artikelen 107 en 108 VWEU] van toepassing blijven op dergelijke overheidssteun*".⁵ Die overweging maakt duidelijk dat de lidstaten

³ Het leek Spanje – mede in het licht van de complexiteit van de zaak – niet opportuun om de zaak in een kort geding voor te leggen.

⁴ Richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt, PbEG 2001, L283/33.

⁵ Zie randnummer 11 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als **Productie 5**).

verplicht bleven hun staatssteunregelingen die zij ter omzetting van die richtlijn hadden vastgesteld, aan te melden.

- 2.4 Op basis van de 2007-regeling konden producenten van duurzame energie kiezen tussen twee opties om in aanmerking te komen voor steun. De eerste optie bestond uit een subsidie voor het produceren van energie uit vernieuwbare bronnen, door middel van het ontvangen van een vast tarief per kWh geproduceerde energie (hierna: subsidie-optie), waarbij het tarief jaarlijks werd geactualiseerd aan de hand van de consumentenprijsindex. De tweede optie bestond uit het verkopen van de (opgewekte) elektriciteit op de markt en het vervolgens ontvangen van een premie per kWh verkochte elektriciteit bovenop de marktprijs (premie-optie).⁶
- 2.5 Zowel de subsidie als de premie werden berekend op basis van typische kosten en inkomsten van standaardinstallaties voor duurzame energie. Spanje schatte daarbij zowel de initiële investeringskosten als de exploitatie- en onderhoudskosten van de standaardinstallaties, alsmede de marktprijs.
- 2.6 De 2007-regeling werd gefinancierd door middel van de tarieven voor nettoegang die bij de Spaanse Wet 54/1997 en het Spaanse Koninklijk Besluit 2017/1997 aan elektriciteitsverbruikers en netwerkgebruikers werden opgelegd. Deze tarieven werden daarbij berekend conform een door de Spaanse regering vastgestelde methode. Het Spaanse Koninklijk Besluit 2017/1997 wees daarbij de *Comisión Nacional de Energía* (de Nationale Energiecommissie) – een adviserend overheidsorgaan dat is opgenomen in de (Spaanse) Nationale Commissie voor Markten en Mededinging (hierna: "NCMM") – aan om de geïnde tarieven, door middel van latere vereffeningen, aan de begunstigden van de 2007-regeling over te dragen. Daarbij werden in de bijlagen van Koninklijk Besluit 2017/1997 de begunstigden van de verrekeringen gedefinieerd, de toepasselijke mathematische formules bepaald en werd de vereffeningprocedure zelf, volgens vooraf bepaalde objectieve parameters, geregeld.⁷
- 2.7 Voorts hadden installaties voor geconcentreerde zonne-energie in het kader van de regeling van 2007 ook recht op het tarief/de premie voor met fossiele brandstoffen/aardgas opgewekte elektriciteit, wanneer zij in combinatie met hernieuwbare energiebronnen werden gebruikt om een stabiele productie en voorziening te waarborgen, zolang het aandeel van die elektriciteit niet meer bedroeg dan 12% van de totale geproduceerde elektriciteit in het geval van het tarief en 15% van de totale geproduceerde elektriciteit in het geval van de premie.⁸
- 2.8 Om de steun in het kader van de 2007-regeling te kunnen verkrijgen, moesten potentiële begunstigden een aanvraag indienen bij het Spaanse directoraat-generaal Energiebeleid en Mijnbouw. De installaties die aan de subsidiabiliteitscriteria voldeden, werden ingeschreven in een pre-toewijzingsregister volgens het beginsel "wie het eerst komt, het eerst maalt". De installaties in het register mochten dus de steun ontvangen.⁹

⁶ Zie randnummer 14 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

⁷ Zie randnummer 19 t/m 21 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

⁸ Zie randnummer 17 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

⁹ Zie randnummer 18 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

- 2.9 NextEra en haar dochterondernemingen begonnen in 2007 met activiteiten ter realisering van de centrales.
- 2.10 Op 14 mei 2009 verzochten PTE 1 en PTE 2 om inschrijving van de eerste Termosol-installatie ("Termosol 1") respectievelijk de tweede Termosol-installatie ("Termosol 2") in het pre-toewijzingsregister.
- 2.11 In november 2009 stelde Spanje een prioritering vast voor de projecten of installaties die bij het administratieve register zijn ingediend voor de voortoewijzing van betaling. Deze prioritering kende 4 fases. Bij de prioritering werden jaarlijkse beperkingen vastgesteld met betrekking tot het opstarten en in bedrijf nemen van de in het pre-toewijzingsregister geregistreerde installaties, zodat de installaties niet vóór bepaalde data zouden kunnen beginnen met de levering van energie via het distributie- of transportnet.
- 2.12 Op 11 december 2009 werden de Termosol-fabrieken ingeschreven in het pre-toewijzingsregister en ingedeeld in fase 3 van een tijdschema van prioritering.
- 2.13 Op 16 december 2009 sloten PTE1 en PTE2 Engineering, Procurement Support and Construction Support Services Agreements met Sener Ingeniería y Sistemas S.A. ("Sener").
- 2.14 Op 22 december 2009 dienden beide PTE's een verzoek in bij het Spaanse Directoraat-Generaal voor Energiebeleid en Mijnen om hun bouwtermijnen voor Termosol 1 en Termosol 2 uit te stellen, en in plaats daarvan over te gaan naar fase 4 van de prioritering.
- 2.15 Op 18 februari 2010 besloot het Spaanse Directoraat-Generaal voor Energiebeleid en Mijnen tot goedkeuring van de aanvraag om de Termosol-installaties over te brengen naar fase 4. Als gevolg daarvan dienden de Termosol-installaties uiterlijk op 31 december 2013 een permanente registratie in het daartoe bestemde register te verkrijgen.
- 2.16 Op 2 december 2010 lieten PTE1 en PTE2 weten dat zij afzagen van de datums van ingebruikneming van Termosol 1 (1 januari 2013) en Termosol 2 (15 maart 2013), die waren vastgesteld op grond van het besluit van het Spaanse Directoraat-Generaal voor Energiebeleid en Mijnen en verzochten zij het directoraat-generaal de vergoedingsvoorwaarden voor de operationele levensduur van de installatie mee te delen.
- 2.17 Op 28 december 2010 heeft het directoraat-generaal in antwoord op dat verzoek aan PTE1 en PTE2 de krachtens de bepalingen van de vijfde overgangsbepaling van RDL 6/2009 op de installaties van toepassing zijnde tarieven, premies en boven- en ondergrenzen en aanvullende bepalingen, zoals vastgesteld in Koninklijk Besluit 661/2007, meegedeeld.
- 2.18 Op 28 april 2011 sloten PTE1 en PTE2 leningsovereenkomsten af voor de financiering van de bouw van de Termosol-centrales. De centrales zijn in 2013 gerealiseerd. Op 29 mei 2013 kreeg de Termosol 1 een definitieve registratie in het RAIPRE en op 7 juni 2013 ontving Termosol 2 die registratie.
- 2.19 Spanje heeft vanaf 2012 verschillende wetsbesluiten ingevoerd die de 2007-regeling hebben gewijzigd, maar met behoud van de essentiële kenmerken van die oorspronkelijke regeling.
- 2.20 Eerst schrapte wet nr. 15/2012 de vergoeding voor met aardgas opgewekte elektriciteit. Vervolgens schafte wet 2/2013 van 1 februari 2013, onder meer het mechanisme voor de

aanpassing van de terugleveringstarieven aan de index van de consumptieprijzen afschaft en verving deze door een lagere index.¹⁰

- 2.21 De regeling van 2013 voorziet in steun voor onder andere installaties voor hernieuwbare energie.
- 2.22 Twee soorten faciliteiten komen in aanmerking voor steun in het kader van de regeling van 2013:
 - (A) Faciliteiten die steun krijgen in het kader van deze nieuwe regeling na de inwerkingtreding van Koninklijk Besluit 413/2014 op 11 juni 2014 ("nieuwe faciliteiten"); en
 - (B) Voorzieningen die reeds recht hadden op of reeds steun ontvingen uit de regeling van 2007 toen wetsbesluit 9/2013 op 14 juli 2013 in werking trad ("bestaande voorzieningen").¹¹
- 2.23 De nieuwe regelingen van 2013 resulteerden in een steun die aangepast is aan de nieuwe kenmerken van de regeling.
- 2.24 De Europese Commissie heeft bij besluit van 10 november 2017 de regeling voor 2013 goedgekeurd als verenigbaar met de interne markt (zie Productie 1).
- 2.25 Alle faciliteiten die oorspronkelijk van de regeling van 2007 profiteerden, werden automatisch ingeschreven in de regeling van 2013. Bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de regeling heeft de Commissie rekening gehouden met de som van de betalingen aan bestaande installaties in het kader van de regelingen van 2007 en 2013, om na te gaan of er geen sprake is van overcompensatie.¹²
- 2.26 De Europese Commissie beoordeelde de evenredigheid van de aan bestaande installaties toegekende steun overeenkomstig punt 131, onder a), van de richtsnoeren inzake staatssteun voor milieubescherming op basis van de cashflowberekeningen van 21 standaardinstallaties. Deze omvatten inkomsten uit verkoop in het verleden (inclusief die welke voortvloeien uit de regeling van 2007 voor bestaande faciliteiten), de verwachte toekomstige inkomsten uit verkoop, de initiële investeringskosten, de exploitatiekosten en de aan elke faciliteit toe te kennen compensatie voor zowel de exploitatie als de investeringen. Voor alle verstrekte voorbeelden ging de Commissie na of de steun niet hoger was dan wat nodig is om de initiële investeringskosten en de relevante operationele kosten terug te verdienen, plus een marge van een redelijk rendement, gebaseerd op de vroegere en geraamde kosten en marktprijzen. In het besluit van de Commissie van 2017 werd geconcludeerd dat deze rendementspercentages in overeenstemming waren met die welke golden voor soortgelijke maatregelen die de Commissie had goedgekeurd en niet tot overcompensatie leidden.¹³

¹⁰ Zie randnummer 24 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

¹¹ Zie randnummer 28 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

¹² Zie randnummer 34 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

¹³ Zie randnummer 35 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

2.27 NextEra stelt door de wijzigingen in de 2007-regeling, leidend tot lagere steunbedragen, schade te hebben geleden.

3. De door NextEra aangespannen ECT-arbitrage

3.1 NextEra heeft vervolgens op basis van het ECT, dat door Nederland en Spanje is geratificeerd en voor beide landen in werking is getreden, en het ICSID-Verdrag een verzoek tot arbitrage ingediend bij het ICSID, welk verzoek op 15 mei 2014 door het ICSID is ontvangen.¹⁴

3.2 Door Spanje werd verweer gevoerd, waarbij zij de bevoegdheid van het ICSID-scheidsgerecht heeft ontkend.

3.3 Het ICSID-scheidsgerecht heeft op 12 maart 2019 haar *Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum* (ARB/14/11) gewezen. Daarin heeft zij (onder andere) geoordeeld dat:

- (A) het ICSID-scheidsgerecht bevoegd was kennis te nemen van het geschil;
- (B) Spanje niet heeft voldaan aan de krachtens artikel 10 lid 1 ECT op haar rustende verplichting om een eerlijke en billijke behandeling, aangezien zij het gewettigd vertrouwen van eisers niet heeft beschermd; en
- (C) dat eisers (NextEra) recht hebben op schadevergoeding.

3.4 Op 31 mei 2019 heeft het ICSID-scheidsgerecht haar Final Award gewezen. In dit arbitrale eindvonnis is Spanje veroordeeld tot betaling van:

- (A) een bedrag van EUR 290,6 miljoen in verband met haar schending van art. 10 lid 1 ECT, over welk bedrag rente verschuldigd is vanaf 30 juni 2016 (tegen een percentage van 0.234%);
- (B) een bedrag van USD 132.368,86 aan kosten van de arbitrage te vermeerderen met rente vanaf de datum van het arbitrale eindvonnis; en
- (C) een bedrag van USD 4.147.031,81 + EUR 1.042.135,30, wat een derde deel vertegenwoordigt van de juridische kosten van NextEra in de arbitrage, te vermeerderen met rente vanaf de datum van het arbitrale eindvonnis.

3.5 Daarmee vloeit uit het arbitrale vonnis een betalingsverplichting van Spanje aan NextEra van thans ruim EUR EUR 295 miljoen voort.

3.6 Spanje heeft de uitspraak van het ICSID-scheidsgerecht ten aanzien van NextEra als steunmaatregel aangemeld bij de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft de ontvangst van de aanmelding op 11 maart 2020 bevestigd en geregistreerd onder nummer SA.56676. De Europese Commissie heeft nog geen besluit ten aanzien van de aangemelde steun genomen.

¹⁴ Randnummer 6 van de *Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum* van 12 maart 2019 (ARB/14/11), bijgevoegd als **Productie 6**.

4. **De vernietigingsprocedure bij de ad hoc Committee**

- 4.1 Spanje heeft op 26 september 2019 beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis van 31 mei 2019 ingesteld. Een vernietigingsprocedure bij de *ad hoc Committee* kent een zeer terughoudend toetsingskader met een aantal limitatieve gronden voor vernietiging die zijn neergelegd in art. 52 (1) van het verdrag. Verder is vaste rechtspraak onder het ICSID dat:

*(1) the grounds listed in Article 52(1) are the only grounds on which an award may be annulled; (2) annulment is an exceptional and narrowly circumscribed remedy and the role of an ad hoc Committee is limited; (3) ad hoc Committees are not courts of appeal, annulment is not a remedy against an incorrect decision, and an ad hoc Committee cannot substitute the Tribunal's determination on the merits for its own; (4) ad hoc Committees should exercise their discretion not to defeat the object and purpose of the remedy or erode the binding force and finality of awards; (5) Article 52 should be interpreted in accordance with its object and purpose, neither narrowly nor broadly; (...)*¹⁵

- 4.2 Het *ad hoc Committee* heeft in haar Decision on Annulment van 18 maart 2022 het beroep op vernietiging verworpen.¹⁶ Zij heeft dit gedaan op de voor de *ad hoc Committee* gangbare terughoudende wijze en onder meer geoordeeld dat het ICSID-scheidsgerecht niet buiten haar mandaat is getreden.

5. **NextEra tracht het arbitraal vonnis ten uitvoer te leggen in de Verenigde Staten**

- 5.1 NextEra heeft op 3 juni 2019 een vordering bij de District Court for the District of Columbia (hierna: "District Court") ingesteld, waarmee NextEra de District Court vraagt (i) een beschikking te geven waarbij het arbitrale vonnis en de toegekende schadevergoeding van het ICSID-scheidsgerecht wordt erkend en bevestigd, en (ii) een vonnis te wijzen ten gunste van NextEra ten bedrage van de door het ICSID-scheidsgerecht toegekende schadevergoeding.¹⁷
- 5.2 Spanje heeft op 11 oktober 2019 een motie tot het afwijzen, althans tot het aanhouden, van NextEra's verzoek van 3 juni 2019 bij de District Court ingediend en de District Court verzocht een hoorzitting in te plannen.
- 5.3 De District Court heeft op 30 september 2020 de motie van Spanje met betrekking tot het aanhouden van de procedure toegewezen.¹⁸
- 5.4 Na afwijzing van het beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis door het *ad hoc Committee* op 18 maart 2022, heeft Spanje op 2 mei 2022 een hernieuwde motie tot het afwijzen van NextEra's verzoek van 3 juni 2019 bij de District Court ingediend.¹⁹

¹⁵ Zie hierover het ICSID Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID van mei 2016, para. 74, te raadplegen via <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20ENG.pdf>.

¹⁶ *Decision on Annulment* van de ICSID *ad hoc Committee* van 18 maart 2022, in de ICSID zaak met zaaknr. ARB/14/11, bijgevoegd als Productie 3.

¹⁷ Vordering Nextera van 3 juni 2019 bij District Court, bijgevoegd als Productie 4.

¹⁸ Beschikking van 30 september 2020 van District Court, bijgevoegd als **Productie 7**.

¹⁹ Motie Spanje van 2 mei 2022 bij District Court, bijgevoegd als **Productie 8a**. Het bijbehorende Memorandum van Wet ter ondersteuning van de Motie van Spanje van 2 mei 2022 is bijgevoegd als **Productie 8b**.

- 5.5 Spanje heeft vervolgens op 29 juni 2022 een memorie van antwoord ter ondersteuning van de hernieuwde motie tot het afwijzen van NextEra's verzoek van 3 juni 2019 bij de District Court ingediend.²⁰
- 5.6 Het District Court heeft nog geen eindoordeel gegeven.

DEEL III: JURIDISCH KADER EN DE ONRECHTMATIGHEID VAN DE TENUITVOERLEGGING

6. Het begrip staatssteun

- 6.1 Het begrip staatssteun is een objectief en juridisch begrip dat rechtstreeks is omschreven in artikel 107, lid 1, VWEU.²¹ Artikel 107, lid 1, VWEU bepaalt:

“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

- 6.2 Uit deze bepaling blijkt dat sprake is van een steunmaatregel indien aan de volgende criteria is voldaan:
- (A) door de overheid wordt met overheidsmiddelen;
 - (B) aan een onderneming;
 - (C) een selectief, niet-marktconform voordeel verschaft;
 - (D) waardoor de mededinging wordt vervalst; en
 - (E) de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed.
- 6.3 Een nationale maatregel die voldoet aan alle genoemde criteria kwalificeert als een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.
- 6.4 Artikel 108, lid 3, VWEU bepaalt:

“De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.”

- 6.5 Dit artikellid introduceert de voorafgaande controle op steunmaatregelen door de Europese Commissie: elke (nieuwe) steunmaatregel moet vooraf bij de Commissie worden

²⁰ Memorie van antwoord Spanje van 29 juni 2022 bij District Court, bijgevoegd als **Productie 9**.

²¹ Arrest van het Hof van Justitie van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, punt 111; arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie, C-83/98, ECLI:EU:C:2000:248, punt 25.

aangemeld (aanmeldverplichting) en kan niet ten uitvoer worden gelegd totdat de Commissie de steun verenigbaar heeft verklaard (*standstill*-verplichting).²²

- 6.6 Een steunmaatregel die in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU zonder voorafgaand positief besluit van de Europese Commissie is ingevoerd (ten uitvoer wordt gelegd) vormt onrechtmatige steun.²³
- 6.7 Ook wanneer de Europese Commissie, na onderzoek, niet of niet tijdig aangemelde steun – dus onrechtmatige steun – verenigbaar verklaart, verandert dat niets aan de onrechtmatigheid van de in strijd met de aanmeldverplichting en *standstill*-verplichting verstrekte steun. Het Hof van Justitie oordeelde dienaangaande:

“De eindbeslissing van de Commissie heeft namelijk niet tot gevolg dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met het in deze bepaling neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt. Elke andere uitlegging zou de schending door de betrokken lidstaat van artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG [thans artikel 107, lid 3, VWEU] in de hand werken en deze bepaling van haar nuttig effect beroven.”²⁴

7. Schadevergoeding als vervanging van onrechtmatige staatssteun

- 7.1 Hoewel ondernemingen de nationale rechter kunnen vragen de betaling te gelasten van schadevergoeding waarop zij menen recht te hebben, kunnen die vorderingen niet tot gevolg hebben dat de effectieve toepassing van de staatssteunvoorschriften van de Unie wordt omzeild.²⁵
- 7.2 Met name kunnen ondernemingen die krachtens nationaal recht mogelijk gerechtigd zijn steun te ontvangen die niet is aangemeld bij en goedgekeurd door de Commissie, maar die deze steun niet hebben ontvangen, geen schadevergoeding eisen voor het bedrag dat gelijk is aan het bedrag aan niet-ontvangen steun, omdat dit een indirecte toekenning van onrechtmatige steun zou zijn.²⁶

8. (Uitvoering van) een arbitraal vonnis als steunmaatregel

- 8.1 Uit het arrest van het Hof van Justitie in de Micula-zaak²⁷ (hierna: Micula-arrest) volgt dat de Europese Commissie bevoegd is om te onderzoeken of een uitspraak van een scheidsgerecht dat is ingesteld op grond van het ICSID-Verdrag waarbij dat scheidsgerecht een schadevergoeding heeft toegewezen aan een aantal ondernemingen, een

²² Tenzij sprake is van een uitzondering op de aanmeldverplichting op grond van een groepsvrijstelling zoals de Algemene Groepsvrijstellingsverordening Vo (EU) 651/2014. In deze zaak zijn geen uitzonderingen op de aanmeldverplichting van toepassing.

²³ Zie artikel 1, sub f, Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PbEU 2015, L248/9.

²⁴ HvJ 12 februari 2008, CELF, C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79, punt 40.

²⁵ HvJ 29 juni 2004, Commissie/Raad, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, punt 43; HvJ 18 juli 2007, Lucchini, C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, punten 59-63; HvJ 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, punten 42-44.

²⁶ HvJ 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, punten 42-44. Zie ook Besluit Commissie 16 april 2004, Steunmaatregel N 304/2003 – Nederland, Steun ten behoeve van Akzo Nobel ter beperking van het transport van chloor, randnummer 18 en voetnoot 10. Zie voorts Conclusie van Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 28 april 2005 in Atzeni e.a., C-346/03 en C-529/03, ECLI:EU:C:2005:256, punt 198.

²⁷ HvJ 25 januari 2022, C-638/19 P, Commissie/European Food e.a., ECLI:EU:C:2022:50.

steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, vormt. Dat brengt met zich dat gezien de rol van de nationale rechter bij het staatssteuntoezicht, de nationale rechter ook bevoegd is om zich uit te laten over de vraag of een dergelijke uitspraak van het scheidsgerecht staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, en voorts verplicht is om de nodige maatregelen te treffen om de naleving van artikel 108, lid 3, VWEU, te waarborgen.

- 8.2 De achtergrond van het Micula-arrest is de volgende.
- 8.3 Het ICSID-Verdrag, is voor Roemenië op 12 oktober 1975 in werking is getreden. In 2022 hadden Zweden en Roemenië een bilateraal investeringsverdrag (Bilateral Investment Treaty) voor de bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen gesloten (hierna: BIT). In Artikel 2, lid 3, van dit BIT is bepaald dat elke verdragsluitende partij te allen tijde een eerlijke en billijke behandeling van de investeringen van investeerders van de andere verdragsluitende partij moet te waarborgen. Verder bepaalt het BIT dat geschillen tussen de investeerders en de verdragsluitende landen worden beslecht door een scheidsgerecht dat het Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten (hierna: ICSID-Verdrag) toepast.²⁸
- 8.4 In 2005 heeft de Roemeense regering in het kader van de onderhandelingen over de toetreding van Roemenië tot de Europese Unie een nationale stimuleringsregeling afgeschaft die bepaalde investeerders in achtergestelde regio's begunstigde (hierna: fiscale stimuleringsregeling). Meerdere Zweedse investeerders hadden op grond van die fiscale stimuleringsregeling investeringen gedaan in een bepaalde streek in Roemenië. Deze investeerders waren van mening dat Roemenië met de afschaffing van de fiscale stimuleringsregeling niet had voldaan aan zijn verplichting om hun gedane investeringen overeenkomstig het BIT eerlijk en billijk te behandelen. Zij hebben dan ook verzocht om oprichting van een scheidsgerecht teneinde vergoeding van de schade die zij hadden geleden door de afschaffing van de fiscale stimuleringsregeling.
- 8.5 Bij scheidsrechterlijke uitspraak van 11 december 2013 heeft dit scheidsgerecht geoordeeld dat Roemenië, door de betrokken fiscale stimuleringsregeling af te schaffen, het gewettigd vertrouwen van de verzoekers in arbitrage had beschaamd, had verzuimd transparant te handelen door deze verzoekers niet tijdig te informeren en niet had gezorgd voor een eerlijke en billijke behandeling van de investeringen van die verzoekers in de zin van artikel 2, lid 3, BIT. Het scheidsgerecht heeft Roemenië dan ook veroordeeld tot betaling aan verzoekers in arbitrage van een schadevergoeding van circa € 178 miljoen.
- 8.6 De Europese Commissie heeft Roemenië daarna gewaarschuwd dat elke uitvoering of executie van de scheidsrechterlijke uitspraak zou worden beschouwd als nieuwe staatssteun en bij de Commissie moest worden aangemeld. Roemenië. De Commissie heeft vervolgens in 2014 bij besluit Roemenië gelast elke maatregel die zou kunnen leiden tot de uitvoering of executie van de scheidsrechterlijke uitspraak onmiddellijk op te schorten, aangezien een dergelijke maatregel op onrechtmatige staatssteun zou neerkomen, totdat de Commissie een definitief besluit nam over de verenigbaarheid van deze maatregel. Roemenië heeft desondanks de door het scheidsgerecht aan de Zweedse investeerders toegekende schadevergoeding betaald. Bij besluit van 30 maart 2015²⁹ heeft de Commissie de betaling van die vergoeding aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU

²⁸ Het ICSID-Verdrag was voor Roemenië in 1975 in werking getreden, zie punt 3 Micula-arrest.

²⁹ Besluit (EU) 2015/1470 van de Commissie van 30 maart 2015 betreffende steunmaatregel SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ten uitvoer gelegd door Roemenië – Scheidsrechterlijke uitspraak Micula/Roemenië van 11 december 2013, *Pb.* 2015, L 232/4.

die onverenigbaar is met de interne markt, de uitvoering ervan verboden en de terugvordering van de reeds betaalde bedragen gelast.

- 8.7 Tegen dat besluit van de Commissie zijn meerdere beroepen tot nietigverklaring ingesteld bij het Gerecht van de Europese Unie (hierna: Gerecht). Het Gerecht heeft het besluit van de Commissie nietig verklaard, met name omdat de Commissie haar bevoegdheden op grond van de staatssteunregels met terugwerkende kracht had toegepast op feiten die dateren van vóór de toetreding van Roemenië tot de Unie op 1 januari 2007. Het Gerecht is er namelijk van uitgegaan dat de betrokken steun door Roemenië is verleend op de datum waarop de fiscale stimuleringsregeling is afgeschaft, te weten in 2005, en niet op de datum van de scheidsrechtelijke uitspraak.
- 8.8 Een belangrijke vraag in dit arrest is of ingeval bij een scheidsrechterlijke uitspraak een schadevergoeding is toegekend wegens de afschaffing van een (fiscale) stimuleringsregeling in strijd met een BIT, staatssteun is verleend in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, op de datum waarop die schadevergoeding daadwerkelijk wordt betaald ter uitvoering van die uitspraak omdat het recht op schadevergoeding definitief is ontstaan op de datum waarop die uitspraak van het scheidsrecht uitvoerbaar is geworden, of op de datum van de afschaffing van de regeling. In het Micula-arrest herinnert het Hof eraan dat het bepalende criterium om vast te stellen op welk tijdstip de staatssteun is toegekend, het moment is waarop de begunstigde onderneming van een bepaalde maatregel een vaste aanspraak op de steun verwerft en de staat zich er dienovereenkomstig toe verbindt de steun te verlenen. Op dat moment kan een dergelijke maatregel naar het oordeel van het Hof van Justitie leiden tot een verstoring van de mededinging die het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Vervolgens werd vastgesteld dat het recht op vergoeding van de schade die verzoekers in arbitrage stellen te hebben geleden wegens de beweerdelijk in strijd met het BIT gerealiseerde afschaffing van de betrokken (fiscale) stimuleringsregeling, pas bij de scheidsrechterlijke uitspraak is verleend. Pas na afloop van de daartoe op grond van het arbitragebeding van artikel 7 BIT ingeleide arbitrageprocedure hebben verzoekers in arbitrage namelijk daadwerkelijke betaling van deze schadevergoeding kunnen verkrijgen. Het Hof van Justitie benadrukt dat zelfs al vormt de beweerdelijk in strijd met het BIT gerealiseerde afschaffing van de (fiscale) stimuleringsregeling het schadeveroorzakende feit, het recht op de betrokken schadevergoeding uitsluitend is toegekend bij de scheidsrechterlijke uitspraak, waarbij na toewijzing van de door verzoekers in arbitrage ingestelde vordering niet alleen het bestaan van dit recht is vastgesteld, maar ook het bedrag ervan is gekwantificeerd. De Commissie was dan ook bevoegd om het besluit van 30 maart 2015 vast te stellen op grond van artikel 108 VWEU.³⁰
- 8.9 Dit betekent dat een uitspraak van een scheidsrecht waarbij een lidstaat wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van een onderneming die actief is in de Europese Unie onderworpen is aan het staatssteuntoezicht van artikel 107 en artikel 108 VWEU. Hiervoor is reeds toegelicht dat schadevergoeding ter vervanging van onrechtmatige of onverenigbare staatssteun, zelf ook als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, oplevert. Zie hoofdstuk 7 hierboven. Dat geldt ook als die schadevergoeding door een scheidsrecht wordt toegekend, omdat ook dan de schadevergoeding in de plaats komt van onrechtmatige of onverenigbare steunmaatregel. Zie hiervoor ook punt 77 van het Antin-besluit van de Europese Commissie en punt 100-108 van het Micula-besluit van de Europese Commissie. In beide zaken oordeelde de Europese Commissie dat de betaling van een door het scheidsrecht toegekende schadevergoeding door middel van de uitvoering of executie van de uitspraak, voor de verzoekers in arbitrage een voordeel is ontstaan dat zij niet onder normale

³⁰ Punt 126 Micula-arrest.

marktomstandigheden zouden hebben verkregen, en staatssteun oplevert omdat aan de overige voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU wordt voldaan. Dit wordt niet anders doordat het scheidsgerecht is ingesteld onder internationaal recht.

- 8.10 Hierbij is relevant dat volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie een internationale overeenkomst geen inbreuk mag maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het rechtstelsel van de Europese Unie waarvan het Hof van Justitie de eerbiediging verzekert, zie het Achmea-arrest punt 32.³¹ In dat arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de artikelen 267 en 344 VWEU zich verzetten tegen een bepaling in een tussen twee lidstaten van de Europese Unie gesloten internationale overeenkomst op grond waarvan een investeerder uit een van deze lidstaten, in geval van een geschil over investeringen in de andere lidstaat, tegen laatstgenoemde staat een procedure kan inleiden voor een scheidsgerecht en deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid daarvan te aanvaarden.³² Door een dergelijke overeenkomst te sluiten, onttrekken de lidstaten die daarbij partij zijn geschillen die betrekking kunnen hebben op de toepassing of uitlegging van het Unierecht, zoals de regels inzake staatssteun, aan de bevoegdheid van hun eigen rechterlijke instanties en bijgevolg aan het stelsel van rechtsmiddelen dat zij krachtens artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU moeten instellen op de onder dit recht vallende gebieden. Een dergelijke internationale overeenkomst kan dus tot gevolg hebben dat deze geschillen niet worden beslecht op een wijze die de volle werking van dat recht waarborgt.³³ Een arbitragebeding is dan ook niet verenigbaar met het in artikel 4, lid 3, eerste alinea, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking en doet afbreuk aan de autonomie van het Unierecht.³⁴ Dat betekent dat een arbitragebeding niet toegepast kan worden en dat hoe dan ook het Unierecht niet terzijde gesteld kan worden door een uitspraak van het scheidsgerecht. De staatssteunregels blijven dan ook van toepassing in het geval het scheidsgerecht een lidstaat van de Europese Unie veroordeelt tot betaling van een schadevergoeding.
- 8.11 In het arrest PL Holdings het Hof van Justitie daar verder aan toegevoegd: “Indien een lidstaat die partij is bij een geschil dat betrekking kan hebben op de toepassing en de uitlegging van het Unierecht, dit geschil mag voorleggen aan een arbitrage-instantie met dezelfde kenmerken als de instantie die wordt bedoeld in een nietig arbitragebeding in een internationale overeenkomst als bedoeld in punt 44 van dit arrest, en wel door het sluiten van een ad-hoc arbitrageovereenkomst waarvan de inhoud overeenkomt met dat beding, zou dit er in feite toe leiden dat de verplichtingen worden omzeild die voor die lidstaat voortvloeien uit de Verdragen en, meer in het bijzonder, uit artikel 4, lid 3, VEU en de artikelen 267 en 344 VWEU, zoals uitgelegd in het arrest van 6 maart 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158).”³⁵ In die zaak is het Hof van Justitie tot het oordeel gekomen dat artikel 267 en artikel 344 VWEU in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een lidstaat met een investeerder uit een andere lidstaat een ad-hocarbitrageovereenkomst mag sluiten die de voortzetting mogelijk maakt van een arbitrageprocedure die is ingeleid op grond van een arbitragebeding dat inhoudelijk identiek is aan die overeenkomst, dat opgenomen is in een tussen deze twee lidstaten gesloten internationale overeenkomst en nietig is wegens strijdigheid met deze artikelen. Kortom, het is evident dat omzeiling van het EU-recht niet toegestaan is.

³¹ HvJ 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, punt 32.

³² *Ibid.*, p. 60.

³³ HvJ 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, punt 34; HvJ 26 oktober 2021, PL Holdings, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, punt 45.

³⁴ HvJ 26 oktober 2021, PL Holdings C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, punt 46.

³⁵ HvJ 26 oktober 2021, PL Holdings C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, punt. 47.

9. Rol van de nationale rechter

- 9.1 Uit het voorgaande blijkt dat bij artikel 108, lid 3, VWEU een preventief toezicht op voorgenomen nieuwe steunmaatregelen is ingevoerd. Dit preventieve toezicht strekt ertoe dat alleen steunmaatregelen die verenigbaar zijn verklaard met de interne markt tot uitvoering worden gebracht.³⁶
- 9.2 Teneinde deze doelstelling te bereiken, dient de uitvoering van een voorgenomen steunmaatregel te worden opgeschort totdat de Europese Commissie zich bij wege van een eindbeslissing heeft uitgesproken over de verenigbaarheid van de steunmaatregel (de *standstill*-verplichting).³⁷
- 9.3 De taak van de nationale rechter berust op de rechtstreekse werking van het bij artikel 108, lid 3, VWEU ingestelde verbod op de uitvoering van voorgenomen steunmaatregelen. De rechtstreekse werking van dit verbod strekt zich uit tot elke steunmaatregel die zonder aanmelding tot uitvoering is gebracht.³⁸
- 9.4 De nationale rechter dient te waarborgen dat overeenkomstig het nationale recht alle consequenties zullen worden getrokken uit een schending van de aanmeldingsverplichting en de *standstill*-verplichting als bedoeld in artikel 108, lid 3, laatste volzin, VWEU, zowel wat betreft de geldigheid van de uitvoeringshandelingen als wat betreft de terugvordering van de financiële steun die is verleend in strijd met die bepaling of met eventuele voorlopige maatregelen.³⁹
- 9.5 In dit verband heeft het Hof bij wege van prejudiciële beschikking (omdat naar het oordeel van het Hof van Justitie het antwoord op de gestelde prejudiciële vragen al uit eerdere door het Hof van Justitie gewezen arresten bleek), bevestigd dat het Unierecht, in het bijzonder de artikelen 267 en 344 VWEU, aldus moet worden uitgelegd dat een rechterlijke instantie van een lidstaat dat moet oordelen over de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis dat het voorwerp was van *besluit (EU) 2015/1470 van de Commissie van 30 maart 2015 betreffende staatssteun SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ten uitvoer gelegd door Roemenië - Arbitraal vonnis in de zaak Micula/Roemenië van 11 december 2013*, dat arbitrale vonnis moet vernietigen en het vonnis in geen geval ten uitvoer kan worden gelegd om de begunstigten ervan in staat te stellen de betaling van de hun toegekende schadevergoeding te verkrijgen.⁴⁰
- 9.6 Spanje wijst er overigens op dat voor het waarborgen van de naleving van artikel 108, lid 3, VWEU, het niet nodig is dat de Commissie bij besluit heeft geoordeeld dat een steunmaatregel onrechtmatig is. Uit het arrest Eesti Pagar van het Hof van Justitie blijkt dat ook wanneer een lidstaat (of een rechter van die lidstaat) constateert dat een maatregel een steunmaatregel vormt en ten onrechte niet is aangemeld bij de Europese Commissie, ook zonder besluit van de Europese Commissie, de lidstaat en al haar organen de nodige

³⁶ HvJ 3 maart 2020, C-75/18, Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt., C-75/18, ECLI:EU:C:2020:139, punt 19.

³⁷ HvJ 21 november 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, punten 25 en 26, en HvJ 5 maart 2019, Eesti Pagar, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, punt 84).

³⁸ HvJ 21 november 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, punt 29, en HvJ 5 maart 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, punt 88.

³⁹ HvJ 21 november 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, punt 30, en HvJ 5 maart 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, punt 89.

⁴⁰ HvJ 21 september 2022, Romatsa, C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749, dictum. De beschikking is alleen beschikbaar in het Frans en is bijgevoegd als **Productie 10a**. Een niet-officiële Nederlandse vertaling, gemaakt met Deepl en voor het gemak van de lezer, is bijgevoegd als **Productie 10b**.

maatregelen moeten nemen om te voorkomen dat onrechtmatige steun wordt toegekend of uitgekeerd.⁴¹

10. Gewettigd vertrouwen

- 10.1 Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat, gelet op de fundamentele rol die de aanmeldingsplicht ex artikel 108, lid 3, VWEU heeft voor de doeltreffendheid van het door de Commissie uitgeoefende dwingende toezicht op de staatssteun, begunstigde ondernemingen geen gewettigd vertrouwen kunnen hebben in de rechtmatigheid van een steunmaatregel, tenzij deze is toegekend met inachtneming van de aanmeldingsprocedure van artikel 108, lid 3, VWEU.⁴²
- 10.2 Volgens het Hof dient een behoedzaam ondernemer normaliter in staat te zijn zich ervan te vergewissen of de aanmeldingsprocedure in acht werd genomen.⁴³ Wanneer de onderneming zich hiervan niet heeft vergewist, komt haar in beginsel geen beroep op gewettigd vertrouwen toe.
- 10.3 In het bijzonder kan de steunontvanger, indien steun is toegekend die niet vooraf bij de Commissie was aangemeld, zodat hij op grond van artikel 108, lid 3, VWEU onrechtmatig is, op dat moment geen gewettigd vertrouwen hebben in de rechtmatigheid van de toekenning van de steun tenzij in uitzonderlijke omstandigheden.⁴⁴
- 10.4 Het Hof heeft erop gewezen dat de artikelen 107 en 108 VWEU elk nuttig effect verliezen, indien een lid-staat wiens instanties een steun in strijd met de procedureregels van artikel 109 hebben toegekend, zich op het gewettigd vertrouwen van de ontvangers van de steun zouden kunnen beroepen om zich te onttrekken aan zijn verplichting, de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een beschikking waarbij de Commissie hem gelast de steun terug te vorderen of niet te verstrekken.⁴⁵
- 10.5 Volgens eveneens vaste jurisprudentie is een beroep op gewettigd vertrouwen in geval van onrechtmatige steun alleen mogelijk indien aan drie voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet de betrokkene van de administratie nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen hebben gekregen, die van *bevoegde* en betrouwbare bronnen afkomstig zijn. In de tweede plaats moeten deze toezeggingen gegronde verwachtingen kunnen wekken bij diegene tot wie zij gericht zijn. In de derde plaats moeten de toezeggingen overeenstemmen met de toepasselijke voorschriften.⁴⁶

⁴¹ HvJ 5 maart 2019, Eesti Pagar, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, punt 91.

⁴² Zie in deze zin: HvJ 24 november 1987, RSV/Commissie, 223/85, ECLI:EU:C:1987:502, punten 16 en 17; HvJ 20 september 1990, Commissie/Duitsland, C-5/89, EU:C:1990:320, punten 14 en 16; HvJ 13 juni 2013, HGA e.a./Commissie, C-630/11 P–C-633/11 P, ECLI:EU:C:2013:387, punt 134; HvJ 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie, T-67/94, EU:T:1998:7, punt 182; Gerecht 16 oktober 2014, Alcoa Trasformazioni/Commissie, T-177/10, ECLI:EU:T:2014:897, punt 61, en Gerecht 22 april 2016, Ierland en Aughinish Alumina/Commissie, T-50/06 RENV II en T-69/06 RENV II, EU:T:2016:227, punt 214.

⁴³ Zie o.a. HvJ 20 september 1990, Commissie/Duitsland, C-5/89, EU:C:1990:320, punt 14.

⁴⁴ HvJ 20 september 1990, Commissie/Duitsland, C-5/89, EU:C:1990:320, punten 14 en 16.

⁴⁵ HvJ 20 september 1990, Commissie/Duitsland, C-5/89, EU:C:1990:320, punt 17.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld: Gerecht 15 november 2018, Deutsche Telekom, T-207/10, ECLI:EU:T:2018:786, punt 46.

10.6 Het Hof van Justitie heeft verduidelijkt dat nationale autoriteiten in dit verband niet gelden als bevoegde autoriteit, maar dat het vertrouwen moet zijn opgewekt door instellingen van de Europese Unie.⁴⁷

11. **Schadevergoeding ter vervanging van onrechtmatige steun vormt ook onrechtmatige steun**

11.1 Hoewel ondernemingen de nationale rechter kunnen vragen de betaling te gelasten van schadevergoeding waarop zij menen recht te hebben, kunnen die vorderingen niet tot gevolg hebben dat de effectieve toepassing van de staatssteunvoorschriften van de Unie wordt omzeild.⁴⁸

11.2 Met name kunnen ondernemingen die krachtens nationaal recht mogelijk gerechtigd zijn steun te ontvangen die niet is aangemeld bij en goedgekeurd door de Commissie, maar die deze steun niet hebben ontvangen, geen schadevergoeding eisen voor het bedrag dat gelijk is aan het bedrag aan niet-ontvangen steun, omdat dit een indirecte toekenning van onrechtmatige steun zou zijn.⁴⁹

12. **Toepassing van het rechtskader inzake staatssteun op de casus**

De 2007-regeling vormde een onrechtmatige steunmaatregel

12.1 De Europese Commissie heeft zich reeds uitgelaten over de 2007-regeling in haar besluiten van 2017⁵⁰ en 2021.⁵¹ In die besluiten heeft de Commissie vastgesteld dat de 2007-regeling (en de vervolgens gewijzigde regeling) een steunmaatregel vormt.

12.2 Het staat vast dat de 2007-regeling niet is aangemeld bij de Europese Commissie.

12.3 Zoals uit het bovenstaande juridische kader blijkt staat daarmee vast dat de 2007-regeling een onrechtmatige steunmaatregel vormde.

Geen gewettigd vertrouwen

12.4 Zoals hierboven is uiteengezet kan een begunstigde van een nationale maatregel alleen een beroep doen op gewettigd vertrouwen, indien dat gewettigd vertrouwen is opgewekt door een instelling van de Europese Unie. Uit niets blijkt dat de Europese Commissie zich op enige manier aldus heeft uitgelaten dat NextEra daaraan het vertrouwen kon ontleen dat de 2007-regeling geen steunmaatregel zou vormen of als rechtmatige steun zou kunnen worden aangemerkt.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ 5 maart 2019, C-349/17, Eesti Pagar, ECLI:EU:C:2019:172, punt 101.

⁴⁸ HvJ 29 juni 2004, Commissie/Raad, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, punt 43; HvJ 18 juli 2007, Lucchini, C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, punten 59-63; HvJ 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, punten 42-44.

⁴⁹ HvJ 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, punten 42-44. Zie ook Besluit Commissie 16 april 2004, Steunmaatregel N 304/2003 – Nederland, Steun ten behoeve van Akzo Nobel ter beperking van het transport van chloor, randnummer 18 en voetnoot 10. Zie voorts Conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 28 april 2005 in Atzeni e.a., C-346/03 en C-529/03, ECLI:EU:C:2005:256, punt 198.

⁵⁰ Besluit van de Commissie van 10 november 2017, SA.40348 (2015/NN) — Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, bijgevoegd als Productie 1.

⁵¹ Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

- 12.5 Evenmin blijkt dat NextEra op enige manier het vertrouwen kon ontleen aan een uitspraak van de Europese Commissie dat een arbitraal vonnis (al dan niet van het ICSID-scheidsgerecht) als rechtmatige steun zou kunnen worden beschouwd. Integendeel blijkt zelfs expliciet uit het hiervoor reeds aangehaalde besluit van 30 maart 2015⁵² van de Europese Commissie (dat leidde tot het arrest Micula), dus ruim voor de uitspraak van het ICSID-scheidsgerecht, dat de Europese Commissie (de executie van) een uitspraak van een ICSID-scheidsgerecht als onrechtmatige steunmaatregel beschouwt.

13. **Toepassing van het staatssteunbegrip op (de executie van) het arbitrale vonnis**

- 13.1 Uit het voorgaande volgt dat de 2007-regeling een onrechtmatige steunmaatregel vormde en derhalve niet tot een verstrekking aan NextEra kon leiden. Uit het voorgaande blijkt tevens dat een schadevergoeding die in de plaats komt van anders onrechtmatig verstrekte steun, zelf eveneens onrechtmatige steun vormt. De toekenning van een schadevergoeding die in de plaats komt van de steun die NextEra meende te kunnen ontvangen op basis van de 2007-regeling, terwijl NextEra in verband daarmee geen beroep toekomt op een gewettigd vertrouwen, vormt daarmee dus eveneens een onrechtmatige steunmaatregel.
- 13.2 Het doet hierbij niet terzake of de toekenning van die schadevergoeding die dient ter vervanging van onrechtmatige staatssteun plaatsvindt door een administratief orgaan van de lidstaat of door een rechterlijke instantie. Zoals hiervoor reeds is aangegeven geldt immers ook voor de rechterlijke instanties van de lidstaten de plicht om de naleving van de staatssteunregels te waarborgen.⁵³
- 13.3 Daar waar de instanties van lidstaten verplicht zijn ervoor te zorgen dat de naleving van de staatssteunregels gewaarborgd wordt, geldt evenzeer dat zij geen verdragen kunnen sluiten waarbij zij de bevoegdheid om te oordelen over dergelijke (vervangende) schadevergoedingen onttrekken aan de nationale rechter en onderbrengen bij een arbitrale instantie. Aldus zouden zij immers de verplichtingen die uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijken kunnen omzeilen en daarmee het nuttig effect van de staatssteunregels, daaronder begrepen de aanmeldingsverplichting en de stand still bepalingen teniet kunnen doen.
- 13.4 Spanje wijst erop dat de Europese Commissie zich in haar besluit van 2017 reeds heeft uitgelaten over de staatssteunrechtelijke beoordeling van een vonnis van het ICSID-scheidsgerecht in een vergelijkbare zaak en dienaangaande als volgt oordeelde (vertaald):

“(160) Bij wijze van inleiding merkt de Commissie op dat de meeste investeerders die zaken tegen Spanje hebben aangespannen, in andere lidstaten van de Unie zijn gevestigd. De Commissie is van mening dat elke bepaling die voorziet in arbitrage tussen investeerders en staten tussen twee lidstaten in strijd is met het recht van de Unie; Dit betreft in het bijzonder artikel 19, lid 1, VEU, de beginselen van de vrijheid van vestiging, het vrij verrichten van diensten en het vrije verkeer van kapitaal, zoals neergelegd in de Verdragen (met name de artikelen 49, 52, 56 en 63 VWEU), alsmede de artikelen 64, lid 2, 65, lid 1, 66, 75, 107, 108, 65 215, 267 en artikel 344 VWEU, en de algemene beginselen van Unierecht van voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht, van wederzijds vertrouwen en van rechtszekerheid.

⁵² Besluit (EU) 2015/1470 van de Commissie van 30 maart 2015 betreffende steunmaatregel SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ten uitvoer gelegd door Roemenië – Scheidsrechterlijke uitspraak Micula/Roemenië van 11 december 2013, Pb. 2015, L 232/4.

⁵³ HvJ 5 maart 2019, Eesti Pagar, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, punt 91.

(161) Het conflict betreft zowel de inhoud als de handhaving. Wat de inhoud betreft, voorziet het Unierecht in een volledig pakket regels inzake investeringsbescherming (met name in de artikelen 49, 52, 56 en 63 VWEU, alsook in de artikelen 64, lid 2, 65, lid 1, 66, 75 en 215 VWEU). De lidstaten zijn derhalve niet bevoegd om onderling bilaterale of multilaterale overeenkomsten te sluiten, omdat zij daardoor gemeenschappelijke regels kunnen aantasten of de werkingssfeer ervan kunnen wijzigen. Aangezien de twee reeksen regels inzake investeringsbescherming die mogelijk van toepassing zijn tussen een EU-lidstaat en een investeerder van een andere staat (namelijk de Verdragen en bilaterale investeringsverdragen (BIT's) binnen de EU of het EHV in een intra-EU-situatie) inhoudelijk niet identiek zijn en door verschillende rechters worden toegepast, bestaat er ook een risico van conflicten tussen het internationale investeringsverdrag en het recht van de Unie.

(162) Wat de tenuitvoerlegging betreft, moet een op basis van het Energiehandvestverdrag opgericht scheidsgerecht in een geschil tussen een investeerder uit een lidstaat en een andere lidstaat of een intra-EU-BIT het recht van de Unie toepassen als toepasselijk recht (zowel als internationaal recht dat tussen de partijen van toepassing is als, in voorkomend geval, als nationaal recht van de gaststaat). Volgens de rechtspraak is het scheidsgerecht echter geen rechterlijke instantie van een lidstaat, en kan het dus niet naar het Hof verwijzen, omdat met name niet is voldaan aan de vereisten van permanentie, staatskarakter en dwingende bevoegdheid.

(163) Het daaruit voortvloeiende conflict tussen verdragen moet overeenkomstig de rechtspraak van het Hof worden opgelost op basis van het beginsel van voorrang ten gunste van het recht van de Unie. Om die redenen is het EHV niet van toepassing op investeerders uit andere lidstaten die een geschil tegen een andere lidstaat aanhangig maken.

(164) In ieder geval is er ook in wezen geen sprake van schending van de bepalingen inzake eerlijke en billijke behandeling. Zoals hierboven in punt 3.5.2 is uiteengezet, heeft Spanje in de specifieke situatie van het onderhavige geval de beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen naar Unierecht niet geschonden. In een situatie binnen de EU maakt het recht van de Unie deel uit van het toepasselijke recht, aangezien het het internationale recht vormt dat tussen de partijen bij het geschil van toepassing is. Bijgevolg kan het beginsel van eerlijke en billijke behandeling, op basis van het beginsel van conforme uitlegging, geen ruimere werkingssfeer hebben dan de Unierechtelijke begrippen rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen in het kader van een staatssteunregeling. In een situatie buiten de EU wordt de bepaling inzake eerlijke en billijke behandeling van het EHV geëerbiedigd, aangezien geen enkele investeerder feitelijk een gewettigd vertrouwen kan hebben dat voortvloeit uit onrechtmatige staatssteun. Dit is uitdrukkelijk erkend door arbitrale scheidsrechters. Het is hoe dan ook vaste rechtspraak dat een maatregel die de nationale bepalingen inzake gewettigd vertrouwen niet schendt, in het algemeen de bepaling inzake eerlijke en billijke behandeling niet schendt.

(165) De Commissie herinnert eraan dat elke compensatie die een scheidsgerecht aan een investeerder zou toekennen op basis van het feit dat Spanje de economische premieregeling heeft gewijzigd door de aangemelde

regeling, op zich staatssteun zou vormen. De arbitragetribunalen zijn echter niet bevoegd om de toekenning van staatssteun toe te staan. Dat is een exclusieve bevoegdheid van de Commissie. Indien zij compensatie toekennen, zoals in de zaak Eiser/Spanje, of dit in de toekomst zouden doen, zou deze compensatie moeten worden aangemeld als staatssteun in de zin van artikel 108, lid 3, VWEU en onderworpen zijn aan de standstill-verplichting.

(166) Ten slotte herinnert de Commissie eraan dat dit besluit deel uitmaakt van het recht van de Unie en als zodanig ook bindend is voor arbitragehoven wanneer zij het recht van de Unie toepassen. Het exclusieve forum om de geldigheid ervan aan te vechten zijn de Europese rechterlijke instanties.”⁵⁴

- 13.5 In haar besluit van 19 juli 2021 heeft de Commissie voorts geoordeeld dat een uitspraak van een ICSID-scheidsgerecht in een vergelijkbare zaak een steunmaatregel vormt.⁵⁵
- 13.6 Spanje heeft de uitspraak van het ICSID-scheidsgerecht ten aanzien van NextEra aangemeld bij de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft de ontvangst van de aanmelding op 11 maart 2020 bevestigd en geregistreerd onder nummer SA.56676. De Europese Commissie heeft nog geen besluit ten aanzien van de aangemelde steun genomen.
14. **Taak van de nationale rechter**
- 14.1 Uit het voorgaande volgt dat uit besluiten van de Europese Commissie – die overigens onherroepelijk zijn – blijkt dat *en* de 2007-regeling *en* de toewijzing van een schadevergoeding door het ICSID-scheidsgerecht, alsmede de executie ervan als onrechtmatige steunmaatregel moeten worden aangemerkt.
- 14.2 Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat de nationale rechter zich ervan moet onthouden beslissingen te nemen die tegen een besluit van de Commissie indruisen en zich dienen te houden aan de beoordeling van de Commissie van de vraag of er sprake is van staatssteun.⁵⁶
- 14.3 Het Unierecht verlangt dat de nationale rechter doeltreffende maatregelen neemt om de uitkering van de onrechtmatige steun aan de begunstigde ervan te beletten.⁵⁷
- 14.4 In onderhavig geval is een verbod aan Spanje om de steun in de vorm van een schadevergoeding op grond van het scheidsrechterlijk vonnis aan NextEra te betalen, geen doeltreffende maatregel, omdat Spanje, indien eenmaal onherroepelijk door een rechterlijke instantie van een derde land verlof tot executie is verleend aan NextEra, die executie als zodanig niet kan tegenhouden.

⁵⁴ Besluit van de Commissie van 10 november 2017, SA.40348 (2015/NN) — Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, bijgevoegd als Productie 1.

⁵⁵ Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 5.

⁵⁶ HvJ 1 november 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, punt 41.

⁵⁷ Zie HvJ 8 december 2011, Residex Capital IV, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, punten 44-47. Zie ook: Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, PbEU 2021, C305/1.

- 14.5 Het is daarom dat Spanje vordert dat uw Rechtbank, als doeltreffende maatregel om te verzekeren dat geen uitkering van onrechtmatige steun plaatsvindt, een verbod aan NextEra oplegt om tot executie van de scheidsrechterlijke uitspraak over te gaan.

15. **Conclusie ten aanzien van de staatssteunrechtelijke beoordeling**

- 15.1 Op grond van het voorgaande moet geconcludeerd worden dat uw Rechtbank op grond van het Unierecht als gegeven moet beschouwen dat de executie van de uitspraak van het ICSID-scheidsgerecht – al dan niet nadat een nationale rechter verlof tot executie heeft verleend – ertoe leidt dat Spanje onrechtmatige staatssteun verleent aan NextEra. Voorts blijkt uit het Unierecht dat vervolgens doeltreffende maatregelen moeten worden getroffen om de verstrekking van die onrechtmatige steun te voorkomen. Aangezien een rechterlijk verbod aan Spanje om de steun te verstrekken er niet aan in de weg staat dat NextEra door middel van de executie van het in strijd met het Unierecht door het ICSID-scheidsgerecht gewezen vonnis, deze onrechtmatige steun alsnog aan NextEra wordt verstrekt, vormt een verbod aan NextEra om deze executie te vorderen een doeltreffende maatregel om de Unierechtelijke verplichtingen na te komen.

16. **Slotopmerking ten aanzien van de staatssteunrechtelijke beoordeling**

- 16.1 Spanje wenst uw Rechtbank erop te wijzen dat uw Rechtbank op grond van de *Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties*⁵⁸ informatie kan vragen aan de Europese Commissie of advies kan vragen over de toepassing van de staatssteunregels.

17. **De artikelen 267 en 344 VWEU staan eveneens aan tenuitvoerlegging in de weg**

- 17.1 Behalve de artikelen 107 en 108 VWEU staan ook de artikelen 267 en 344 VWEU, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, in de weg aan tenuitvoerlegging van de uitspraak van het ICSID-scheidsgerecht.
- 17.2 In het Achmea-arrest heeft de Grote Kamer van het Hof van Justitie zich uitgelaten over de onverenigbaarheid van het Unierecht met investeringsarbitrages tussen lidstaten en/of ingezetenen van lidstaten. In casu ging het om een tussen Nederland en Slowakije gesloten bilateraal investeringsverdrag (hierna: “BIT”) en in het bijzonder om de vraag of het daarin opgenomen beslechtsmechanisme voor investeringsgeschillen tussen buitenlandse investeerders en de EU-lidstaten in kwestie (zogenoemde *Investor-State Dispute Settlement*) verenigbaar is met het Unierecht. Met een beroep op de artikelen 267 en 344 van het VWEU beantwoordde het Hof van Justitie deze vraag ontkennend. Het Hof van Justitie concludeerde dat beslechtsmechanismen in Intra-EU BITs afbreuk doen aan de autonomie van het Unierecht:

“De artikelen 267 en 344 VWEU dienen aldus te worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bepaling in een tussen lidstaten gesloten internationale overeenkomst, zoals artikel 8 van de Overeenkomst inzake de bevordering en wederzijdse bescherming van investeringen tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Tsjechische en Slowaakse Federatieve Republiek, op grond waarvan een investeerder uit een van deze lidstaten, in geval van een geschil over investeringen in de andere lidstaat, tegen laatstgenoemde staat

⁵⁸ PbEU 2021, C305/1.

een procedure kan inleiden voor een scheidsgerecht waarvan deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid te aanvaarden.”⁵⁹

17.3 De rechtvaardiging daarvoor was onder meer gelegen in de omstandigheid dat:

“(…) de lidstaten die partij zijn bij de BIT door de sluiting hiervan een mechanisme voor beslechting van geschillen tussen een investeerder en een lidstaat hebben ingesteld dat mogelijkerwijs belet dat deze geschillen, hoewel zij betrekking kunnen hebben op de toepassing van het Unierecht, op zodanige wijze worden beslecht dat de volle werking van dit recht is gewaarborgd.”⁶⁰

17.4 Daarbij speelt onder meer een rol dat scheidsgerechten geen onderdeel uitmaken van de nationale rechtsorde en daardoor bijvoorbeeld geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen voorleggen. Dit terwijl een overeenkomst – zoals een BIT – niet de allocatie van verantwoordelijkheden en bevoegdheden zoals neergelegd in de Unieverdragen kan aantasten, zoals de bevoegdheden van het Hof van Justitie.⁶¹ Verder doet het arbitraal beding in kwestie volgens het Hof van Justitie afbreuk aan het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten, maar ook aan de handhaving van het eigen karakter van het door de Verdragen ingestelde recht dat wordt gewaarborgd door de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, en bijgevolg is dat artikel niet verenigbaar met het tussen de lidstaten geldende beginsel van loyale samenwerking.

17.5 Met dit baanbrekende arrest werd de onverenigbaarheid met het EU-recht van arbitrageprocedures over investeringen tussen lidstaten en/of onderdanen van een andere lidstaat in de rechtsorde van de EU verankerd. Bijgevolg werd ook de instemming van de aan een arbitrageprocedure deelnemende EU-staat geacht zonder effect te zijn (geweest).

17.6 In een arrest van 2 september 2021, gewezen in een geding tussen de Republiek Moldavië en Komstroy LLC (hierna: “Komstroy”), heeft het Hof – de conclusie van A-G Szpunar volgend – voornoemde onverenigbaarheid bevestigd.⁶² Van belang daarbij is dat het in het arrest Komstroy een arbitraal vonnis betrof dat gewezen was onder het ECT, gelijk aan onderhavige zaak. Het Hof van Justitie oordeelde onder meer dat

“(…) het EHV de lidstaten weliswaar kan verplichten om in hun betrekkingen met investeerders uit derde landen die ook partij zijn bij dit verdrag, de daarin neergelegde arbitrageregeling in acht te nemen met betrekking tot investeringen die deze investeerders in die lidstaten hebben gedaan, maar dat de handhaving van de autonomie en het eigen karakter van het Unierecht eraan in de weg staan dat het EHV de lidstaten onderling dezelfde verplichtingen oplegt. (...) Gelet op het voorgaande dient te worden geconcludeerd dat artikel 26, lid 2, onder c), EHV aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op geschillen tussen een lidstaat en een investeerder uit een andere lidstaat over een investering die deze investeerder heeft gedaan in eerstgenoemde lidstaat.”⁶³

⁵⁹ HvJ 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, punt 62.

⁶⁰ HvJ 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, punt 56.

⁶¹ Zie bijv. HvJ 30 mei 2006, C-459/03, *Commissie v Ierland*, EU:C:2006:345; *Opinie 2/13*, para. 180.

⁶² HvJ 2 september 2021, Komstroy, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655.

⁶³ HvJ 2 september 2021, Komstroy, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, punt 65 en 66.

- 17.7 In het arrest PL Holdings bevestigde het Hof van Justitie wederom deze jurisprudentie.⁶⁴ Bovendien oordeelde het Hof van Justitie in deze zaak dat er geen reden is zijn uitleg van de artikelen 267 en 344 VWEU te beperken in de tijd.⁶⁵ De uitleg die het Hof van Justitie aan de artikelen 267 en 344 VWEU heeft gegeven ten aanzien van de mogelijkheid voor de lidstaten om arbitrale bedingen overeen te komen in verdragen gold derhalve reeds ten tijde van het aangaan van het ECT en daarmee tevens ten tijde van de investeringen die door NextEra in Spanje zijn verricht.
- 17.8 De Achmea-lijn is bovendien recent bevestigd in het hiervoor reeds aangehaalde Micula-arrest waarin – wederom gelijk aan onderhavige zaak – sprake was van een uitspraak van een ICSID-scheidsgerecht.⁶⁶ Zoals hiervoor al toegelicht, werd in dat arrest tevens bevestigd dat een intra-EU arbitraal vonnis waarbij financiële compensatie wordt toegekend aan een Europese investeerder, staatssteun vormt, hetgeen eveneens een schending van het EU-recht is.
- 17.9 Volgend op Achmea (en latere rechtspraak) is ook in de diverse lidstaten rechtspraak ontwikkeld waarin toepassing is gegeven aan voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie. Spanje wijst in dit verband op bijvoorbeeld de uitspraken van het Zweedse Hof van beroep waarin een intra-EU arbitraal vonnis werd vernietigd op grond van arbitraliteit vertaling (een Engelse vertaling is bijgevoegd als **Productie 11**) en van de Zweedse Hoge Raad, waarmee het PL Holdings v. Polen intra-EU arbitraal vonnis is vernietigd, waarbij werd aangesloten bij het oordeel van het Hof van Justitie over schending van de openbare orde (een Engelse vertaling is bijgevoegd als **Productie 12**).
- 17.10 Bovendien heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie ook geleid tot ingrijpende gevolgen in het Europese verdragskader. Het startschot daartoe vormde onder meer een oproep van de Europese Commissie aan de lidstaten van 19 juli 2018 om intra-EU BIT's te beëindigen gelet op hun "*incontestable incompatibility*" met EU-recht.⁶⁷ Tevens nam de Europese Commissie daarbij het standpunt in dat op de nationale rechter de verplichting rust om arbitrale vonnissen gewezen onder Intra-EU BITs te vernietigen en de tenuitvoerlegging daarvan te weigeren.⁶⁸
- 17.11 Hierop hebben op 29 mei 2020 de meeste lidstaten, waaronder Spanje en het Koninkrijk der Nederlanden, een internationale overeenkomst gesloten om bilaterale investeringsverdragen tussen EU-lidstaten te beëindigen.⁶⁹ Deze overeenkomst bevestigde in artikel 4 de bereidheid van de partijen om gebonden te zijn door de uitlegging van het arrest Achmea en de nietigheid van de arbitrageclausules vanaf het moment dat de laatste partij bij de BIT in kwestie lidstaat van de EU werd. Voor Nederland is deze overeenkomst op 31 maart 2021 in werking getreden.
- 17.12 In de aanloop naar voornoemde overeenkomst heeft het Nederlands kabinet ook in de context van het ECT uitdrukkelijk bevestigd dat deze overeenkomst verenigbaar moet zijn

⁶⁴ HvJ 26 oktober 2021, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, met name punten 44-47.

⁶⁵ HvJ 26 oktober 2021, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, punten 64, 66 en 69.

⁶⁶ HvJ 25 januari 2022, C-638/19 P, Commissie/European Food e.a., ECLI:EU:C:2022:50.

⁶⁷ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Bescherming van investeringen binnen de EU, COM (2018) 547 final, 19 juli 2018, p. 2.

⁶⁸ Ibid. p. 3.

⁶⁹ Te raadplegen in het Official Journal of the European Union, L 169/1.

met de EU-verdragen, nu de EU partij is bij het ECT.⁷⁰ Ook arbitrages gevoerd onder het ECT zijn aldus onverenigbaar met het EU-recht.

- 17.13 Intussen is het ECT door veel lidstaten opgezegd. Spanje (op 12 oktober 2022) en Nederland (op 19 oktober 2022) hebben eveneens hun terugtrekking uit de overeenkomst aangekondigd.
- 17.14 Gelet op al het voorgaande zou de tenuitvoerlegging – naast dat zij een schending van de staatssteunregels oplevert – ook overigens in strijd komen met het Unierecht. Immers, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie kan het tussen partijen op grond van art. 10, 26 lid 2, 4 lit. a) (i) ECT gewezen arbitraal vonnis geen stand houden. Met het oog op de doeltreffende handhaving van het recht van de Unie kan het vonnis niet worden erkend en ten uitvoer gelegd wegens schending van het recht van de Unie.
- 17.15 Meer specifiek geldt dat moet worden aangenomen dat met de onverenigbaarheid tussen het ECT en het Unierecht van meet af aan een overeenkomst tot arbitrage heeft ontbroken. Naast het ontbreken van een overeenkomst tot arbitrage, is het arbitraal vonnis (en de eventuele tenuitvoerlegging daarvan) ook in strijd met de openbare orde en heeft het ICSID-scheidsgerecht een uitspraak gedaan in strijd met het beginsel van arbitrabiliteit.⁷¹ In dat verband zij nog gewezen op de waarde van het Unierecht in de Nederlandse rechtsorde, zoals ook bevestigd in de arresten Van Gend en Loos⁷² en Costa/Enel.⁷³ Het EU-recht vormt een autonome rechtsorde en het EU-recht heeft voorrang op de nationale rechtsorde.⁷⁴
- 17.16 Recent nog heeft een scheidsgerecht in een ICSID-arbitrage tegen Spanje onder het ECT zich onbevoegd verklaard, in het licht van de arresten Achmea en Komstroy. De plaats van arbitrage was Stockholm. Voor zover voor deze procedure relevant, overwoog het scheidsgerecht onder meer als volgt:

“475. The Tribunal further observes that Swedish law, which is applicable through the operation of Section 48 SAA, recognises the primacy of EU law. Although the Tribunal is not aware of a decision from the competent Swedish courts specifically addressing the relations between the ECT and EU law, it is conscious that the Svea Court of Appeal withdrew its petition for a preliminary ruling on these relations on the basis of the Komstroy Judgment of the Court of Justice, indicating in this way that its questions were addressed by the Komstroy Judgment. The Tribunal moreover finds guidance in the decision of a court from another EU Member State, the German Bundesgerichtshof which set aside the Achmea award, expressly referring to the primacy of EU law.

476. The primacy of EU law has been clearly recognised in all the foregoing cases and, very specifically, precluded the unilateral offer to arbitrate in Article 26 ECT because inconsistent with the autonomy and primacy of EU law.

477. It is therefore the unanimous view of the Tribunal that the same considerations apply to the offer to arbitrate by Spain under Article 26 ECT.

⁷⁰ Zie Verslag van een schriftelijk overleg, 1 februari 2021, Kamerstukken II 2020/21, 35 649 (R2150), nr. 3, p. 15.

⁷¹ Ook in het bijzonder in verband met de regels van staatssteun, die niet ter vrije dispositie van partijen staan.

⁷² HvJ 5 februari 1963, 26-62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*), p. 23.

⁷³ HvJ 15 juli 1964, 6-64, ECLI: EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*), p. 1219.

⁷⁴ Zie over die beginselen recent Y.L. Bouzora en J. Lindeboom, ‘De autonomie van de Europese rechtsorde en de voorrang van EU-recht: materiële en institutionele aspecten’, AA 2021-258.

*Seated in an EU Member State, it likewise cannot apply the consent to arbitrate by the Respondent and affirm its jurisdiction. Following the reasoning of the CJEU Grand Chamber in the Achmea Judgment and subsequently confirmed in the Komstroy Judgment, this Tribunal considers that the offer of the Respondent, as an EU Member State, to arbitrate under Article 26 ECT a dispute with investors of another EU Member State which would, of necessity, require this Tribunal to interpret and apply the EU Treaties, is precluded. Therefore, there is no unilateral offer by the Respondent which the Claimants could accept.*⁷⁵

17.17 Aldus is duidelijk dat de veroordelingen van Spanje jegens NextEra onder het arbitraal vonnis in ieder geval in de Europese Unie nooit ten uitvoer zullen kunnen worden gelegd. Ook als partijen dezelfde arbitrage thans weer zouden voeren met als plaats van arbitrage een EU-staat, zou het scheidsrecht zich onbevoegd verklaren.

17.18 NextEra is een EU-onderdaan. Als zodanig is zij ook onderworpen aan het Unierecht en kan voorgaande haar worden tegengeworpen. Vast staat immers – en daarop richten ook Spanjes verklaringen van recht zich – dat er nooit een geldig aanbod tot arbitrage door Spanje is gedaan en dus ook nooit een geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen. NextEra moet zich daar ook van bewust zijn. Of een derdeland-rechter zich daaraan gebonden acht staat daar dan verder los van. Waar het om gaat is dat NextEra die omstandigheid niet kan negeren c.q. omzeilen door tenuitvoerlegging te vorderen van een ongeldig arbitraal vonnis in een andere jurisdictie. Doet zij dat wel dan maakt zij daarmee misbruik van recht althans handelt zij onzorgvuldig jegens Spanje.

17.19 Daarmee heeft Spanje recht op en belang bij het gevorderde verbod.

18. **Het voortzetten van de executie levert misbruik van executiebevoegdheid op**

18.1 Hiervoor is genoegzaam uiteengezet dat tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis in strijd is met EU-recht. Dat maakt ook dat het in weerwil daarvan voortzetten van de executie misbruik van recht oplevert, en in het bijzonder misbruik van (executie)bevoegdheid, en in ieder geval in strijd is met de zorgvuldigheid die het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat is onrechtmatig jegens Spanje en grond voor de gevraagde verbodsvorderingen en daaraan gekoppelde dwangsomveroordelingen.

18.2 In dat verband zij gewezen op art. 3:13 lid 1 en 2 BW:

“1. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt.

2. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.”

18.3 In onderhavige zaak speelt onder meer het laatstgenoemde geval. Dit laatste geval voorziet in de situatie waarin degene die de bevoegdheid uitoefent, de bedoelde onevenredigheid

⁷⁵ Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS/Kingdom of Spain, SCC Case No. V2016/135. Voetnoten zijn weggelaten uit de aangehaalde overwegingen.

kent of behoort te kennen.⁷⁶ Van misbruik van bevoegdheid is sprake indien na de afweging van beide belangen, met inachtneming van de redelijkheid, blijkt dat sprake is van een ontoelaatbare onevenredigheid.⁷⁷

- 18.4 In dit geval weet NextEra dat het arbitraal vonnis ongeldig is nu het is gewezen zonder het bestaan van een onderliggende overeenkomst tot arbitrage. Zij weet ook althans behoort te weten dat de (al dan niet gedwongen) tenuitvoerlegging kan leiden tot onrechtmatig staatssteun, met alle mogelijke gevolgen voor Spanje van dien. NextEra is zich er aldus van bewust dat er een ontoelaatbare onevenredigheid bestaat tussen haar belang om een ongeldig arbitraal vonnis in een buitenlandse jurisdictie ten uitvoer te leggen en Spanjes belang om dat te voorkomen en zodoende het Unierecht te respecteren.
- 18.5 Verder is in dit geval evident sprake van een kennelijke juridische misslag door het ICSID-scheidsgerecht. Het ICSID-scheidsgerecht heeft namelijk een arbitraal vonnis gewezen dat qua inhoud dan wel wat rechtsgevolg betreft in strijd is met de regels van staatssteun. In dat verband zij ook opgemerkt dat de staatssteunregels naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie het gezag van gewijsde van tussen partijen gewezen vonnissen kunnen doorbreken. Logischerwijs heeft dat dan ook te gelden voor het in strijd met de staatssteunregels gewezen arbitrale vonnissen alsmede voor arbitrale vonnissen gewezen in strijd met voornoemde Achmea- en Komstroyrechtspraak.
- 18.6 De opsomming uit lid 2 is overigens niet limitatief. Ook andere maatstaven kunnen worden aangelegd om tot misbruik van bevoegdheid te komen. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest van 31 december 2019 over de tenuitvoerlegging en schorsing van vonnissen:

“In dit verband verdient nog opmerking dat de in de hiervoor in 5.3.3 aangehaalde uitspraak van 22 april 1983 genoemde gevallen – de ten uitvoer te leggen uitspraak berust klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag, respectievelijk de tenuitvoerlegging zal door na deze uitspraak voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand doen ontstaan – slechts voorbeelden zijn van een situatie waarin de partij die bevoegd is een uitspraak ten uitvoer te leggen, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening kan komen en dan dus haar bevoegdheid misbruikt. Er bestaat geen aanleiding de bedoelde schorsingsgrond tot deze gevallen te beperken. Er kunnen zich immers ook andere situaties voordoen waarin in verband met na de uitspraak voorgevallen of aan het licht gekomen feiten sprake is van misbruik van bevoegdheid overeenkomstig de in art. 3:13 BW genoemde maatstaf.”⁷⁸

In onderhavige zaak kan die misbruik van bevoegdheid verder gevonden worden in de omstandigheid dat NextEra weet althans behoorde te weten dat de arbitrale vonnissen, en de tenuitvoerlegging daarvan in strijd zijn met het EU-recht, en zij welbewust de executie daarvan zoekt in een niet-EU land. Dit terwijl NextEra zelf EU-ingezetene is en deze hele kwestie nota bene is begonnen doordat NextEra gebruik wenste te maken van subsidieregelingen die voortvloeiden uit EU-recht. Ook de omstandigheid dat zij weet,

⁷⁶ HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2905 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*).

⁷⁷ GS Vermogensrecht, art. 3:13 BW, aant. 47.

⁷⁸ Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, r.o. 5.7.2.

althans behoort te weten, dat zij Spanje mogelijk blootstelt aan sancties, speelt daarbij een rol.

19. **De misbruik van bevoegdheid rechtvaardigt de verzochte onmiddellijke voorzieningen**

- 19.1 Spanje heeft gelet op het voorgaande ook recht op en belang bij de gevraagde voorzieningen ex art. 223 Rv (welke samenhangen met de vorderingen ten gronde). Het is van groot (spoedeisend) belang dat NextEra een verbod krijgt om hangende deze procedure alsnog doorgaan met de reeds aangevangen tenuitvoerlegging.
- 19.2 Van Spanje kan ook niet worden geveerd dat zij de uitkomst van deze (mogelijk langdurende) bodemprocedure afwacht. Daarvoor zijn de belangen die op het spel staan simpelweg te groot. Als NextEra nu doorzet met de executie dan ziet Spanje haar geld mogelijk nooit meer terug, als zij aan het einde van deze procedure in het gelijk wordt gesteld. Bovendien geeft NextEra er blijk van niet te willen wachten met de tenuitvoerlegging, maar probeert zij juist zo snel mogelijk te executeren, en wel via een niet-EU land.
- 19.3 Een en ander klemmt temeer nu aan de zijde van NextEra een reëel restituerisico bestaat. Weliswaar maakt NextEra onderdeel uit van een beursgenoteerd concern, maar de twee entiteiten in kwestie hebben blijkens hun laatst gepubliceerde jaarrekeningen slechts een eigen vermogen van USD 167.857 (NextEra Spain⁷⁹) respectievelijk USD 8.176.668 (NextEra Global⁸⁰). De kans is groot dat indien NextEra zich op korte termijn verhaalt op Spanje, en Spanje uiteindelijk in het gelijk zou worden gesteld in deze procedure, de gevolgen van de tenuitvoerlegging onomkeerbaar zijn en NextEra geen verhaal bieden.

DEEL III: PROCEDURELE ASPECTEN EN PETITUM

20. **De vorderingen van Spanje en de noodzaak van dwangsommen**

- 20.1 In het voorgaande is onderbouwd waarom de besproken vonnissen van het ICSID-scheidsgerecht een onrechtmatige steunmaatregel vormen en ook overigens in strijd zijn met het Unierecht in verband met het bepaalde in de Achmea-uitspraak, en dat tenuitvoerlegging van die vonnissen derhalve in strijd komt met het Unierecht.
- 20.2 Spanje heeft aldus het recht en het belang te vorderen dat de onrechtmatigheid van die tenuitvoerlegging wordt vastgesteld en dat als doeltreffende maatregel om met het VWEU strijdige handelingen te voorkomen NextEra wordt geboden de bij het District Court van het District of Columbia lopende procedures onder nummer 1:19-cv-01618 in te trekken, althans op te schorten, alsmede aan NextEra een verbod wordt opgelegd om de bedoelde arbitrale vonnissen te executeren, zolang de Europese Commissie de in die arbitrale vonnissen vervatte steunmaatregel niet verenigbaar met de interne markt heeft verklaard op grond van artikel 107, lid 3, VWEU.
- 20.3 Om de maatregel daadwerkelijk doeltreffend te maken dient ervoor gezorgd te worden dat wanneer NextEra de procedure bij de District Court van de District of Columbia niet intrekt althans opschort, NextEra een dwangsom verbeurt die afdoende is om NextEra voldoende prikkel te geven om tot intrekking althans schorsing over te gaan.

⁷⁹ **Productie 13**, uittreksel uit het handelsregister van het KvK van NextEra Spain.

⁸⁰ **Productie 14**, uittreksel uit het handelsregister van het KvK van NextEra Global.

- 20.4 Om de maatregel daadwerkelijk doeltreffend te maken dient er voorts voor gezorgd te worden dat wanneer NextEra toch tot executie zou overgaan, NextEra niet in een betere positie komt te verkeren dan wanneer zij conform het Unierecht afziet van executie. Het is om die reden dat Spanje vordert dat NextEra een dwangsom wordt opgelegd van (maximaal) EUR 300 miljoen, zijnde het bedrag dat Spanje op grond van het scheidsrechterlijk vonnis aan NextEra zou moeten betalen (EUR 290,6 miljoen), vermeerderd met kosten. De dwangsom kan lager uitvallen indien NextEra een lager bedrag executeert. Daarmee wordt verzekerd dat NextEra een zodanig dwangsom dient te betalen dat zij niet in een voordeliger positie komt te verkeren wanneer zij ondanks de uitspraak van Uw Rechtbank toch tot executie overgaat.
- 20.5 Aangezien in de Unierechtelijke staatssteunregels het begrip 'onderneming' niet is gerelateerd aan een juridische entiteit, maar uitgaat van een economisch begrip onderneming, waarin beoordeeld moet worden aan welke economisch eenheid een voordeel (in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU) ten goede komt, kan een doeltreffende maatregel die dient te voorkomen dat onrechtmatige steun aan NextEra wordt verstrekt, niet beperkt zijn tot de gedaagden sub 1 en sub 2. Onder die omstandigheden zou immers niet uit te sluiten zijn dat een andere juridische entiteit uit het economisch verband waartoe gedaagden behoren, de onrechtmatige steun ontvangt door de vonnissen te executeren. Om dat te voorkomen, wordt een verbod jegens elke met gedaagden sub 1 en 2 (economisch) verbonden onderneming gevraagd. Daarmee is aansluiting gezocht bij het begrip 'onderneming', zoals dat in het staatssteunrecht wordt gehanteerd.
- 20.6 Aangezien gedaagden of met hen verbonden ondernemingen hangende deze procedure reeds tot executie zouden kunnen overgaan, heeft Spanje het recht en het belang te vorderen dat voor de duur van de procedure voorlopige voorzieningen worden getroffen als bedoeld in artikel 223 Rv. Wanneer NextEra tot executie overgaat hangende deze procedure bestaat immers het risico dat onomkeerbare gevolgen ontstaan aangezien daar waar NextEra de door executie verkregen activa kan vervreemden of anderszins ervoor kan zorgen dat Spanje de door executie verkregen activa niet meer zal kunnen terugkrijgen, terwijl het bovendien niet kan worden uitgesloten dat NextEra geen alternatief verhaal zal bieden. De verzochte voorlopige voorzieningen dienen er in eerste instantie toe dat NextEra de procedure bij het District Court van het District of Columbia niet zal voortzetten en alles in het werk zal stellen om deze procedure te schorsen. Voor zover NextEra die procedure toch zou voortzetten en na verlof toch tot executie zou overgaan, is het van belang aan de voorlopige voorzieningen een dwangsom te verbinden die NextEra ervan weerhoudt in strijd met de voorlopige voorzieningen te handelen.
21. **Een grensoverschrijdend verbod bij wege van voorlopige voorziening is geïndiceerd**
- 21.1 Gelet op al het voorgaande heeft Spanje bij wege van voorlopige voorziening recht op en belang bij een wereldwijd verbod voor NextEra om uitvoeringsmaatregelen te treffen gericht op de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis. Het is vaste rechtspraak dat de Nederlandse rechter een verbod kan uitspreken gericht op handelingen in het buitenland, aangenomen dat deze op grond van enige regel van (commuun) internationaal bevoegdheidsrecht bevoegd is kennis te nemen van een vordering betreffende een inbreuk (hier een onrechtmatigedaadsvordering).⁸¹
22. **Het verweer en de weerlegging daarvan**
- 22.1 Enige bij Spanje bekende verweren zijn hiervoor reeds weerlegd.

⁸¹ Zie bijv. HR 19 maart 2004, NJ 2007, 585 (*Philips/Postech*), m.nt. P. Vlas.

23. **Een veroordelend vonnis moet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard**

- 23.1 Een belangenafweging brengt met zich dat een veroordelend vonnis uitvoerbaar bij voorraad moet worden verklaard. Anders zouden die veroordelingen immers zinledig kunnen blijken indien NextEra in hoger beroep zou kunnen gaan om vervolgens alsnog ten uitvoer te leggen hangende dat hoger beroep.
- 23.2 Hiervoor heeft Spanje al toegelicht dat een reëel restitutierisico bestaat aan de zijde van NextEra. Omgekeerd bestaat er geen risico dat Spanje – mocht NextEra uiteindelijk onverhoopt aan het langste eind trekken – geen verhaal zal bieden. In dat licht weegt het belang van Spanje op veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad zwaarder dan het vooralsnog onbekende belang bij NextEra om de uitvoerbaar bij voorraadverklaring achterwege te laten.

24. **Bevoegdheid**

- 24.1 Aangezien beide gedaagden gevestigd zijn in Amsterdam is uw rechtbank bevoegd kennis te nemen van deze zaak.

25. **Bewijs**

- 25.1 Spanje meent met de door haar in het geding te brengen producties haar stellingen afdoende te bewijzen. Niettemin biedt zij aan, voor zover op haar enige bewijslast rust, aanvullend bewijs van haar stellingen te leveren door alle middelen rechtens, ook door het horen van getuigen of deskundigen.
- 25.2 Spanje overlegt de producties bij deze dagvaarding uiterlijk op de eerste roldatum.

MITSDIEN

In het incident

Het Uw Rechtbank moge behagen bij incidenteel vonnis op vorenstaande gronden en voor zover mogelijk ten aanzien van alle hieronder vermelde vorderingen uitvoerbaar bij voorraad:

- (A) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 te gebieden om alle handelingen te verrichten die nodig zijn om de thans bij het United States District Court for the District of Columbia onder zaaknummer 1:19-cv-01618 lopende procedure op te schorten totdat onherroepelijk vonnis is gewezen in het onderhavige geding, binnen 10 dagen na betekening van het vonnis in het incident, op straffe van een dwangsom van EUR 30.000 per dag voor elke dag of dagdeel dat gedaagden die opschorting niet bewerkstelligen.
- (B) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 voor de duur van het geding te verbieden om waar dan ook ter wereld uitvoering te geven, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot executie(maatregelen), daaronder begrepen het treffen van conservatoire maatregelen, van de door het ICSID-scheidsgerecht gewezen arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019;
- (C) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 voor de duur van het geding

te verbieden om waar dan ook ter wereld te trachten Spanje veroordeeld te krijgen tot het betalen, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot het opeisen, van de door het ICSID-scheidsgerecht bij arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019 toegekende schadevergoeding, daaronder begrepen het treffen van conservatoire maatregelen;

- (D) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 voor de duur van het geding te verbieden om waar dan ook ter wereld te trachten Spanje veroordeeld te krijgen tot het betalen, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot het opeisen, van de schade die NextEra ten gevolge van de wijzigingen in de 2007-regeling, heeft geleden daaronder begrepen het treffen van conservatoire maatregelen;
- (E) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 een eenmalige dwangsom op te leggen ter hoogte van EUR 300 miljoen of een bedrag dat overeenkomt met het bedrag dat NextEra (al dan niet in gedeelten) door executie verkrijgt, indien dit lager is, indien NextEra zich niet houdt aan de hiervoor onder B, C en D gevorderde voorlopige voorzieningen.

In de hoofdzaak

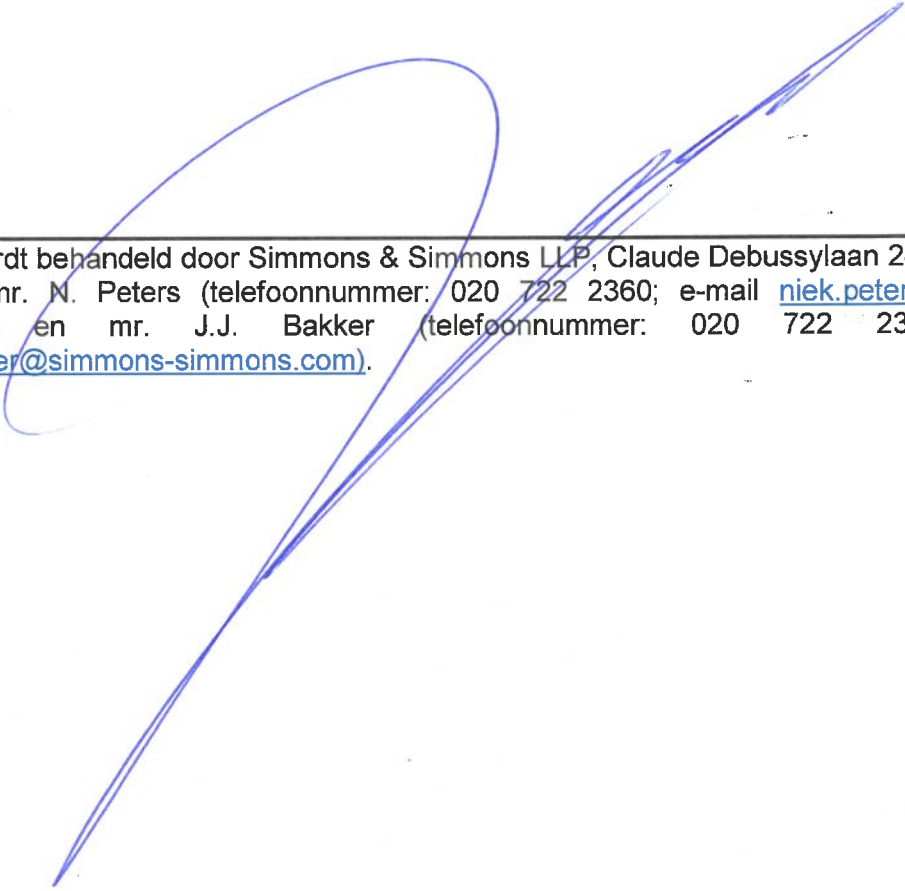
Het Uw Rechtbank moge behagen bij vonnis op vorenstaande gronden en voor zover mogelijk ten aanzien van alle hieronder vermelde vorderingen uitvoerbaar bij voorraad:

- (F) Voor recht te verklaren dat de 2007-regeling een steunmaatregel vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU;
- (G) Voor recht te verklaren dat de 2007-regeling niet conform artikel 108, lid 3, VWEU bij de Commissie is aangemeld en onrechtmatige staatssteun vormt;
- (H) Voor recht te verklaren dat de door het ICSID-scheidsgerecht bij arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019 toegekende schadevergoeding een steunmaatregel vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU;
- (I) Voor recht te verklaren dat er nooit een geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen tussen Spanje en NextEra;
- (J) Voor recht te verklaren dat de invordering van de door het ICSID-scheidsgerecht bij arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019 toegekende schadevergoeding in strijd met het Unierecht is, zolang de Europese Commissie die arbitrale vonnissen niet verenigbaar met de interne markt verklaard heeft;
- (K) Voor recht te verklaren dat geen sprake is van een gewettigd vertrouwen bij gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 dat zij op grond van de 2007-regeling aanspraak kon maken op die in die 2007-regeling vervatte steunmaatregel;
- (L) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 te gebieden om alle handelingen te verrichten die nodig zijn om de thans bij het United States District Court for the District of Columbia onder zaaknummer 1:19-cv-01618 lopende procedure op te schorten en opgeschort te houden, totdat de Europese Commissie de door het ICSID-scheidsgerecht gewezen arbitrale vonnissen van 12 maart 2019

en 31 mei 2019 met de interne markt verklaard heeft, binnen 10 dagen na betekening van het vonnis, op straffe van een dwangsom van EUR 30.000 per dag voor elke dag of dagdeel dat gedaagden die opschorting niet bewerkstelligen.

- (M) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 te gebieden de thans bij het United States District Court for the District of Columbia onder zaaknummer 1:19-cv-01618 lopende procedure in te trekken, binnen 10 dagen nadat de Europese Commissie de door het ICSID-scheidsgerecht gewezen arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019 onverenigbaar met de interne markt verklaard heeft, op straffe van een dwangsom van EUR 30.000 per dag voor elke dag of dagdeel dat gedaagden die opschorting niet bewerkstelligen.
- (N) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 te verbieden om waar dan ook ter wereld te trachten het Koninkrijk Spanje te veroordelen tot het betalen, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot het opeisen, van de schade die NextEra ten gevolge van de wijzigingen in de 2007-regeling, heeft geleden;
- (O) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 te verbieden om waar dan ook ter wereld uitvoering te geven, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot executie, van de door het ICSID-scheidsgerecht gewezen arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019, althans NextEra te verbieden om waar dan ook ter wereld uitvoering te geven, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot executie, van de door het ICSID-scheidsgerecht bij arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019 toegekende schadevergoeding totdat de Europese Commissie die arbitrale vonnissen verenigbaar met de interne markt verklaard heeft;
- (P) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 te verbieden om waar dan ook ter wereld te trachten Spanje te veroordelen tot het betalen, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot het opeisen, van de door het ICSID-scheidsgerecht bij arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019 toegekende schadevergoeding, althans NextEra te verbieden om waar dan ook ter wereld te trachten Spanje te veroordelen tot het betalen, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot het opeisen, van de door het ICSID-scheidsgerecht bij arbitrale vonnissen van 12 maart 2019 en 31 mei 2019 toegekende schadevergoeding totdat de Europese Commissie die arbitrale vonnissen verenigbaar met de interne markt verklaard heeft;
- (Q) Gedaagden of enige andere met hen verbonden onderneming in de zin van Artikel 3, lid 3, van Bijlage I bij Verordening (EU) Nr. 651/2014 een eenmalige dwangsom op te leggen ter hoogte van EUR 300 miljoen of een bedrag dat overeenkomt met het bedrag dat NextEra (al dan niet in gedeelten) door executie verkrijgt, indien dit lager is;
- (R) Gedaagden te veroordelen tot het betalen van de door Spanje gemaakte proceskosten, waaronder begrepen de nakosten, het verschuldigde griffierecht en het tot aan deze uitspraak begrote bedrag aan salaris van de advocaat.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder, EUR 103,33



Deze zaak wordt behandeld door Simmons & Simmons LLP, Claude Debussylaan 247, 1082 MC, Amsterdam, mr. N. Peters (telefoonnummer: 020 722 2360; e-mail niek.peters@simmons-simmons.com) en mr. J.J. Bakker (telefoonnummer: 020 722 2353; e-mail: jonathan.bakker@simmons-simmons.com).

PRODUCTIEOVERZICHT

1. Besluit van de Europese Commissie van 10 november 2017, SA.40348 (2015/NN) – Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste
2. Award van het ICSID van 31 mei 2019, zaaknr. ARB/14/11
3. Decision on Annulment van de ICSID ad hoc Committee van 18 maart 2022, zaaknr. ARB/14/11
4. Vordering van Nextera bij het District Court for the District of Columbia van 3 juni 2022, zaaknr. 1:19-cv-01618
5. Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155 (2021/NN) – Arbitration award to Antin – Spain
6. Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum van het ICSID van 12 maart 2019, zaaknr. ARB/14/11
7. Beschikking van het District Court for the District of Columbia van 30 september 2020, zaaknr. 1:19-cv-01618-TSC
8a. Motie van Spanje bij het District Court for the District of Columbia van 2 mei 2022, zaaknr. 1:19-cv-01618-TSC
8b. Memorandum van Wet ter ondersteuning van de Motie van Spanje bij het District Court for the District of Columbia van 2 mei 2022, zaaknr 1:19-cv-01618-TSC
9. Memorie van antwoord Spanje bij het District Court for the District of Columbia van 29 juni 2022, zaaknr. 1:19-cv-01618-TSC
10a. Beschikking van het HvJ van 21 september 2022 in zaak C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749 (Romatsa)
10b. Niet-officiële Nederlandse vertaling, gemaakt met Deepl en voor het gemak van de lezer, van beschikking van het HvJ van 21 september 2022 in zaak C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749 (Romatsa)
11. Uitspraak van het Zweedse Hof van beroep van 13 december 2022, zaaknr. T 4658-18
12. Uitspraak van de Zweedse Hoge Raad van 14 december 2022, zaaknr. T 1569-19
13. KvK uittreksel NextEra Energy Spain Holdings B.V.
14. KvK uittreksel NextEra Energy Global Holdings B.V.