

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT  
FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA

AES Solar Energy Coöperatief U.A. and  
Ampere Equity Fund B.V.,

*Petitioners,*

v.

The Kingdom of Spain,

*Respondent.*

**Civil Action No. 1:21-cv-03249-RJL**

**Motion for Substitution**

**EXHIBIT 1**

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT  
FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA

AES Solar Energy Coöperatief U.A. and  
Ampere Equity Fund B.V.,

*Petitioners,*

v.

The Kingdom of Spain,

*Respondent.*

**Civil Action No. 1:21-cv-03249-RJL**

**Declaration of Matthew S. Rozen in Support of Motion for Substitution**

Pursuant to 28 U.S.C. § 1746, I, Matthew S. Rozen, declare as follows:

1. I am an attorney and am admitted to practice law in the District of Columbia and Virginia. I represent Petitioners AES Solar Energy Coöperatief U.A. (“AES”) and Ampere Equity Fund B.V. (“Ampere”) in this matter. I also represent Assignee Basket Renewable Investments LLC (“Basket”) in this matter.

2. I am over the age of eighteen and make this declaration from personal knowledge based on information reviewed and/or referenced herein.

3. This declaration is submitted in support of the Motion for Substitution.

4. Attached hereto as Exhibit A is a true and correct copy of the executed Deed of Assignment dated January 17, 2023, between AES and Basket.


5. Attached hereto as Exhibit B is a true and correct copy of the executed Deed of Assignment dated January 13, 2023, between Ampere and Basket.

6. On January 18, 2023, Petitioners and Basket sent notice of the assignments to Respondent the Kingdom of Spain.

7. Attached hereto as Exhibit C is a true and correct copy of the Writ of Summons Including Incidental Motion Under Section 223 of the Dutch Code of Civil Procedure, received by Petitioners on December 22, 2022, accompanied by a certified translation of that document into English.

I declare under penalty of perjury that the foregoing is true and correct.

Executed on March 2, 2023  
Washington, D.C.

  
Matthew S. Rozen

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT  
FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA

AES Solar Energy Coöperatief U.A. and  
Ampere Equity Fund B.V.,

*Petitioners,*

v.

The Kingdom of Spain,

*Respondent.*

**Civil Action No. 1:21-cv-03249-RJL**

**Declaration of Matthew S. Rozen in Support of Motion for Substitution**

**Exhibit A**

**DEED OF ASSIGNMENT**

**dated**

**17 January 2023**

**BETWEEN**

**AES Solar Energy Coöperatief U.A.**

**as the Assignor**

**AND**

**Blasket Renewable Investments LLC**

**as the Assignee**

**RELATING TO**

**THE FUNDED PARTICIPATION AGREEMENT**

**dated**

**3 August 2020**

**CONTENTS**

<b>clause</b>	<b>Page</b>
1. Interpretation.....	1
2. Assignment .....	3
3. Covenants.....	4
4. Warranties .....	4
5. Notice of Assignment .....	4
6. Responsibility of Assignor.....	5
7. Further Assurance .....	5
8. Changes to the Parties.....	6
9. Confidentiality .....	6
10. Notices .....	7
11. Amendments .....	8
12. Severability .....	8
13. Counterparts.....	9
14. Third Party Rights.....	9
15. Applicable Law .....	9
16. Jurisdiction.....	9

**THIS DEED OF ASSIGNMENT** (the "**Assignment Agreement**") is made on the date first above written

**BETWEEN:**

- (1) **AES SOLAR ENERGY COÖPERATIEF U.A.**, a cooperative with excluded liability incorporated under Dutch law, having its seat in Amsterdam and its registered office at Prins Bernhard Plein 200, 1097 JB, Amsterdam, the Netherlands and registered with the Dutch Commercial Register under number 24472549 (the "**Assignor**");
- (2) **BLASKET RENEWABLE INVESTMENTS LLC**, a limited liability company incorporated under the Delaware Limited Liability Company Act with the SR number 20222988098 and file number 6912986 whose registered office is at c/o Corporation Service Company, 251 Little Falls Drive, New Castle County, Wilmington, DE 19808, USA (the "**Assignee**").

**WHEREAS:**

- (A) In the arbitration proceedings brought under the Energy Charter Treaty of 1994 pursuant to the UNCITRAL arbitration rules and administered by the Permanent Court of Arbitration (PCA) between Mercurio Solar S.à r.l, Tyche Solar S.à r.l, AES Solar Energy Coöperatief U.A. et al. vs. the Kingdom of Spain (PCA Case No. 2012-14) (the "**Arbitration Proceedings**"), the arbitral tribunal, having its seat in Geneva (Switzerland), rendered a preliminary award on jurisdiction on 13 October 2014 (the "**Award on Jurisdiction**") and the final award on 28 February 2020 (the "**Award**").
- (B) According to the Award, inter alia, the Kingdom of Spain shall pay the Assignor EUR 15.4 million together with interest at the Spanish 10-year bond rate, compounded semi-annually, from 30 June 2014 until payment in full (cf. Award, p. 282 et seq., X.b.iii. and X.c.).
- (C) On 27 April 2020, the Kingdom of Spain filed an application for annulment of the Award before the Swiss Federal Supreme Court, which application was dismissed in its entirety by the Swiss Federal Supreme Court by its decision of 28 February 2021.
- (D) The Assignor wishes to assign to the Assignee and the Assignee wishes to be assigned from the Assignor the Assigned Rights (as defined herein).

**1. INTERPRETATION**

1.1 In this Assignment Agreement and in addition to terms elsewhere defined herein:

"**Affiliate**" of a specified person means any other person that directly, or indirectly through one or more intermediaries, controls, is controlled by or is under common control with, the person specified. For purposes of the immediately preceding sentence, each of the terms "control", "controlled by" and "under common control with" shall mean the ability, directly or indirectly, to control or direct the management and policies

of the person specified, whether through ownership of voting equity rights (e.g. shares, securities), by contract or otherwise.

**"Assigned Rights"** mean all of the rights, interests and benefits of the Assignor under or in respect of the Award.

**"Assignment"** means the assignment of the Assigned Rights according to this Assignment Agreement.

**"Assignment Effective Date"** means the date of this Assignment Agreement.

**"Award"** has the meaning given to such term in Recital (A) of this Assignment Agreement.

**"Arbitration Proceedings"** has the meaning given to such term in Recital (A) of this Assignment Agreement.

**"Business Day"** means a day (other than a Saturday or Sunday) on which banks are open for general business in the Netherlands.

**"Conduct Matters"** means the preparation and submission of all correspondence, submissions (whether orally or in writing) and other documents, including notices, requests, applications, claims, consents and elections, and the negotiation and agreement of all matters, relevant to the Award on Jurisdiction and the Award, including relevant to (i) any application made by the Kingdom of Spain under Articles 190 et seq. of the Swiss Federal Private International Law Act ("**PILA**") including the application for annulment in form of an appeal in civil matters lodged on 27 April 2020, (ii) the recognition or enforcement of, or proceedings relating to the recognition or enforcement of, in any jurisdiction, the Award or the Award on Jurisdiction, (iv) the execution of any judgment recognising the pecuniary obligations under the Award or the Award on Jurisdiction, or any payment thereunder, (v) any State aid investigation relating to the Award or the Award on Jurisdiction, and (vi) any correspondence (whether written or oral) with, to, or from the Kingdom of Spain which relate to reaching an agreement or a settlement on any matter relevant to the Award or the Award on Jurisdiction.

**"Disclosed Matters"** means the proceedings, documents and arrangements as at the date of this Funded Participation Agreement set out in Schedule 3 (*Disclosed Matters*) of the Funded Participation Agreement.

**"Funded Participation Agreement"** means the funded participation agreement dated 3 August 2020 relating to the Award, the Award on Jurisdiction and the Assigned Rights.

**"Party"** means a party to this Assignment Agreement.

**"Security Interest"** means any option, right to acquire, right of pre-emption, mortgage, pledge, lien, charge, assignment, hypothecation or security interest or any other trust, agreement or arrangement having a similar effect, or any agreement to execute any of the above.



"**Settlement Date**" means the date when the Award is satisfied in full and final settlement.

- 1.2 In this Assignment Agreement, unless the contrary intention appears, a reference to:
- (a) an "**amendment**" includes a supplement, novation, extension (whether of maturity or otherwise), restatement, re-enactment or replacement (however fundamental and whether or not more onerous) and "**amended**" will be construed accordingly;
  - (b) an "**authorisation**" includes an authorisation, consent, approval, resolution, licence, exemption, filing, registration or notarisation;
  - (c) the word "**including**" shall mean "including, without limitation";
  - (d) a "**person**" includes any individual, company, corporation, unincorporated association or body (including a partnership, trust, fund, joint venture or consortium), government, state, agency, organisation or other entity whether or not having separate legal personality;
  - (e) a "**regulation**" includes any regulation, rule, official directive, request or guideline (whether or not having the force of law but, if not having the force of law, being of a type with which any person to which it applies is accustomed to comply) of any governmental, intergovernmental or supranational body, agency, department or regulatory, self-regulatory or other authority or organisation;
  - (f) a provision of law is a reference to that provision as extended, applied, amended or re-enacted and includes any subordinate legislation;
  - (g) a clause, a subclause or a Schedule is a reference to a clause or subclause of, or a schedule to, this Assignment Agreement;
  - (h) a Party or other person includes its successors in title, permitted assignees and permitted transferees;
  - (i) "**EUR**" or "**€**" is a reference to Euros;
  - (j) a document in the "**Agreed Form**" is a reference to a document in a form initialled for the purposes of identification by or on behalf of the Assignor and Assignee; and
  - (k) a time of day is a reference to local time in England.

1.3 This is the Assignment Agreement referred to in the Funded Participation Agreement.

## 2. ASSIGNMENT

2.1 On the Assignment Effective Date, the Assignor irrevocably and unconditionally assigns to the Assignee the legal and beneficial title to the Assigned Rights. The

Assignee agrees that on the Assignment Effective Date it shall accept the assignment of the Assigned Rights.

**3. COVENANT**

3.1 If on or after the Assignment Effective Date, the Assignor receives or recovers any amount under or in connection with the Assigned Rights, the Assignor shall within five (5) Business Days, pay that amount to the Assignee for same day value (net of any taxes suffered by the Assignee as a direct result of receiving such amount) and, pending such payment, the Assignor shall hold that amount on trust for the Assignee.

**4. WARRANTIES**

4.1 Each Party warrants to the other Party that as at the date of this Assignment Agreement:

- (a) it is duly incorporated and validly existing under the laws of its jurisdiction of incorporation;
- (b) it has the power to enter into and perform and has taken all necessary action to authorise the entry into and performance of this Assignment Agreement and the transactions contemplated by this Assignment Agreement;
- (c) this Assignment Agreement constitutes its legally binding, valid and enforceable obligation on it;
- (d) its execution and delivery of, and the performance of its obligations under this Assignment Agreement will not:
  - (i) conflict with or result in a breach of any provision of its constitutional documents;
  - (ii) conflict with, result in a breach of or constitute a default under any agreement or instrument to which it is a party; or
  - (iii) conflict with or result in a breach of any law or regulation, or of any order, injunction, judgement or decree of any court, that applies to it; and
- (e) all authorisations required by it in connection with the entry into, performance, validity and enforceability of, and the transactions contemplated by, this Assignment Agreement have been obtained or effected (as appropriate) and are in full force and effect.

4.2 The Assignor warrants to the Assignee that as at the date of this Assignment Agreement the Assignor legally and beneficially owns the Assigned Rights free from any Security Interest.

**5. NOTICE OF ASSIGNMENT**

5.1 Promptly following the date of this Agreement, a notice shall be delivered to the Kingdom of Spain in the form and at the addresses as set out in the Schedule (*Form of*

*Notice*), or as otherwise agreed between the Parties, and the Assignor and the Assignee shall each execute such notices.

**6. RESPONSIBILITY OF ASSIGNOR**

- 6.1 Nothing in the Funded Participation Agreement and/or this Assignment Agreement requires the Assignor (or any of its Affiliates or either of their employees, partners, directors, officers or agents) to:
- (a) repurchase or reacquire all or any part of the Assigned Rights;
  - (b) support any losses incurred by the Assignee by reason of non-performance by the Kingdom of Spain or any other person of its obligations arising out of or in connection with the Award, the Award on Jurisdiction, the Assigned Rights or otherwise; or
  - (c) subject to clause 10.1 of the Funded Participation Agreement, participate in or bear any costs or expenses related to any application or claim made by the Kingdom of Spain in any forum in connection with the Award, the Award on Jurisdiction or Assigned Rights, including (as applicable) recognition or enforcement.

**7. FURTHER ASSURANCE**

- 7.1 Subject to clause 7.2, until six months after the Assignment Effective Date, at the Assignee's cost, the Assignor shall, to the extent that it is lawfully able to do so without breaching any legal obligation owed to any person:
- (a) cooperate with the Assignee in all aspects of the Conduct Matters following the Assignee's reasonable request; and
  - (b) afford the Assignee's legal counsel reasonable access to consult with the Assignor's legal counsel with respect to the Conduct Matters; provided that the Assignee shall pay the Assignor and its Affiliates' legal counsel's costs.
- 7.2 The Assignor may refrain from complying with the terms and conditions of clause 7.1 if to do so would, in the reasonable opinion of the Assignor (or its relevant Affiliate):
- (i) violate or breach any provisions of the Funded Participation Agreement, this Assignment Agreement or any applicable law or regulation, or
  - (ii) with respect to the enforcement of the Assigned Rights or the Award or Award on Jurisdiction only, cause reputational harm to the Assignor or any Affiliate of the Assignor or to the Assignor's or its Affiliates' investors nor jeopardise the Assignor's or any Affiliate of the Assignor's relationship with any of their regulators or other supervisory or governmental authorities.
- 7.3 Until the Settlement Date, the Assignee undertakes that any activity of the Assignee relating to the Assigned Rights and the Award and Award on Jurisdiction, including respective instructions of the Assignee to the Assignor, will neither cause reputational harm to the Assignor, any Affiliate of the Assignor or to the Assignor's or its Affiliates' investors nor jeopardise the Assignor's or any Affiliate of the Assignor's relationship

with any of their regulators or other supervisory or governmental authorities, and upon the Assignor's request the Assignee shall keep the Assignor and its nominated Affiliates reasonably and regularly updated to confirm the same.

- 7.4 The Assignee shall indemnify the Assignor against all losses or liabilities (other than any loss or liability resulting from the wilful misconduct of the Assignor) incurred by the Assignor or any of its Affiliates in connection with any instruction or direction given, or action taken, by the Assignor, its Affiliates or the Assignee (or its agent) pursuant to clause 7.1.

## **8. CHANGES TO THE PARTIES**

- 8.1 No Party may assign, transfer, participate, encumber or dispose of or deal in any way with any of its rights and/or obligations under this Assignment Agreement without the prior written consent of the other Party.

## **9. CONFIDENTIALITY**

- 9.1 No Party shall make, issue or publish any announcement, statement or circular in connection with the existence or the subject matter of this Assignment Agreement or cause any such announcement, statement or circular to be made, issued or published (except any announcement, statement or circular in the Agreed Form), without the prior written consent of the other Party.

- 9.2 Each Party (a "**Receiving Party**") must keep confidential the terms and existence of this Assignment Agreement and any documentation relating to it and any information supplied to the Receiving Party by the other Party (the "**Disclosing Party**") in connection with this Assignment Agreement (the "**Confidential Information**"). However, a Receiving Party is entitled to disclose information:

- (a) which is publicly available, other than as a result of a breach by the Receiving Party of this clause 9;
- (b) in connection with any legal or arbitration proceedings;
- (c) if required to do so under any law or regulation binding on it;
- (d) if required to do so by to a governmental, banking, taxation or other regulatory authority;
- (e) to its Affiliates and any of its or their officers, directors, employees, professional advisers and auditors who have a need to know such Confidential Information, in each case subject to such recipients being subject to confidentiality obligations no less onerous than those set out in this clause 9; or
- (f) to the extent permitted by clause 9.3.

- 9.3 Notwithstanding clause 9.2, each Party may:

- (a) consult freely with and disclose Confidential Information to any proposed investors or any other person on whose behalf it is investing (or with or to any

of its or their professional advisers), its current and proposed lenders, and any investor in its Affiliates; or

- (b) disclose any Confidential Information to any proposed purchaser, underwriter, sponsor or broker and/or their respective advisers;

provided that, in either case, before a third party may receive Confidential Information under this clause 9.3, such third party must first agree in writing for the benefit of the Disclosing Party to keep that Confidential Information confidential on the terms of this clause 9.3 as if it were a Receiving Party.

- 9.4 The Parties agree to waive any claim for breach of confidence in respect of any disclosure of Confidential Information made by any Party in compliance with this clause 9 or the Confidentiality Agreement.

## **10. FEES**

- 10.1 Except as otherwise provided under this Assignment Agreement or the Funded Participation Agreement, each of the Grantor and the Participant shall bear their own taxes, costs and expenses (including but not limited to legal, audit, valuation and notarial fees, registration fees and translation costs) arising out of or in connection with the negotiation, preparation, execution and perfection of this Assignment Agreement, and with any documents related thereto (including any amendments thereof and any release of security).
- 10.2 Either Party may (but is not obliged to) set off any amount due and payable by the other Party under this Assignment Agreement against any such amounts due and payable by it to the other Party under this Assignment Agreement or the other Transaction Documents. The Party exercising its rights under this clause 10 may effect such currency exchanges as it considers necessary to implement the set off.
- 10.3 Any stamp duty, registration duty or other transfer or transaction duty or other similar taxes (including interest and penalties) payable in respect of the execution and performance of this Assignment Agreement shall be borne by the Assignee.

## **11. NOTICES**

- 11.1 Any notices, demands, proceedings or other documents made in writing to be sent to any Party to this Assignment Agreement shall be addressed to such Party at the address or email address and marked for the attention of the person (if any) from time to time designated by that Party in writing to the other party for the purpose of this Assignment Agreement. The initial address and email address and person(s) (if any) so designated by each Party are set out below:

### **If to the Assignor:**

AES Solar Energy Coöperatief U.A.  
c/o Petra Funds Group  
48 Dover Street  
London W1S 4FF, UK

Attention: Charlie Chipchase and Marc Michael  
Phone number: +44.20.3206.6380 / + 703.682.6684  
E-Mail: [charlie@petrafundsgroup.com](mailto:charlie@petrafundsgroup.com) / [legal@riverstonellc.com](mailto:legal@riverstonellc.com) /  
[marc.michael@aes.com](mailto:marc.michael@aes.com)

with a copy to:

Sidley Austin, 70 St Mary Axe, London EC3A 8BE, UK

Attention: Emilie Stewart  
Phone number: +44 (0) 207 360 2525  
E-Mail: [estewart@sidley.com](mailto:estewart@sidley.com)

**If to the Assignee:**

Basket Renewable Investments LLC  
c/o Corporation Service Company  
251 Little Falls Drive  
New Castle Country  
Wilmington, DE 19808, USA

with a copy to:

Prager Dreifuss Ltd.  
Attorneys-at-Law  
Mühlebachstrasse 6  
8008 Zürich  
Switzerland

Attention: Daniel Hayek and Gion Jegher  
Phone number: +41 44 254 55 55  
E-Mail: [daniel.hayek@prager-dreifuss.com](mailto:daniel.hayek@prager-dreifuss.com);  
[gion.jegher@prager-dreifuss.com](mailto:gion.jegher@prager-dreifuss.com)

**12. AMENDMENTS**

- 12.1 This Assignment Agreement, including this clause 12.1, may only be modified or amended by a document signed by the Parties. Any provision contained in this Assignment Agreement may only be waived by a document signed by the Party waiving such provision.

**13. SEVERABILITY**

If any provision or part thereof of this Assignment Agreement is or becomes illegal, invalid or unenforceable in any jurisdiction, (i) such illegality, invalidity or unenforceability shall not affect (a) the validity or enforceability in that jurisdiction of any other provision or part thereof of this Assignment Agreement or (b) the validity or

enforceability in any other jurisdiction of that or any other provision or part thereof of this Assignment Agreement, and (ii) the Parties will negotiate in good faith to replace the relevant provision or part thereof by another provision or part thereof reflecting as closely as possible the original intention and purpose of the Parties.

**14. COUNTERPARTS**

This Assignment Agreement may be executed in any number of counterparts. This has the same effect as if the signatures on the counterparts were on a single copy of this Assignment Agreement.

**15. THIRD PARTY RIGHTS**

A person who is not a party to this Assignment Agreement has no right under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 to enforce or enjoy the benefit of any term of this Assignment Agreement.

**16. APPLICABLE LAW**

16.1 This Assignment Agreement and any non-contractual obligations arising out of or in connection with it shall be governed by and construed in accordance with English law, without giving effect to any conflict of laws principles.

**17. JURISDICTION**

17.1 The English courts have exclusive jurisdiction to settle any dispute, claim or controversy arising out of or in connection with this Assignment Agreement or its subject matter or formation (including a dispute, claim or controversy relating to any non-contractual obligations arising out of or in connection with this Assignment Agreement) and the Parties submit to the exclusive jurisdiction of the English courts.

17.2 The English courts are the most appropriate and convenient courts to settle any such dispute and each Party waives any objection to those courts on the grounds of inconvenient forum or otherwise in relation to proceedings arising out of or in connection with this Assignment Agreement or its subject matter or formation.

17.3 The Assignee irrevocably appoints Attestor Limited as its agent at its address in England (currently, 7 Seymour Street, London W1H 7JW) under this Assignment Agreement for service of process in relation to any proceedings which may be required before the English courts.

17.4 The Assignor irrevocably appoints Riverstone Europe LLP as its agent at its address in England (currently, 3 St James's Square, London, SW1Y 4JU, UK, Attn: Charles Chipchase) under this Assignment Agreement for service of process in relation to any proceedings which may be required before the English courts.

17.5 Upon request of the Assignee, the Assignor shall immediately appoint a person as its agent for service of process in relation to any proceedings which may be required before the English courts, the costs of which agent shall be borne by the Assignee.

- 17.6 Failure by a process agent to notify a Party of any process will not invalidate the relevant proceedings or prevent any relevant time periods from running.

[REMAINDER OF THIS PAGE INTENTIONALLY LEFT BLANK.]



**SCHEDULE**

**FORM OF NOTICE**

**To: His Excellency Mr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón**  
President of the Government of Spain  
Complejo de La Moncloa  
Avda. Puerta de Hierro, s/n  
28071 Madrid  
Spain

**Cc: H.E. Mrs. Teresa Ribera Rodríguez**  
3<sup>rd</sup>. Deputy Prime Minister and Minister for the Ecologic Transition and  
Demographic Challenge  
Plaza San Juan de la Cruz, 10  
28003 Madrid  
Spain

**H.E. Mr. José Manuel Albares Bueno**  
Minister of Foreign Affairs, European Union and Cooperation  
Plaza de la Provincia, 1  
28012 Madrid  
Spain

**Ms. María del Socorro Garrido Moreno**  
Abogacía General del Estado, Departamento de Arbitrajes Internacionales  
Calle Marqués de la Ensenada, 14-16, 2a planta  
28004 Madrid  
Spain

Date: \_\_\_\_\_

Dear His Excellency Mr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón

**Arbitration award rendered in arbitration proceedings conducted pursuant to the UNCITRAL arbitration rules and administered by the Permanent Court of Arbitration (PCA) between Mercurio Solar S.à r.l, Tyche Solar S.à r.l, AES Solar Energy Coöperatief U.A. et al. vs. the Kingdom of Spain (PCA Case No. 2012-14) (the Award)**

1. On and with effect from [insert date of assignment agreement] the Assignor assigned to the Assignee all of the rights, powers, interests and benefits of the Assignor under or in respect of the Award (the **Assigned Rights**).
2. The details of the Assignee's facility office are as follows:

Address: Blasket Renewable Investments LLC  
c/o Corporation Service Company, 251 Little Falls Drive,  
New Castle County, Wilmington, DE 19808, USA

Telephone +41 44 254 55 55

Attn/Ref: Daniel Hayek / Gion Jegher

3. With effect from the date of this notice all payments due to the Assignor in respect of the Assigned Rights shall be paid to the Assignee. The details of the Assignee's account for these purposes are as follows:

Bank: UBS Switzerland AG  
Swift code: UBSWCHZH80A  
IBAN: CH27 0025 1251 8254 1469 C  
Account name: Prager Dreifuss Ltd.

4. This notice and any non-contractual obligations arising out of or in connection with it are governed by and shall be construed in accordance with English law.

.....  
AES Solar Energy Coöperatief U.A.

.....  
Blasket Renewable Investments LLC

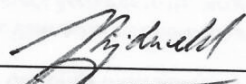
**SIGNATORIES**

Executed and delivered as a deed on behalf of:

**The Assignor**

For and on behalf of

**AES Solar Energy Coöperatief U.A.**

By:  \_\_\_\_\_

Name: Johannes Antonius Rosa Andreas Zijderveld

Title: Director

For and on behalf of

**Blasket Renewable Investments LLC**

By: \_\_\_\_\_

Name: \_\_\_\_\_

Title: Authorised Attorney

**SIGNATORIES**

Executed and delivered as a deed on behalf of:

**The Assignor**

For and on behalf of

**AES Solar Energy Coöperatief U.A.**


By: \_\_\_\_\_

Name: Johannes Antonius Rosa Andreas Zijderveld

Title: Director

For and on behalf of

**Blasket Renewable Investments LLC**

By:  \_\_\_\_\_

Name: Friedrich Andrae

Title: Authorised Person

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT  
FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA

AES Solar Energy Coöperatief U.A. and  
Ampere Equity Fund B.V.,

*Petitioners,*

v.

The Kingdom of Spain,

*Respondent.*

**Civil Action No. 1:21-cv-03249-RJL**

**Declaration of Matthew S. Rozen in Support of Motion for Substitution**

**Exhibit B**

**DEED OF ASSIGNMENT**

**dated**

**13 January 2023**

**BETWEEN**

**Ampere Equity Fund B.V.**

**as the Assignor**

**AND**

**BLASKET RENEWABLE INVESTMENTS LLC**  
**as the Assignee**

**RELATING TO THE**

**FUNDED PARTICIPATION AGREEMENT**

**dated**

**10 June 2020**

**CONTENTS**

<b>clause</b>	<b>Page</b>
1. Interpretation.....	1
2. Assignment .....	3
3. Covenants.....	4
4. Warranties.....	4
5. Notice of Assignment .....	5
6. Responsibility of Assignor.....	5
7. Further Assurance .....	6
8. Changes to the Parties.....	8
9. Confidentiality .....	8
10. Fees .....	10
11. Notices .....	10
12. Whole Agreement .....	11
13. Amendments .....	11
14. Severability .....	11
15. Counterparts.....	12
16. Applicable Law .....	12
17. Jurisdiction.....	12

**THIS DEED OF ASSIGNMENT** (the "**Assignment Agreement**") is made on the date first above written

**BETWEEN:**

- (1) **AMPERE EQUITY FUND B.V.**, a private company with limited liability incorporated under the laws of the Netherlands whose registered office is at Schiphol Boulevard 269, 1118 BH Schiphol, The Netherlands (the "**Assignor**");
- (2) **BLASKET RENEWABLE INVESTMENTS LLC**, a limited liability company incorporated under the Delaware Limited Liability Company Act with the SR number 20222988098 and file number 6912986 whose registered office is at c/o Corporation Service Company, 251 Little Falls Drive, New Castle County, Wilmington, DE 19808, USA (the "**Assignee**").

**WHEREAS:**

- (A) In the arbitration proceeding brought under the Energy Charter Treaty of 1994 pursuant to the UNCITRAL arbitration rules and administered by the Permanent Court of Arbitration (PCA) between Mercurio Solar S.à r.l, Tyche Solar S.à r.l, Ampere Equity Fund B.V. et al. vs. the Kingdom of Spain (PCA Case No. 2012-14) (the "**Arbitration Proceedings**"), the arbitral tribunal, having its seat in Geneva (Switzerland), rendered a preliminary award on jurisdiction on 13 October 2014 (the "**Award on Jurisdiction**") and the final award on 28 February 2020 (the "**Award**").
- (B) According to the Award, inter alia, the Kingdom of Spain shall pay the Assignor EUR 11.1 million together with interest at the Spanish 10-year bond rate, compounded semi-annually, from 30 June 2014 until payment in full (cf. Award, p. 282 et seq., X.b.iii. and X.c.).
- (C) On 27 April 2020, the Kingdom of Spain filed an application for annulment of the Award before the Swiss Federal Supreme Court, which application was dismissed in its entirety by the Swiss Federal Supreme Court by its decision of 28 February 2021.
- (D) The Assignor wishes to assign to the Assignee and the Assignee wishes to be assigned from the Assignor the Assigned Rights (as defined herein).

**1. INTERPRETATION**

1.1 In this Assignment Agreement and in addition to terms elsewhere defined herein:

"**Affiliate**" of a specified person means any other person that directly, or indirectly through one or more intermediaries, controls, is controlled by or is under common control with, the person specified. For purposes of the immediately preceding sentence, each of the terms "control", "controlled by" and "under common control with" shall mean the ability, directly or indirectly, to control or direct the management and policies of the person specified, whether through ownership of voting equity rights (e.g. shares, securities), by contract or otherwise.



"**Assigned Rights**" mean all of the rights, interests and benefits of the Assignor under or in respect of the Award.

"**Assignment**" means the assignment of the Assigned Rights according to this Assignment Agreement.

"**Assignment Effective Date**" means the date of this Assignment Agreement.

"**Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.Award**" has the meaning given to such term in Recital **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** of this Assignment Agreement.

"**Arbitration Proceedings**" has the meaning given to such term in Recital (A) of this Assignment Agreement.

"**Business Day**" means a day (other than a Saturday or Sunday) on which banks are open for general business in the Netherlands and London.

"**Conduct Matters**" means the preparation and submission of all correspondence and submissions (whether orally or in writing), including notices, claims, consents and elections, and the negotiation and agreement of all matters, relevant to the Award on Jurisdiction and the Award, including relevant to (i) any application made by the Kingdom of Spain under Articles 190 et seq. of the Swiss Federal Private International Law Act ("**PILA**") including the application for annulment in form of an appeal in civil matters lodged on 27 April 2020, (ii) the recognition or enforcement of, or proceedings relating to the recognition or enforcement of, in any jurisdiction, the Award (iii) the execution on any judgment recognising the pecuniary obligations under the Award, or any payment thereunder, (iv) any State aid investigation relating to the Award, and (v) any correspondence (whether written or oral) with, to, or from the Kingdom of Spain which relate to reaching an agreement or a settlement on any matter relevant to the Award.

"**Disclosed Matters**" means the proceedings relating to the Award as at the date of the Funded Participation Agreement and all the information and documents delivered by the Assignor to the Assignee prior to the date of the Funded Participation Agreement, all as set out in Schedule 4 of the Funded Participation Agreement (*Disclosed Matters*).

"**Funded Participation Agreement**" means the funded participation agreement dated 10 June 2020 relating to the Award and the Assigned Rights.

"**Long-Stop Date**" means 6 July 2027.

"**Party**" means a party to this Assignment Agreement.

"**Powers of Attorney**" mean the powers of attorney in the Agreed Form.

"**Security Interest**" means any option, right to acquire, right of pre-emption, mortgage, pledge, lien, charge, assignment, hypothecation or security interest or any other trust, agreement or arrangement having a similar effect, or any agreement to execute any of the above.

"**Settlement Date**" means the date when the Award is satisfied in full and final settlement.

1.2 In this Assignment Agreement, unless the contrary intention appears, a reference to:

- (a) an "**amendment**" includes a supplement, novation, extension (whether of maturity or otherwise), restatement, re-enactment or replacement (however fundamental and whether or not more onerous) and "**amended**" will be construed accordingly;
- (b) an "**authorisation**" includes an authorisation, consent, approval, resolution, licence, exemption, filing, registration or notarisation;
- (c) the word "**including**" shall mean "including, without limitation";
- (d) a "**person**" includes any individual, company, corporation, unincorporated association or body (including a partnership, trust, fund, joint venture or consortium), government, state, agency, organisation or other entity whether or not having separate legal personality;
- (e) a "**regulation**" includes any regulation, rule, official directive, request or guideline (whether or not having the force of law but, if not having the force of law, being of a type with which any person to which it applies is accustomed to comply) of any governmental, intergovernmental or supranational body, agency, department or regulatory, self-regulatory or other authority or organisation;
- (f) a provision of law is a reference to that provision as extended, applied, amended or re-enacted and includes any subordinate legislation;
- (g) a clause, a subclause or a Schedule is a reference to a clause or subclause of, or a schedule to, this Assignment Agreement;
- (h) a Party or other person includes its successors in title, permitted assignees and permitted transferees;
- (i) "**EUR**" or "**€**" is a reference to Euros;
- (j) a document in the "**Agreed Form**" is a reference to a document in a form initialled for the purposes of identification by or on behalf of the Assignor and Assignee; and
- (k) a time of day is a reference to local time in England.

1.3 This is the Assignment Agreement referred to in the Funded Participation Agreement.

## 2. ASSIGNMENT

2.1 On the Assignment Effective Date, the Assignor irrevocably and unconditionally assigns absolutely to the Assignee with full title guarantee the legal and beneficial title to the Assigned Rights.

2.2 The Parties acknowledge and confirm that due to the execution of this Assignment Agreement the Assignee is fully released from all its obligations under the Funded Participation Agreement according to clause 14 of the Funded Participation Agreement except as provided in clause 14 thereof.

### 3. COVENANTS

3.1 The Assignor covenants with the Assignee that on the Assignment Effective Date:

- (a) the assignment on the terms set out in this Assignment Agreement is made with full title guarantee (in accordance with the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1994);
- (b) it has the right to assign and dispose of the rights, powers, interests and benefits referred to in clause 1.3 (*Assignment*) to the Assignee on the terms set out in this Assignment Agreement; and
- (c) the rights, powers, interests and benefits referred to in clause 1.3 (*Assignment*) are, and are assigned under this Assignment Agreement, free from any Security Interest.

3.2 If on or after the Assignment Effective Date, the Assignor receives or recovers any amount under or in connection with the Assigned Rights, such Assignor shall within five (5) Business Days, pay that amount to the Assignee for same day value and, pending such payment, the Assignor shall hold that amount on trust for the Assignee.

### 4. WARRANTIES

4.1 Each Party warrants to the other Party on the date of this Assignment Agreement that:

- (a) it is duly incorporated and validly existing under the laws of its jurisdiction of incorporation;
- (b) it has the power to enter into and perform and has taken all necessary action to authorise the entry into and performance of this Assignment Agreement and the transactions contemplated by this Assignment Agreement;
- (c) this Assignment Agreement constitutes its legally binding, valid and enforceable obligation;
- (d) its execution and delivery of, and the performance of its obligations under this Assignment Agreement will not:
  - (i) conflict with or result in a breach of any provision of its constitutional documents;
  - (ii) conflict with, result in a breach of or constitute a default under any agreement or instrument to which it is a party; or

(iii) conflict with or result in a breach of any law or regulation, or of any order, injunction, judgement or decree of any court, that applies to it; and

(e) all authorisations required by it in connection with the entry into, performance, validity and enforceability, and the transactions contemplated by, this Assignment Agreement have been obtained or effected (as appropriate) and are in full force and effect.

4.2 The Assignor warrants to the Assignee that as at the date of this Assignment Agreement the Assignor legally and beneficially owns the Assigned Rights free from any Security Interest.

## **5. NOTICE OF ASSIGNMENT**

5.1 The Assignor shall not provide notice of the assignment of the Assigned Rights to any party without the prior written consent of the Assignee (but the Assignor may communicate the assignment in compliance of any regulatory or legal obligations applicable to the Assignor or to comply with general information duties with its investors).

5.2 On or after the Assignment Effective Date, a notice shall be delivered to the Kingdom of Spain in the form and at the addresses as set out in the Schedule (*Form of Notice*), or as otherwise agreed between the Parties, and the Assignor and the Assignee shall each execute such notices and co-operate in such delivery at the direction of the Assignee.

## **6. RESPONSIBILITY OF ASSIGNOR**

6.1 The Assignor is not responsible to the Assignee for the validity of the Award or the legality, validity, adequacy, accuracy or completeness of any statement or information (whether written or oral) made in or supplied in connection with the Award and any representations or warranties implied by law (unless expressly provided for herein) are excluded, save as set out in this Assignment Agreement, the Funded Participation Agreement or in the case of fraud or wilful misconduct.

6.2 The Assignee confirms that it:

(a) has made, and will continue to make, its own independent appraisal of all risks arising under or in connection with the Assignment in connection with its participation in this Assignment Agreement and has taken appropriate legal advice with respect to the Award and its participation in the Assigned Rights.

6.3 Nothing in this Assignment Agreement requires the Assignor to:

(a) repurchase the Assigned Rights or any part of the Assigned Rights; or

(b) support any losses incurred by the Assignee by reason of non-performance by the Kingdom of Spain of its obligations arising out of or in connection with the Award or otherwise.

**7. FURTHER ASSURANCE**

- 7.1 The Assignor and the Assignee shall (so far as it lawfully may) give all reasonable assistance to the other (at the other Party's request and expense) to enable the other Party to resist any claim, action or proceedings brought against it under or in connection with the Assignment after the date of this Assignment Agreement.
- 7.2 The Assignee shall have the right to direct the Assignor (acting in its own name) at the cost of the Assignee, in all aspects of the Conduct Matters and shall cooperate with the Assignee following its reasonable request.
- 7.3 The Assignor undertakes not to compromise or settle the Assigned Rights without the Assignee's prior written consent.
- 7.4 At the Assignee's direction, the Assignor shall take any action to ensure that the Assignment is recognised in any jurisdiction in which recognition and or enforcement of the Award may be sought including the execution of any further documents and the giving of any notice and the making of any registration which may be required.
- 7.5 The Assignor shall, to the extent that it is lawfully able to do so without breaching any duty of confidentiality or other obligation owed to any person (and, to the extent such provision would include the disclosure of confidential or financial information, subject to appropriate confidentiality undertakings being obtained from the Assignee), promptly provide the Assignee, at the Assignor's cost, with:
- (a) all information it receives in connection with the Assigned Rights;
  - (b) upon the Assignee's request, any information, evidence, correspondence and documents (including legal advice) in their possession or control as are reasonably required for the purpose of making any submissions (including oral submissions), notifications, written pleadings, correspondence and filings that are required in respect of the Award, the Disclosed Matters and any challenges of the recognition or enforcement of the Award in any State, including:
    - (i) any application by the Kingdom of Spain relating to the annulment of the Award;
    - (ii) proceedings relating to the recognition or enforcement of the Award or the enforcement of any judgment on the Award in any jurisdiction;provided that legal privilege shall not be waived as a result of any disclosure pursuant to this clause 7.5(b) (*Further Assurance*); and
  - (c) upon the Assignee's request, all evidence, pleadings and related documents (including legal advice) prepared for, disclosed or presented in the arbitration proceedings leading to the Award, and any related investigation or proceeding, provided that legal privilege shall not be waived as a result of any disclosure pursuant to this clause 7.5(c) (*Further Assurance*).
- 7.6 At the Assignee's cost the Assignor shall, to the extent that it is lawfully able to do so without breaching any legal obligation owed to any person:

- (a) subject to the Assignee's compliance with its obligations in clause 7.9, act in accordance with the written direction of the Assignee in connection with the Assignor's respective rights and discretions under or in connection with the Assigned Rights and the Conduct Matters;
  - (b) promptly provide or otherwise make available to the Assignee (or its advisors) information in the possession of the Assignor which the Assignor may consider, acting reasonably, is relevant to the Conduct Matters including without limitation any communications from the Kingdom of Spain;
  - (c) to the extent permitted by law, submit such claims, applications and elections and comply with all procedural requirements in respect of the Award as the Assignee may direct in writing;
  - (d) grant to the Assignee in accordance with the terms of this Assignment Agreement a participation in any recognition orders and any enforcement orders obtained by the Assignor;
  - (e) afford the Assignee's legal counsel reasonable access to consult with the Assignor's legal counsel with respect to the Award, the Disclosed Matters and any challenges of the recognition or enforcement of the Award in any State, including with respect to any and all documents, processes and procedures relating to the arbitral proceedings that are the subject of the Award provided that any such documents, processes and procedures relating to the arbitral proceedings shall at all times be subject to legal privilege and the Assignee shall pay the Assignor's legal counsel's reasonable costs; and
  - (f) permit the Assignee to appoint one or more persons (including such counsel as the Assignee may elect by executing a Powers of Attorney) from time to time to act as agent on behalf of the Assignee in respect of the Conduct Matters and the Assignor shall act at the direction of any such agent in respect of such Conduct Matters.
- 7.7 The Assignor shall ensure that the benefits of any actions brought by the Assignor in relation to the Assigned Rights are assigned to the Assignee.
- 7.8 Until the Settlement Date, the Assignee shall procure that neither it nor its Affiliates and advisors shall use the name "DIF Capital Partners" names in connection with any announcement or circular or otherwise in connection with or in relation to the Assigned Rights without the prior written consent of the Assignor.
- 7.9 Until the Settlement Date, the Assignee undertakes that any activity of the Assignee relating to the enforcement of the Participating Rights, including respective instructions of the Assignee to the Assignor, will neither cause reputational harm to the Assignor, DIF Capital Partners or to the Assignor's investors nor jeopardise the Assignor's or DIF Capital Partner's relationship with any of their regulators or other supervisory or governmental authorities, and upon the Assignor's request the Assignee shall keep the Assignor and DIF Capital Partners reasonably and regularly updated to confirm the same.

- 7.10 Until the Settlement Date, neither the Assignor nor any Affiliate of the Assignor shall assist in any way any other claimant of the Arbitration Proceedings in instituting court or arbitration proceedings against the Kingdom of Spain relating to claims already asserted in the Arbitration Proceedings but dismissed or rejected in the Award.
- 7.11 Until the Settlement Date, the Assignor shall not agree to, directly or indirectly, take any step to initiate, consent, approve or acquiesce to the winding up, dissolution or administration of the Assignor, or similar without providing reasonable notice to the Assignee of its intention to do so.
- 7.12 The obligations of the Assignor set out in clauses 7.2, 7.3, 7.5, 7.6 and 7.7 of this Assignment Agreement and set out in clauses 5 (Warranties) and 7 (Responsibility of the Grantor) of the Funded Participation Agreement shall terminate one year after the date of this Assignment Agreement but not later than three months after the Long-Stop Date. The obligations of the Assignor set out in clauses 7.1 and 7.4 of this Assignment Agreement shall terminate three months after the date of this Assignment Agreement but not before the earlier of the Long-Stop Date and six months after the Settlement Date.

## 8. CHANGES TO THE PARTIES

- 8.1 No Party may assign, transfer, encumber or dispose of or deal in any way with any of its rights and/or obligations under this Assignment Agreement without the prior consent of the other Party, except that the Assignee shall be able to assign, transfer, encumber or dispose of any of such rights and/or obligations to any of its Affiliates incorporated in an OECD country without the consent of the Assignor, provided that the Assignor has been provided with all documents required to comply with internal *know your customer* policies implemented by the Assignor in accordance with applicable laws. Such person to whom rights are assigned, transferred, encumbered or disposed shall not be entitled to enforce any right assigned to it if it ceases to be an Affiliate of the Assignee. The Assignee shall procure that such person to whom such rights are assigned, transferred, encumbered or disposed re-assigns or re-transfers such rights under this Assignment Agreement back to an Affiliate of the Assignee before such person ceases to be an Affiliate of the Assignee, provided that such assignment does not result in any increase in liability for the Assignor.
- 8.2 The consent of the Assignor to a proposed assignment or transfer of this Assignment Agreement by the Assignee must not be unreasonably withheld or delayed but may be withheld in circumstances including but not limited to where such proposed assignment or transfer will adversely affect the Assignor's tax or regulatory arrangements.

## 9. CONFIDENTIALITY

- 9.1 No Party shall make or issue any announcement or circular in connection with the existence or the subject matter of this Assignment Agreement or cause any such announcement to be made or issued (except any announcement or circular in the Agreed Form), without the prior written consent of the other Party.
- 9.2 Each Party (a "**Receiving Party**") must keep confidential this Assignment Agreement and any information supplied by the other Party (the "**Disclosing Party**") in connection

with this Assignment Agreement. However, a Receiving Party is entitled to disclose such information:

- (a) which is publicly available, other than as a result of a breach by the Receiving Party of this clause 8 (*Confidentiality*);
- (b) in connection with any legal or arbitration proceedings;
- (c) if required to do so under any law or regulation binding on it;
- (d) to a governmental, banking, taxation or other regulatory authority;
- (e) to its Affiliates and any of their officers, directors, employees, professional advisers, shareholders and auditors, in each case subject to such recipients being subject to confidentiality obligations; or
- (f) to the extent permitted by clauses 9.3 (*Confidentiality*) or 9.4 (*Confidentiality*).

9.3 Notwithstanding clause 9.2 (*Confidentiality*), the Assignee may disclose to any person (a third party) with whom it enters into (or may enter into) any kind of transfer, participation or hedge agreement in relation to this Assignment Agreement or any other transaction under which payments are to be made by reference to this Assignment Agreement:

- (a) a copy of this Assignment Agreement; and
- (b) any information which the Assignee has acquired under or in connection with this Assignment Agreement;

but before a third party may receive confidential information under this subclause, it must agree for the benefit of the Assignor to keep that information confidential on the terms of clauses 9.1 and 9.2 (*Confidentiality*) above as if it were the Assignee.

9.4 Subject to clause 9.2, the Assignor undertakes to the Assignee not to disclose the existence of any discussions or the terms of or any details relating to the transaction detailed hereunder including this Assignment Agreement and any documentation relating to it, the nature of the settlement of this transaction or the identity of the Assignee to any third party (including to any court or insolvency officer) without the prior written consent of the Assignee.

9.5 Each Party may:

- (a) consult freely with and disclose confidential information to any proposed investors or any other person on whose behalf it is investing (or with or to any of its or their professional advisers), its current and proposed lenders, and any investor in its Affiliates; or
- (b) disclose any confidential information to any proposed purchaser, underwriter, sponsor or broker and/or their respective advisers (other than, in respect of the Assignor, the identity of the Assignee);



provided that, in either case, before a third party may receive confidential information under this clause 9.5 (*Confidentiality*), it must first agree for the benefit of the other Party to keep that information confidential on the terms of this clause 9.5 (*Confidentiality*) as if it were a Receiving Party.

- 9.6 The Parties agree to waive any claim for breach of confidence in respect of any disclosure of confidential information made by any Party in compliance with clause 8 (*Confidentiality*) of the Confidentiality Agreement.

## 10. FEES

Each Party shall bear its own taxes, costs and expenses (including but not limited to legal, audit, valuation and notarial fees, registration fees and translation costs) arising out of or in connection with the negotiation, preparation, execution and perfection of this Assignment Agreement and with any documents related thereto (including any amendments thereof).

## 11. NOTICES

- 11.1 Any notices, demands or other documents made in writing to be sent to any Party to this Assignment Agreement shall be addressed to such Party at the address or facsimile number and marked for the attention of the person (if any) from time to time designated by that Party in writing to the other party for the purpose of this Assignment Agreement. The initial address and facsimile number and person(s) (if any) so designated by each Party are set out below:

### **If to the Assignor:**

Ampere Equity Fund B.V.  
Schiphol Boulevard 269  
1118 BH Schiphol  
The Netherlands

Attention: Anne Snel  
Phone number: +31 20 655 47 06  
E-Mail: A.Snel@dif.eu

### **with a copy to:**

DIF Capital Partners  
2-4 Idol Lane  
London  
EC3R 5DD  
United Kingdom

Attention: Christopher Mansfield  
Phone number: +44 13 8658 4174  
E-Mail: C.Mansfield@dif.eu; Legal@dif.eu

**If to the Assignee:**

Basket Renewable Investments LLC  
c/o Corporation Service Company  
251 Little Falls Drive  
New Castle Country  
Wilmington, DE 19808, USA

**with a copy to:**

Prager Dreifuss Ltd.  
Attorneys-at-Law  
Mühlebachstrasse 6  
8008 Zürich  
Switzerland

Attention: Daniel Hayek and Gion Jegher  
Phone number: +41 44 254 55 55  
E-Mail: daniel.hayek@prager-dreifuss.com;  
gion.jegher@prager-dreifuss.com

**12. WHOLE AGREEMENT**

This Assignment Agreement contains the whole agreement between the Parties relating to the Assignment and supersedes all previous agreements, whether oral or in writing, between the Parties relating thereto.

**13. AMENDMENTS**

This Assignment Agreement, including this clause 13, may only be modified or amended by a document signed by the Parties. Any provision contained in this Assignment Agreement may only be waived by a document signed by the Party waiving such provision.

**14. SEVERABILITY**

If any provision or part thereof of this Assignment Agreement is or becomes illegal, invalid or unenforceable in any jurisdiction, (i) such illegality, invalidity or unenforceability shall not affect (a) the validity or enforceability in that jurisdiction of any other provision or part thereof of this Assignment Agreement or (b) the validity or enforceability in any other jurisdiction of that or any other provision or part thereof of this Assignment Agreement, and (ii) the Parties will negotiate in good faith to replace the relevant provision or part thereof by another provision or part thereof reflecting as closely as possible the original intention and purpose of the Parties.

**15. COUNTERPARTS**

This Assignment Agreement may be executed in any number of counterparts. This has the same effect as if the signatures on the counterparts were on a single copy of this Assignment Agreement.

**16. APPLICABLE LAW**

This Assignment Agreement and any non-contractual obligations arising out of or in connection with it shall be governed by and construed in accordance with English law.

**17. JURISDICTION**

- 17.1 The English courts have exclusive jurisdiction to settle any dispute, claim or controversy arising out of or in connection with this Assignment Agreement or its subject matter or formation (including a dispute, claim or controversy relating to any non-contractual obligations arising out of or in connection with this Assignment Agreement) and the Parties submit to the exclusive jurisdiction of the English courts.
- 17.2 The English courts are the most appropriate and convenient courts to settle any such dispute and each Party waives any objection to those courts on the grounds of inconvenient forum or otherwise in relation to proceedings arising out of or in connection with this Assignment Agreement or its subject matter or formation.
- 17.3 The Assignee irrevocably appoints Attestor Limited as its agent at its address in England (currently, 7 Seymour Street, London W1H 7JW) under this Assignment Agreement for service of process in relation to any proceedings which may be required before the English courts.
- 17.4 The Assignor irrevocably appoints DIF Management UK Limited as its agent at its address in England (currently, 2-4 Idol Lane, London EC3R 5DD) under this Assignment Agreement for service of process in relation to any proceedings which may be required before the English courts.
- 17.5 Upon request of the Assignee, the Assignor shall immediately appoint a person as its agent for service of process in relation to any proceedings which may be required before the English courts, the costs of which agent shall be borne by the Assignee.
- 17.6 Failure by a process agent to notify a Party of any process will not invalidate the relevant proceedings.

[REMAINDER OF THIS PAGE INTENTIONALLY LEFT BLANK.]

**SCHEDULE**

**FORM OF NOTICE**

**To: His Excellency Mr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón**

President of the Government of Spain  
Complejo de La Moncloa  
Avda. Puerta de Hierro, s/n  
28071 Madrid  
Spain

**Cc: H.E. Mrs. Teresa Ribera Rodríguez**

3<sup>rd</sup>. Deputy Prime Minister and Minister for the Ecologic Transition and  
Demographic Challenge  
Plaza San Juan de la Cruz, 10  
28003 Madrid  
Spain

**H.E. Mr. José Manuel Albares Bueno**

Minister of Foreign Affairs, European Union and Cooperation  
Plaza de la Provincia, 1  
28012 Madrid  
Spain

**Ms. María del Socorro Garrido Moreno**

Abogacía General del Estado, Departamento de Arbitrajes Internacionales  
Calle Marqués de la Ensenada, 14-16, 2a planta  
28004 Madrid  
Spain

Date: \_\_\_\_\_

Dear His Excellency Mr. Pedro Sánchez Pérez-Castejón

**Arbitration award rendered in arbitration proceedings conducted pursuant to the UNCITRAL arbitration rules and administered by the Permanent Court of Arbitration (PCA) between Mercurio Solar S.à r.l, Tyche Solar S.à r.l, Ampere Equity Fund B.V. et al. vs. the Kingdom of Spain (PCA Case No. 2012-14) (the Award)**

1. On and with effect from [insert date of assignment agreement] the Assignor assigned to the Assignee all of the rights, powers, interests and benefits of the Assignor under or in respect of the Award (the **Assigned Rights**).
2. The details of the Assignee's facility office are as follows:

Address: Basket Renewable Investments LLC  
c/o Corporation Service Company, 251 Little Falls Drive,  
New Castle County, Wilmington, DE 19808, USA

Telephone +41 44 254 55 55

Attn/Ref: Daniel Hayek / Gion Jegher

3. With effect from the date of this notice all payments due to the Assignor in respect of the Assigned Rights shall be paid to the Assignee. The details of the Assignee's account for these purposes are as follows:

Bank: UBS Switzerland AG  
Swift code: UBSWCHZH80A  
IBAN: CH27 0025 1251 8254 1469 C  
Account name: Prager Dreifuss Ltd.

4. This notice and any non-contractual obligations arising out of or in connection with it are governed by and shall be construed in accordance with English law.

For and on behalf of Ampere Equity Fund B.V., by DIF Management B.V., its director, by:

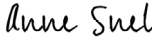
.....  
Name: A.M. Snel-Simmons  
Title: director  
Date:

.....  
Basket Renewable Investments LLC

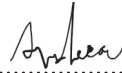
**SIGNATORIES**

**ASSIGNOR**

EXECUTED and DELIVERED as a deed by )  
**AMPERE EQUITY FUND B.V.**  
private company with limited liability incorporated under )  
the laws of the Netherlands )  
acting by DIF Management B.V. )  
acting by A.M. Snel-Simmons )  
being a person or persons who,  
in accordance with laws of that territory,  
is/are acting under the authority of  
that company private company with limited liability: )

DocuSigned by:  
  
F6C9F3576B95478...

**ASSIGNEE**

EXECUTED and DELIVERED as a deed by )  
**BLASKET RENEWABLE INVESTMENTS LLC** )  
a limited liability company )  
formed in Delaware, )  
acting by Friedrich Andrae ) .....   
being a person or persons who, )  
in accordance with laws of that territory, )  
is/are acting under the authority of )  
that limited liability company: )

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT  
FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA

AES Solar Energy Coöperatief U.A. and  
Ampere Equity Fund B.V.,

*Petitioners,*

v.

The Kingdom of Spain,

*Respondent.*

**Civil Action No. 1:21-cv-03249-RJL**

**Declaration of Matthew S. Rozen in Support of Motion for Substitution**

**Exhibit C**




# LIONBRIDGE

STATE OF NEW YORK            )  
                                           )  
                                           )            ss  
 COUNTY OF NEW YORK        )

### CERTIFICATION

This is to certify that the attached translation is, to the best of my knowledge and belief, a true and accurate translation from Dutch into English of the attached Writ of Summons, dated December 22, 2022.



\_\_\_\_\_  
 Laura Musich, Managing Editor  
 Lionbridge

Sworn to and subscribed before me  
 this 27<sup>th</sup> day of February, 2023.



\_\_\_\_\_

ETHAN WIN LY  
 NOTARY PUBLIC-STATE OF NEW YORK  
 No. 01LY6323702  
 Qualified in New York County  
 My Commission Expires 04-27-2023

**WRIT OF SUMMONS INCLUDING INCIDENTAL MOTION UNDER SECTION 223 OF THE DUTCH CODE OF CIVIL PROCEDURE**

This day, the twenty-second of December two thousand and twenty-two,

**AT THE REQUEST OF:**

The **KINGDOM OF SPAIN**, represented for the purpose hereof by the Kingdom's Attorney General, Ministry of Justice, seated at 5 Calle Ayala (28001) Madrid, Spain ("Spain"), and electing domicile, solely for the purpose for which this writ of summons is being issued, at Claude Debussylaan 247, (1082 MC) Amsterdam (the Netherlands), at the offices of the law firm Simmons & Simmons LLP, having a current account with nationwide coverage with number 88170281, from which office Mr. N. Peters is appointed as counsel;

I, Bas de Veer, assigned bailiff working at the offices of Mr. Jan Sebastiaan Evers, bailiff in Amsterdam with offices at Hogehilweg 4 in that town;

**SUMMONED:**

1. the private limited liability company **AES SOLAR ENERGY COÖPERATIEF U.A.** ("AES"), having its registered office in Amsterdam and having its place of business at Herengracht 450 (1017 CA), Amsterdam, where I served my writ and left a copy of this writ of summons with:

on whom a copy was or will be served by  
separate writ

and

2. the private limited liability company **AMPERE EQUITY FUND B.V.** ("AEF"), having its registered office at Schiphol (the Netherlands) and having its place of business at Schiphol Boulevard 269, Tower D, 10th floor, (1118 BH) Schiphol, where I served my writ and left a copy of this writ of summons:

at the above-mentioned address in a closed  
envelope with the required information written on  
it, because I did not find anyone there with whom  
I could leave a copy in a legally valid manner

**TO APPEAR:**

on **Wednesday January 25, 2023**, at ten (10:00) a.m., not in person, but represented by counsel, at the public hearing of the District Court of Amsterdam, which hearing will be held in the courthouse at Parnassusweg 280, (1076 AV) Amsterdam;

**WHILE GIVING NOTICE THAT:**

if a defendant does not appear in court on the first docket date or a docket date further determined by the District Court by failing to appoint counsel or to timely pay the court fee to be described below, and the prescribed time limits and formalities have been complied with, the District Court will grant leave to proceed in default of appearance against that defendant and will admit the claim, unless it appears to be unlawful or unfounded to the District Court;

if at least one of the defendants appears at the hearing, one single judgment will be given between all parties, which will be considered to be a judgment after trial;

upon appearance in court, court fees will be charged to each of the defendants to be paid within four weeks from the time of appearance;

the amount of the court fees is listed in the most recent annex to the Dutch Civil Court Fees Act ("*Wet griffierechten burgerlijke zaken*"), which can be found on the website: [www.kbvq.nl/griffierechtentabel](http://www.kbvq.nl/griffierechtentabel);

to a person with limited means, the court fee for persons with limited means established by or pursuant to the law will be charged, if such person has produced the following at the time the court fee is charged:

- (1) a copy of the decision to assign legal aid as referred to in Section 29 of the Dutch Legal Aid Act ("*Wet op de rechtsbijstand*"), or, if this is not possible due to circumstances that cannot reasonably be attributed to that person, a copy of the application referred to in Section 24(2) of the Dutch Legal Aid Act, or
- (2) a statement issued by the board of the Legal Aid Council ("*Raad voor rechtsbijstand*") referred to in Section 7(3)(e) of the Dutch Legal Aid Act showing that this person's income does not exceed the incomes referred to in the order in council under Section 35(2) of that Act;

of defendants who are represented by the same counsel and file identical briefs or raise identical defences, a joint court fee will be levied only once on the basis of Section 15 of the Dutch Civil Court Fees Act;

**FOR THE PURPOSE OF:**

hearing the following statement of claim being made on behalf of the claimant:

## Table of Contents

1	Introduction .....	5
	PART I: FACTS AND CIRCUMSTANCES.....	6
2.	The parties and the Spanish schemes to promote electricity production from renewable energy sources.....	6
3.	The ECT arbitration initiated by AES and AEF .....	9
4.	The annulment proceedings before the Swiss Supreme Court .....	10
5.	AES and AEF are seeking enforcement of the arbitral award in the United States .....	10
	PART III: LEGAL FRAMEWORK AND UNLAWFULNESS OF THE EXECUTION .....	10
6.	The concept of State aid.....	10
7.	Compensation in lieu of unlawful State aid .....	12
8.	(Execution of) an arbitral award as aid .....	12
9.	Role of the national courts.....	15
10.	Legitimate expectations .....	16
11.	Compensation in lieu of unlawful aid also constitutes unlawful aid.....	17
12.	Application of the legal framework for State aid to the case .....	17
13.	Application of the State aid concept to (the enforcement of) the arbitral award .....	18
14.	Task of the national courts.....	20
15.	Conclusion on the assessment from a State aid law perspective .....	21
16.	Final observation with regard to the assessment from a State aid law perspective .....	21
17.	Articles 267 and 344 TFEU also preclude enforcement .....	21
18.	The continuation of the enforcement constitutes abuse of enforcement power .....	25
19.	The abuse of power justifies the provisional relief sought .....	27
	PART III: PROCEDURAL ASPECTS AND RELIEF SOUGHT .....	27
20.	Spain's claims and the need for penalty sums .....	27
21.	A cross-border injunction by way of provisional relief is called for .....	28

22. The defence and its rebuttal .....29

23. A judgment against the defendants must be declared enforceable notwithstanding appeal or  
opposition.....29

24. Jurisdiction .....29

25. Offer to produce evidence.....29

OVERVIEW OF EXHIBITS .....[33]

1. **Introduction**

- 1.1 The Defendants, AES Solar Energy Coöperatief U.A. (hereinafter: "**AES**") and Ampère Equity Fund B.V. ("**AEF**") (referred to collectively hereafter as: "**Defendants**") both started to invest in solar energy installations in Spain from 2007 onwards. In doing so, they intended to take advantage of a scheme of the Kingdom of Spain ("**Spain**") that offered the necessary favorable financial terms. That scheme constituted aid within the meaning of Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union ("**TFEU**") and the European Commission had not been notified hereof in advance in accordance with Article 108(3) TFEU. As a result, the aid of Spain constituted unlawful aid. Spain was therefore prohibited under EU law from implementing its scheme and was therefore also prohibited from allowing AES and AEF to benefit from the aid they believed they were entitled to. The schemes were amended and the European Commission declared these amended schemes compatible with the internal market (approved) in 2017 under Article 107(3) TFEU (**Exhibit 1**).<sup>1</sup>
- 1.2 In reaction to this, AES and AEF, together with several other claimants, commenced arbitration proceedings under the International Energy Charter (to be referred to hereafter with its common English abbreviation as "**ECT**") before an *ad hoc* arbitral tribunal of the Permanent Court of Arbitration (hereafter: "**PCA**"; the arbitral tribunal will be referred to hereafter as the "**PCA Tribunal**"), seeking compensation from Spain. The PCA Tribunal granted this claim. (**Exhibit 2**).
- 1.3 AES and AEF are now seeking leave from the District Court for the District of Columbia to enforce the above-mentioned arbitral award (**Exhibit 3**). That leave will allow AES and AEF to seize assets of Spain under warrant of execution in the United States, in any event outside the European Union.
- 1.4 By doing so, AES and AEF are trying to circumvent the prohibition on the provision of State aid, which, as will be explained below, includes compensation in lieu of State aid. Through execution, AES and AEF will receive funds at Spain's expense after all, which constitutes a grant of unlawful aid to AES and AEF. AES and AEF are thus seeking to achieve that Spain breaches its obligations under the TFEU.
- 1.5 In addition, the enforcement of the arbitral award is also in breach of Articles 267 and 344 TFEU. These articles preclude a provision in an international agreement concluded between two European Union Member States whereby an investor from one of these Member States is allowed, in the event of a dispute about investments in the other Member State, to bring proceedings against the latter State before an arbitral tribunal and that Member State has undertaken to accept its jurisdiction.<sup>2</sup> The ECT is such an agreement.
- 1.6 The continuation of the execution despite the foregoing constitutes an abuse of rights or abuse of enforcement power, respectively.
- 1.7 Spain is therefore seeking an order prohibiting AES and AEF and companies linked with them

---

<sup>1</sup> Decision of the European Commission of November 10, 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](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf).

<sup>2</sup> ECJ March 6, 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, para. 32. Also see ECJ September 2, 2021, *Komstroy*, ECLI:EU:C:2021:655 and ECJ October 26, 2021, *PL Holdings*, ECLI:EU:C:2021:875.

from proceeding to enforce the arbitral award. Spain is also requesting the District Court, by filing an Incidental Motion, to grant provisional relief for the duration of the action on the merits<sup>3</sup> in order to prevent AES and AEF from already proceeding with enforcement in the meantime, with all the possible irreversible consequences that may ensue.

- 1.8 For the sake of completeness, it is observed that Spain is also bringing a similar legal action in the Netherlands against two other companies, in connection with ECT arbitration proceedings brought against Spain by those parties. The same is happening in other European jurisdictions (Germany and Luxembourg) where the same issues arise.
- 1.9 Spain will further explain its claims below. In Part I, Spain will set out the facts and circumstances relevant to this case, and in Part II it will explain its claims and the legal framework in more detail. Finally, in Part III, Spain will formulate the relief sought by it and discuss a number of issues that are procedural in nature.

## PART 1: FACTS AND CIRCUMSTANCES

### 2. The parties and the Spanish schemes to promote electricity production from renewable energy sources

- 2.1 AES and AEF, along with several other investors, have invested in photovoltaic (PV) installations, also known as solar power plants, in Spain from 2007 onwards.
- 2.2 In 2007, Spain introduced a scheme to promote electricity production from renewable energy sources. It was laid down by Spanish Royal Decrees 661/2007, 1578/2008, and 6/2009 (the "the 2007 Scheme") in order to implement EU Directive 2001/77/EC on renewable energy.<sup>4</sup> The 2007 Scheme was not notified to the European Commission or assessed by the European Commission otherwise under the State aid rules, despite recital 12 to Directive 2001/77/EC, which provides that "*Articles 87 and 88 [of the Treaty, currently Articles 107 and 108 TFEU] will continue to apply to such public support.*"<sup>5</sup> That recital makes it clear that Member States remained obliged to notify the State aid schemes adopted by them in order to transpose that directive.
- 2.3 Under the 2007 Scheme, renewable energy producers could choose between two options to be eligible for aid. The first option consisted of a subsidy for energy production from renewable sources by receiving a fixed tariff per kWh of energy produced (hereinafter: the "Subsidy Option"), with an annual update of the rate based on the consumer price index. The second option consisted of selling the (generated) electricity on the market and then receiving a premium per kWh of electricity sold on top of the market price (hereinafter: the "Premium Option").<sup>6</sup>

<sup>3</sup> It did not seem opportune to Spain - also in light of the complexity of the case - to bring the case in summary proceedings.

<sup>4</sup> Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of September 27, 2001, on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market, OJ EC 2001, L283/33.

<sup>5</sup> See paragraph 11 of the decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as **Exhibit 4**.

<sup>6</sup> See paragraph 14 of the decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as

- 2.4 Both the subsidy and the premium were calculated based on the typical costs and revenues of standard renewable energy installations, with an estimate by Spain of both the initial investment costs and the operating and maintenance costs of the standard plants as well as the market price.
- 2.5 The 2007 Scheme was financed through the network access tariffs that were charged to electricity consumers and network users by Spanish Law 54/1997 and Spanish Royal Decree 2017/1997. These tariffs were calculated in accordance with a method determined by the Spanish government. Spanish Royal Decree 2017/1997 designated the *Comisión Nacional de Energía* (the National Energy Commission) - an advisory government body incorporated in the (Spanish) National Commission for Markets and Competition - to transfer the collected tariffs, through subsequent settlements, to the beneficiaries of the 2007 Scheme. In the annexes to Royal Decree 2017/1997, the beneficiaries of the settlements were defined, the applicable mathematical formulas were provided and the settlement procedure itself was regulated according to certain predetermined, objective parameters.<sup>7</sup>
- 2.6 AES and AEF, along with several other investors, have invested in solar energy installations on the basis of Spanish Royal Decree 661/2007. This Decree stipulated that solar energy installations, under the Subsidy Option, were entitled to a fixed amount per kWh for the first 25 years of their operational life and to a lower amount thereafter. The amount per kWh depended here on the installed capacity of the solar energy installation.<sup>8</sup>
- 2.7 In order to be eligible for aid under the Subsidy Option based on Royal Decree 661/2007, the solar energy installations had to be registered with the *Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial* (hereinafter: “RAIPRE”) before a certain time.<sup>9</sup>
- 2.8 Spain announced on September 27, 2007, that the deadline for RAIPRE registrations would expire on September 29, 2008. AES and AEF registered their installations with RAIPRE before the expiry of this deadline and were therefore entitled to aid under Royal Decree 661/2007.<sup>10</sup> AES and AEF have thus received aid on the basis of the 2007 Scheme.
- 2.9 In 2010, Spain passed two pieces of legislation.
- 2.10 Royal Decree 1565/2010 extended the period for receiving the (higher) amount per kWh from 25 years to 30 years, but abolished the lower amount per kWh received by the solar energy installation after that.<sup>11</sup>
- 2.11 Law 14/2010 set a limit for the number of hours per year for which a solar energy installation would receive support under the Subsidy Option. Once a plant reached this hour cap, it could continue to sell electricity, but at market prices. The hour cap applied for the entire lifetime of

---

Exhibit 4.

<sup>7</sup> See paragraphs 19 to 21 of the decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as Exhibit 4.

<sup>8</sup> See paragraph 192 of the Final Award of February 28, 2020, case no. 2012-14, attached as Exhibit 2.

<sup>9</sup> See paragraph 193 of the Final Award of February 28, 2020, case no. 2012-14, attached as Exhibit 2.

<sup>10</sup> See paragraph 196 of the Final Award of February 28, 2020, case no. 2012-14, attached as Exhibit 2.

<sup>11</sup> See paragraph 200 of the Final Award of February 28, 2020, case no. 2012-14, attached as Exhibit 2.



the installation.<sup>12</sup>

- 2.12 From 2012 onwards, Spain introduced several legislative acts that amended the 2007 Scheme, but the essential features of that Scheme were retained.
- 2.13 First, Law No. 15/2012 abolished the remuneration for electricity generated with natural gas. Then, Law 2/2013 of February 1, 2013, abolished, among other things, the mechanism for adjusting feed-in tariffs to the consumer price index and replaced it with a lower index.<sup>13</sup>
- 2.14 The 2013 scheme provides support for renewable energy installations, among other things.
- 2.15 Two types of facilities are eligible for aid under the 2013 scheme:
  - (A) facilities receiving support within the scope of this new scheme following the entry into force of Royal Decree 413/2014 on June 11, 2014 (hereinafter: "New Facilities"); and
  - (B) facilities already entitled to or already receiving aid from the 2007 Scheme when legislative act 9/2013 came into force on July 14, 2013 (hereinafter: "Existing Facilities").<sup>14</sup>
- 2.16 The new arrangements of 2013 resulted in aid that has been adapted to the new features of the scheme.
- 2.17 By decision of November 10, 2017, the European Commission approved the 2013 scheme as compatible with the internal market (see Exhibit 1).
- 2.18 All the facilities that originally benefited from the 2007 Scheme were automatically registered under the 2013 scheme. When assessing the compatibility of the scheme, the Commission took into account the sum of payments made to Existing Facilities under the 2007 and 2013 schemes in order to verify the absence of overcompensation.<sup>15</sup>
- 2.19 The European Commission assessed the proportionality of the aid granted to Existing Facilities in accordance with paragraph 131(a) of the Guidelines on State aid for Environmental Protection on the basis of the cash-flow calculations for 21 standard facilities. Those include past sales income (including those deriving from the 2007 Scheme for Existing Facilities), the expected future sales income, the initial investment costs, the operating costs and the compensation to be granted for each facility both for operation and for investments. For all examples provided, the Commission verified that the aid did not exceed what is required to recover the initial investment costs and the relevant operational costs, plus a margin of reasonable return, based on the past and estimated costs and market prices. The Commission's 2017 decision concluded that these rates of return were in line with those applicable to similar measures the Commission had approved and did not lead to

---

<sup>12</sup> See paragraph 201 of the Final Award of February 28, 2020, case no. 2012-14, attached as Exhibit 2.

<sup>13</sup> See paragraph 24 of the Decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as Exhibit 4.

<sup>14</sup> See paragraph 28 of the Decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as Exhibit 4.

<sup>15</sup> See paragraph 34 of the Decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as Exhibit 4.

overcompensation.<sup>16</sup>

2.20 AES and AEF are claiming that they have suffered losses due to the amendments of 2010 and the amendments in the 2007 Scheme, which resulted in lower aid amounts.

3. **The ECT arbitration initiated by AES and AEF**

3.1 On November 16, 2021, AES and AEF, together with several other claimants, gave Spain notice of arbitration under the ECT, which has been ratified by the Netherlands and Spain and has entered into force for both countries, and the United Nations Commission On International Trade Law (hereinafter: "UNCITRAL") rules.<sup>17</sup>

3.2 An arbitral tribunal was constituted on May 1, 2012, after which the parties agreed on July 4, 2012, that the PCA would act as registrar in the arbitration proceedings.<sup>18</sup>

3.3 The PCA Tribunal held a hearing on jurisdiction on January 31, 2014, after which the PCA Tribunal issued its Preliminary Award on Jurisdiction on October 13, 2014. In that Award, the PCA Tribunal rejected all of Spain's objections to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal. The PCA Tribunal thus found that it had jurisdiction to hear the dispute.<sup>19</sup>

3.4 On February 28, 2020, the PCA Tribunal issued its Final Award<sup>20</sup>. In this Award, the PCA Tribunal (among other things):

- (A) found that Spain had infringed Article 10(1) ECT;
- (B) ordered Spain to pay AES EUR 15.4 million, on which amount interest is due with effect from June 30, 2014 (at a rate equal to the Spanish 10-year bond rate);
- (C) ordered Spain to pay AEF EUR 11.1 million, on which amount interest is due with effect from June 30, 2014 (at a rate equal to the Spanish 10-year bond rate);
- (D) ruled that an amount of EUR 2,467,847.78 in arbitration costs would be borne equally by the claimants and Spain.

3.5 Spain notified the European Commission of the award rendered by the PCA Tribunal. The European Commission acknowledged the receipt of the notification on September 14, 2021, and registered it under number SA.64761. The European Commission has not yet taken a decision regarding the notified aid.

---

<sup>16</sup> See paragraph 35 of the Decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as Exhibit 4.

<sup>17</sup> See paragraph 13 of AES and AEF's Claim of December 10, 2021, in the District Court attached as Exhibit 3.

<sup>18</sup> See paragraphs 14 and 15 of the Claim of AES and AEF of December 10, 2021, before the District Court attached as Exhibit 3.

<sup>19</sup> See paragraph 17 of the Claim of AES and AEF of December 10, 2021, before the District Court, attached as Exhibit 3.

<sup>20</sup> See the Final Award dated February 28, 2020, Case No. 2012-14, attached as Exhibit 2.

4. **The annulment proceedings before the Swiss Supreme Court**

- 4.1 Subsequently, Spain brought an action before the Swiss Supreme Court seeking the annulment of the arbitral award of February 28, 2020, in which Spain argued that the PCA Tribunal had failed to properly consider the consequences of the *Achmea* judgment.<sup>21</sup>
- 4.2 The Swiss Supreme Court denied the annulment sought by Spain in its ruling of February 23, 2021.<sup>22</sup>

5. **AES and AEF are seeking enforcement of the arbitral award in the United States**

- 5.1 On December 10, 2020, AES and AEF brought a legal action (jointly) in the District Court for the District of Columbia (hereinafter: the "District Court"), in which AES and AEF requested the District Court (i) to issue an order acknowledging and confirming the arbitral award and the damages awarded by the PCA Tribunal; and (ii) to render an award in favor of AES and AEF in the amount of the damages awarded by the PCA Tribunal fixed at EUR 15.4 million and EUR 11.1 million respectively, plus interest.<sup>23</sup>
- 5.2 Spain filed a motion to dismiss the claim of AES and AEF with the District Court on May 6, 2022, and requested the District Court to schedule a hearing.<sup>24</sup>
- 5.3 On June 17, 2022, AES and AEF filed their reply to Spain's motion dated May 6, 2022, in which they requested the District Court to dismiss Spain's motion.<sup>25</sup>
- 5.4 A hearing on the above-mentioned motion took place on October 31, 2022.
- 5.5 The District Court has not yet issued a final judgment.

**PART III: LEGAL FRAMEWORK AND UNLAWFULNESS OF THE EXECUTION**

6. **The concept of State aid**

- 6.1 State aid is an objective and legal concept, which is directly defined in Article 107(1) TFEU.<sup>26</sup> Article 107(1) TFEU provides:

*"Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favoring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible*

---

<sup>21</sup> ECJ March 6, 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

<sup>22</sup> See the judgment of February 23, 2021, of the Swiss Supreme Court, case no. 4A\_187/2020, attached as **Exhibit 5**.

<sup>23</sup> Claim of AES and AEF dated December 10, 2021, before the District Court, attached as Exhibit 3.

<sup>24</sup> See the Memorandum of the Law in Support of Spain's Motion of May 6, 2022, to Dismiss the Application before the District Court attached as **Exhibit 6**.

<sup>25</sup> See the Reply of AES and AEF of June 17, 2022, to Spain's Motion of May 6, 2022, to Dismiss the Application before the District Court attached as **Exhibit 7**.

<sup>26</sup> Judgment of the ECJ of December 22, 2008, *British Aggregates v Commission*, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, para. 111; judgment of the ECJ of May 16, 2000, *France v Ladbroke Racing and Commission*, C-83/98, ECLI:EU:C:2000:248, para. 25.

*with the internal market.”*

- 6.2 This provision shows that a measure constitutes aid, if the following criteria are met:
- (A) a government grants, with public funds;
  - (B) to an undertaking;
  - (C) a selective advantage which is not market-conforming;
  - (D) and which distorts competition; and
  - (E) the trade between Member States can be affected.
- 6.3 National aid that meets all the above criteria qualifies as aid within the meaning of Article 107(1) TFEU.
- 6.4 Article 108(3) TFEU provides:

*“The Commission shall be informed, in sufficient time to enable it to submit its comments, of any plans to grant or alter aid. If it considers that any such plan is not compatible with the internal market having regard to Article 107, it shall without delay initiate the procedure provided for in paragraph 2. The Member State concerned shall not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision.”*

- 6.5 This paragraph introduces the prior verification of aid by the European Commission: any (new) aid must be notified to the Commission in advance (notification obligation) and may not be put into effect until the Commission has declared the aid compatible (standstill obligation).<sup>27</sup>
- 6.6 Aid that is introduced (put into effect) in breach of Article 108(3) TFEU without a prior positive decision of the European Commission constitutes unlawful aid.<sup>28</sup>
- 6.7 Even if the European Commission carries out an investigation and then declares that aid that a State did not or not timely notify – and is therefore unlawful aid – is compatible, that does not change the unlawfulness of the aid granted in breach of the notification obligation and standstill obligation. On this point, the CJEU ruled:

*“The Commission’s final decision does not have the effect of regularizing, retrospectively, implementing measures which were invalid because they had been taken in disregard of the prohibition laid down by that article. Any other interpretation would have the effect of according a favorable outcome to the non-observance, by the Member State concerned, of the last sentence of*

---

<sup>27</sup> Unless an exemption to the notification obligation applies under a group exemption, such as the General Group Exemption Regulation (EU) 651/2014. In this case, no exemptions to the notification obligation apply.

<sup>28</sup> See Article 1(f) of Regulation (EU) 2015/1589 of the Council of July 13, 2015, laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2015, L248/9.

*Article 88(3) EC [currently Article 107(3) TFEU] and would deprive it of its effectiveness.*"<sup>29</sup>

## 7. Compensation in lieu of unlawful State aid

- 7.1 While companies may ask national courts to order the payment of the compensation to which they believe they are entitled, such claims cannot have the effect of circumventing the effective application of the Union's State aid rules.<sup>30</sup>
- 7.2 In particular, companies that may be entitled under national law to receive aid that has not been notified to and approved by the Commission, but have not received it, cannot claim compensation for the amount equal to the amount of aid not received, as this would constitute an indirect grant of unlawful aid.<sup>31</sup>

## 8. (Execution of) an arbitral award as aid

- 8.1 It follows from the Court of Justice's judgment in the *Micula* case<sup>32</sup> ("Micula Judgment") that the European Commission has jurisdiction to examine whether an award of an arbitral tribunal granting the payment of compensation to a number of companies constitutes State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU. This entails, given the role of the national courts in State aid supervision, that the national courts also have jurisdiction to rule on whether such an arbitral tribunal's award constitutes State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU, and, furthermore, that they must take the necessary measures to ensure compliance with Article 108(3) TFEU.
- 8.2 The background to the *Micula* judgment is as follows.
- 8.3 The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereinafter: the "ICSID Convention") took effect for Romania on October 12, 1975. By 2022, Sweden and Romania had concluded a bilateral investment treaty (Bilateral Investment Treaty) for the promotion and mutual protection of investments (hereinafter "BIT"). Article 2(3) of this BIT provides that each contracting party shall at all times ensure fair and equitable treatment of the investments by investors of the other Contracting Party. Further, the BIT provides that any disputes between investors and contracting countries shall be settled by an arbitral tribunal applying the ICSID Convention.<sup>33</sup>
- 8.4 In 2005, as part of the negotiations on Romania's accession to the European Union, the

<sup>29</sup> ECJ February 12, 2008, *CELF*, C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79, para 40.

<sup>30</sup> ECJ June 29, 2004, *Commission v Council*, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, para. 43; ECJ July 18, 2007, *Lucchini*, C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, paras. 59-63; ECJ November 11, 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, paras. 42-44.

<sup>31</sup> ECJ November 11, 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, paragraphs 42-44. Also see the Decision of the Commission of April 16, 2004, State aid N 304/2003 - The Netherlands, Aid in favor of Akzo Nobel to minimize chlorine transports, para. 18 and footnote 10. Also see the Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer of April 28, 2005, in *Atzeni a.o.*, C-346/03 and C-529/03, ECLI:EU:C:2005:256, para. 198.

<sup>32</sup> ECJ January 25, 2022, C-638/19 P, *Commission v European Food a.o.*, ECLI:EU:C:2022:50.

<sup>33</sup> The ICSID Convention had entered into force for Romania in 1975, see paragraph 3 of the *Micula* judgment.

Romanian government abolished a national incentives scheme that favored certain investors in disadvantaged regions (hereafter: "Tax Incentives Scheme"). Several Swedish investors had made investments in a certain region of Romania under that Tax Incentives Scheme. According to these investors, Romania had failed to fulfil its obligation to treat the investments made by them fairly and equitably in accordance with the BIT by repealing the Tax Incentives Scheme, they therefore requested that an arbitral tribunal be set up to compensate them for the losses they had suffered because the Tax Incentives Scheme had been repealed.

- 8.5 In an arbitral award dated December 11, 2013, this arbitral tribunal found that Romania, by repealing the Tax Incentives Scheme at issue, had breached the legitimate expectation of the arbitration applicants, had failed to act transparently by not informing those applicants in a timely manner and had failed to ensure fair and equitable treatment of those applicants' investments within the meaning of Article 2(3) BIT. Accordingly, the arbitral tribunal ordered Romania to pay the arbitration applicants damages of approximately €178 million.
- 8.6 The European Commission subsequently warned Romania that any implementation or execution of the arbitral award would be considered as new State aid and would have to be notified to the Commission. Romania. [sic]. The Commission then ordered Romania in a decision in 2014 to immediately suspend any measure that could lead to the implementation or execution of the arbitral award, as such a measure would amount to unlawful State aid, until the Commission had taken a final decision on the compatibility of this aid. Romania nevertheless paid the damages awarded by the arbitral tribunal to the Swedish investors. By decision of March 30, 2015,<sup>34</sup> the Commission classified the payment of these damages as State aid within the meaning of Article 107 TFEU that is incompatible with the internal market, prohibited its implementation and ordered the recovery of the amounts already paid.
- 8.7 Against that decision of the Commission, several actions for annulment were brought before the General Court of the European Union ("General Court"). The General Court annulled the Commission's decision, in particular because the Commission had applied its powers under the State aid rules retroactively to facts predating Romania's accession to the Union on January 1, 2007. In fact, the General Court assumed that the aid at issue had been granted by Romania on the date when the Tax Incentives Scheme was repealed, i.e., in 2005, and not on the date of the arbitral award.
- 8.8 A key question in this judgment is whether, in the case of an arbitral award that awards compensation on account of the repeal of a (tax) incentives scheme in breach of a BIT, State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU was granted *either* on the date on which that compensation is actually paid in order to implement that award, because the right to compensation definitively came into existence on the date on which that arbitral award became enforceable, *or* on the date on which the scheme was repealed. In the *Micula* judgment, the Court recalled that the decisive factor for establishing the date on which the right to receive State aid was conferred on its beneficiaries by a particular measure is the acquisition by those beneficiaries of a definitive right to receive that aid and to the corresponding commitment, by the State, to grant that aid. It is at that date, according to the Court of Justice, that such a measure is liable to distort competition and affect trade between Member States within the meaning of Article 107(1) TFEU. The Court of Justice went on to

---

<sup>34</sup> Commission Decision (EU) 2015/1470 of March 30, 2015, on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania - Arbitral Award in *Micula v Romania* of December 11, 2013, *OJ* 2015, L 232/4.

find that the right to compensation for the damage purportedly suffered by the arbitration applicants on account of the alleged repeal of the relevant (Tax) Incentives Scheme realized in breach of the BIT was only granted when the arbitral award was rendered. After all, it was only upon the conclusion of the arbitration proceedings brought for that purpose under the arbitration clause of Article 7 BIT that the arbitration applicants were able to obtain actual payment of that compensation. The Court of Justice emphasizes that even if the repeal of the (Tax) Incentives Scheme allegedly realized in breach of the BIT constitutes the event giving rise to the damage, the right to the compensation in question was granted solely by the arbitration award issued by the tribunal, which, having admitted the claim brought by the arbitration applicants, not only established the existence of that right, but also quantified the amount thereof. The Commission was therefore competent to adopt the decision of March 30, 2015, under Article 108 TFEU.<sup>35</sup>

- 8.9 This means that an arbitral tribunal award ordering a Member State to pay compensation to a company operating in the European Union is subject to State aid supervision under Articles 107 and 108 TFEU. It has already been explained above that compensation in lieu of unlawful or incompatible State aid also itself constitutes State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU. See section 7 above. This also applies if such compensation is awarded by an arbitral tribunal, because in that case, too, the compensation replaces unlawful or incompatible aid. Also see paragraph 77 of the *Antin* decision of the European Commission and paragraphs 100-108 of the *Micula* decision of the European Commission. In both cases, the European Commission found that the payment of compensation awarded by the arbitral tribunal, through the implementation or execution of the award, resulted in the enjoyment of an advantage for the arbitration applicants that they would not have obtained under normal market conditions, and constitutes State aid because the other conditions of Article 107(1) TFEU are met. This is not altered by the fact that the arbitral tribunal was set up under international law.
- 8.10 What is relevant here is that according to the case law of the Court of Justice an international agreement cannot affect the allocation of powers fixed by the Treaties or, consequently, the autonomy of the EU legal system, observance of which is ensured by the Court, see para. 32 of the *Achmea* judgment.<sup>36</sup> In that judgment, the Court of Justice ruled that Articles 267 and 344 TFEU preclude a provision in an international agreement concluded between two Member States of the European Union under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept.<sup>37</sup> By concluding such an agreement, the Member States that are party to it withdraw disputes which may concern the application or interpretation of European Union law, such as the rules on State aid, from the jurisdiction of their own courts and, consequently, from the system of remedies which they are required to provide under the second subparagraph of Article 19(1) TEU in the fields covered by that law. Such an international agreement may therefore have the effect of preventing those disputes from being settled in a manner that ensures the full effect of that law.<sup>38</sup> An arbitration clause is therefore incompatible with the principle of loyal cooperation

<sup>35</sup> Para. 126 of the *Micula* judgment.

<sup>36</sup> ECJ March 6, 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, para. 32.

<sup>37</sup> *Ibid.*, para. 60.

<sup>38</sup> ECJ February 27, 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, para. 34; ECJ October 26, 2021, *PL Holdings*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, para 45.

laid down in Article 4(3), first paragraph VEU and undermines the autonomy of Union law.<sup>39</sup> This means that an arbitration clause cannot be applied and that, in any case, the Union law cannot be set aside by an award of the arbitral tribunal. State aid rules therefore remain applicable if an arbitral tribunal orders a Member State of the European Union to pay compensation.

- 8.11 In its *PL Holdings* judgment, the Court of Justice further added: "*To allow a Member State, which is a party to a dispute which may concern the application and interpretation of EU law, to submit that dispute to an arbitral body with the same characteristics as the body referred to in an invalid arbitration clause contained in an international agreement such as the one referred to in paragraph 44 above, by concluding an ad hoc arbitration agreement with the same content as that clause, would in fact entail a circumvention of the obligations arising for that Member State under the Treaties and, specifically, under Article 4(3) TEU and Articles 267 and 344 TFEU, as interpreted in the judgment of March 6, 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158).*"<sup>40</sup> In that case, the Court of Justice found that Articles 267 and 344 TFEU preclude national legislation which allows a Member State to conclude an *ad hoc* arbitration agreement with an investor from another Member State that makes it possible to continue arbitration proceedings initiated on the basis of an arbitration clause whose content is identical to that agreement, where that clause is contained in an international agreement concluded between those two Member States and is invalid on the ground that it is contrary to these articles. In short, it is evident that the circumvention of EU law is not allowed.

## 9. **Role of the national courts**

- 9.1 It follows from the above that Article 108(3) TFEU establishes a prior control of plans to grant new aid. The aim of this prior control is that, only aid declared compatible with the internal market may be implemented.<sup>41</sup>
- 9.2 In order to achieve this objective, the implementation of any proposed aid must be deferred until the European Commission has taken a final decision on the compatibility of the aid (the standstill obligation).<sup>42</sup>
- 9.3 The task of the national courts is the result of the direct effect of the prohibition on the implementation of proposed aid established by Article 108(3) TFEU. The direct effect of this prohibition extends to all aid which has been implemented without being notified.<sup>43</sup>
- 9.4 The national courts must ensure that all the appropriate consequences are drawn from an infringement of the notification obligation and standstill obligation referred to in the last sentence of Article 108(3) TFEU, with regard to both the validity of the implementing measures and the recovery of financial support granted in disregard of that provision or any

<sup>39</sup> ECJ October 26, 2021, *PL Holdings* C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, para. 46.

<sup>40</sup> ECJ October 26, 2021, *PL Holdings* C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, para. 47.

<sup>41</sup> ECJ March 3, 2020, C-75/18, *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt.*, C-75/18, ECLI:EU:C:2020:139, para. 19.

<sup>42</sup> ECJ November 21, 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, EU:C:2013:755, paras. 25 and 26, and ECJ March 5, 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, para. 84.

<sup>43</sup> ECJ November 21, 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, para. 29, and ECJ March 5, 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, EU:C:2019:172, para. 88.



possible interim measures.<sup>44</sup>

- 9.5 In this context, the Court has confirmed by way of a preliminary ruling (because, in the opinion of the Court of Justice, the answers to the questions referred for a preliminary ruling were already apparent from previous judgments delivered by the Court of Justice) that EU law, in particular Articles 267 and 344 TFEU, must be interpreted as meaning that a court of a Member State that has to rule on the enforcement of the arbitral award that was the subject of *(EU) Decision 2015/1470 of March 30, 2015, on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) enforced by Romania - Arbitral Award in the case Micula v Romania of December 11, 2013*, must set aside that arbitral award and that the award can in no event be enforced to enable its beneficiaries to obtain payment of the compensation awarded to them.<sup>45</sup>
- 9.6 Spain, for that matter, has pointed out that it is not necessary, to ensure compliance with Article 108(3) TFEU, that the Commission has found in a decision that the aid is unlawful. The *Eesti Pagar* judgment of the Court of Justice shows that even if a Member State (or a court of that Member State) finds that a measure constitutes aid and was wrongly not notified to the European Commission, the Member State and all its bodies must take the necessary measures, even without any decision by the European Commission, to prevent unlawful aid from being granted or paid.<sup>46</sup>
10. **Legitimate expectations**
- 10.1 According to settled case law of the Court of Justice, beneficiary undertakings, having regard to the fundamental role played by the notification obligation under Article 108(3) TFEU for the effectiveness of the mandatory State aid control by the Commission, can have no legitimate expectation as to the lawfulness of any aid, unless it has been granted in compliance with the notification procedure under Article 108(3) TFEU.<sup>47</sup>
- 10.2 According to the Court of Justice, a diligent businessman should normally be able to determine whether that procedure has been followed.<sup>48</sup> If the undertaking has failed to determine this, it is, in principle, not entitled to rely on a legitimate expectation.
- 10.3 In particular, if aid has been granted that had not been notified to the Commission in advance, so that the aid is unlawful under Article 108(3) TFEU, its recipient cannot entertain a

---

<sup>44</sup> ECJ November 21, 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, para. 30, and ECJ March 5, 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, EU:C:2019:172, para. 89.

<sup>45</sup> ECJ September 21, 2022, *Romatsa*, C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749, operative part. The decision is only available in French and is attached as **Exhibit 8a**. A non-official Dutch translation, made with DeepL and for the reader's convenience, is attached as **Exhibit 8b**.

<sup>46</sup> ECJ March 5, 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, para. 91.

<sup>47</sup> See in this sense: ECJ November 24, 1987, *RSV v Commission*, 223/85, ECLI:EU:C:1987:502, paras. 16 and 17; ECJ September 20, 1990, *Commission v Germany*, C-5/89, EU:C:1990:320, paras. 14 and 16; ECJ June 13, 2013, *HGA a.o. v Commission*, C-630/11 P-C-633/11 P, ECLI:EU:2013:387, para. 134; ECJ January 27, 1998, *Ladbroke Racing v Commission*, T-67/94, EU:T:1998:7, para. 182; General Court October 16, 2014, *Alcoa Trasformazioni v Commission*, T-177/10, ECLI:EU:T:2014:897, para. 61, and General Court April 22, 2016, *Ireland*, and *Aughinish Alumina v Commission*, T-50/06 RENV II and T-69/06 RENV II, EU:T:2016:227, para 214.

<sup>48</sup> See, inter alia, ECJ September 20, 1990, *Commission v Germany*, C-5/89, EU:C:1990:320, para. 14.

legitimate expectation at that time that the grant of aid was lawful, except in exceptional circumstances.<sup>49</sup>

- 10.4 The Court of Justice has pointed out that Articles 107 and 108 TFEU would be deprived of any useful effect, if a Member State whose authorities have granted aid contrary to the procedural rules laid down in Article 109 could rely on the legitimate expectations of recipients in order to justify a failure to comply with the obligation to take the steps necessary to implement a Commission decision instructing it to recover the aid or to not grant it.<sup>50</sup>
- 10.5 It is also settled case law that, in order to rely on a legitimate expectation in the case of unlawful aid, three cumulative conditions must be met. First, precise, unconditional and consistent assurances originating from authorized and reliable sources must have been given to the person concerned by the administrative authorities. Secondly, those assurances must be such as to give rise to a legitimate expectation on the part of the person to whom they are addressed. Thirdly, the assurances given must comply with the applicable rules.<sup>51</sup>
- 10.6 The Court of Justice has clarified that national authorities should not be considered to be a competent authority in this context; the expectation must have been raised by institutions of the European Union.<sup>52</sup>

11. **Compensation in lieu of unlawful aid also constitutes unlawful aid**

- 11.1 While undertakings may ask national courts to order the payment of the compensation to which they believe they are entitled, those claims cannot have the effect of circumventing the effective application of the State aid rules of the European Union.<sup>53</sup>
- 11.2 In particular, companies that may be entitled under national law to receive aid that has not been notified to and approved by the Commission, but that have not received such aid, cannot claim compensation for the amount equal to the sum of the non-received aid, as this would constitute an indirect grant of unlawful aid.<sup>54</sup>

12. **Application of the legal framework for State aid to the case**

**The 2007 Scheme constituted unlawful aid**

<sup>49</sup> ECJ September 20, 1990, *Commission v Germany*, C-5/89, EU:C:1990:320, paras. 14 and 16.

<sup>50</sup> ECJ September 20, 1990, *Commission v Germany*, C-5/89, EU:C:1990:320, para. 17.

<sup>51</sup> See, for example: General Court November 15, 2018, *Deutsche Telekom*, T-207/10, ECLI:EU:T:2018:786, para. 46.

<sup>52</sup> See, for example, ECJ March 5, 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, ECLI:EU:C:2019:172, para. 101.

<sup>53</sup> ECJ June 29, 2004, *Commission v Council*, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, para. 43; ECJ July 18, 2007, *Lucchini*, C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, paras. 59-63; ECJ November 11, 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, paras. 42-44.

<sup>54</sup> ECJ November 11, 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, paras. 42-44. Also see the Commission Decision of April 16, 2004, State aid N 304/2003 - The Netherlands, Aid in favor of Akzo Nobel to minimize chlorine transports, para. 18 and footnote 10. Also see the Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer of April 28, 2005, in *Atzeni a.o.*, C-346/03 and C-529/03, ECLI:EU:C:2005:256, para. 198.

- 12.1 The European Commission already gave its opinion on the 2007 Scheme in its decisions of 2017<sup>55</sup> and 2021.<sup>56</sup> In those decisions, the Commission found that the 2007 Scheme (and the scheme as subsequently amended) constituted aid.
- 12.2 It has been established that the 2007 Scheme was not notified to the European Commission.
- 12.3 As the above legal framework shows, it is thereby established that the 2007 Scheme constituted unlawful aid.

*No legitimate expectation*

- 12.4 As explained above, a beneficiary of national aid can only rely on a legitimate expectation, if that legitimate expectation was raised by an institution of the European Union. There is nothing to show that the European Commission has stated anything in such a way that AES and AEF could derive a legitimate expectation from this to the effect that the 2007 Scheme would not constitute aid or could be considered to be lawful aid.
- 12.5 Nor is there any evidence that AES and AEF could in any way derive an expectation from a statement by the European Commission that an arbitral award (whether of the PCA Tribunal or otherwise) could be considered to be lawful aid. On the contrary, it is actually explicitly clear from the Decision of the European Commission of March 30, 2015,<sup>57</sup> already cited above (which led to the *Micula* judgment), i.e., well before the award of the PCA Tribunal, that the European Commission considers (the enforcement of) an arbitral award to be unlawful aid.

13. **Application of the State aid concept to (the enforcement of) the arbitral award**

- 13.1 It follows from the foregoing that the 2007 Scheme constituted unlawful aid and therefore could not result in any grant to AES and AEF. It also follows from the foregoing that compensation in lieu of aid provided unlawfully otherwise also constitutes unlawful aid itself. As a result, the award of compensation in lieu of the aid AES and AEF believed they could receive on the basis of the 2007 Scheme, without AES and AEF being entitled to rely on a legitimate expectation in connection with this, also constitutes unlawful aid.
- 13.2 It is not relevant here whether the award of that compensation that serves to replace unlawful State aid is granted by an administrative body of a Member State or by a judicial authority. After all, as indicated above, the courts of the Member States also have the duty to ensure compliance with the rules on State aid.<sup>58</sup>
- 13.3 Where Member State authorities are obliged to ensure compliance with the rules on State aid, it is equally true that they cannot enter into treaties whereby they withdraw the jurisdiction to adjudicate such (replacement) compensation from their national courts and place it with

---

<sup>55</sup> Commission decision of November 10, 2017, SA.40348 (2015/NN) - Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, attached as Exhibit 1.

<sup>56</sup> Decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as Exhibit 4.

<sup>57</sup> Decision of the Commission (EU) 2015/1470 of March 30, 2015, on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania - Arbitral Award in *Micula v Romania* of December 11, 2013, *OJ* 2015, L 232/4.

<sup>58</sup> ECJ March 5, 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, para. 91.

an arbitral body. After all, this would enable them to circumvent the obligations apparent from the case law of the Court of Justice and thereby negate the useful effect of the State aid rules, including the notification obligation and the standstill provisions.

- 13.4 Spain has pointed out that the European Commission already gave its view, in its 2017 decision, on the assessment of an award of an arbitral tribunal from the perspective of State aid law in a similar case and found the following on this point (translated):

*"(160) As a preliminary point, the Commission observes that most of the investors that have brought cases against Spain are based in other Member States of the Union. The Commission considers that any provision that provides for investor-State arbitration between two Member States is contrary to Union law; in particular, this concerns Article 19(1) TEU, the principles of the freedom of establishment, the freedom to provide services and the free movement of capital, as established by the Treaties (in particular Articles 49, 52, 56, and 63 TFEU), as well as Articles 64(2), 65(1), 66, 75, 107, 108, 65 215, 267 and Article 344 TFEU, and the general principles of Union law of primacy, unity and effectiveness of Union law, of mutual trust and of legal certainty.*

*(161) The conflict concerns both substance and enforcement. On substance, Union law provides for a complete set of rules on investment protection (in particular in Articles 49, 52, 56, and 63 TFEU, as well as Articles 64(2), 65(1), 66, 75 and 215 TFEU). Member States are hence not competent to conclude bilateral or multilateral agreements between themselves, because by doing so, they may affect common rules or alter their scope. As the two sets of rules on investment protection potentially applicable between an EU Member State and an investor of another State (i.e., the Treaties and intra-EU bilateral investment treaties (BITs) or the ECT in an intra-EU setting) are not identical in content and are applied by different adjudicators, there is also a risk of conflicts between the international investment treaty and Union law.*

*(162) On enforcement, an Arbitration Tribunal created on the basis of the Energy Charter Treaty in a dispute between an investor of one Member State and another Member State or an intra-EU BIT has to apply Union law as applicable law (both as international law applicable between the parties and, where relevant, as domestic law of the host State). However, according to the case-law, it is not a court or tribunal of a Member State, and hence cannot make references to the ECJ, because in particular the requirements of permanence, of a State nature, and mandatory competence are not met.*

*(163) The resulting treaty conflict is to be solved, in line with the case-law of the Court, on the basis of the principle of primacy in favor of Union law. For those reasons, ECT does not apply to investors from other Member States initiating disputes against another Member State.*

*(164) In any event, there is also on substance no violation of the fair and equitable treatment provisions. As explained above at section 3.5.2, in the specific situation of the present case Spain has not violated the principles of legal certainty and legitimate expectations under Union law. In an intra-EU*

*situation, Union law is part of the applicable law, as it constitutes international law applicable between the parties to the dispute. As a result, based on the principle of interpretation in conformity, the principle of fair and equitable treatment cannot have a broader scope than the Union law notions of legal certainty and legitimate expectations in the context of a State aid scheme. In an extra-EU situation, the fair and equitable treatment provision of the ECT is respected since no investor could have, as a matter of fact, a legitimate expectation stemming from illegal State aid. This has been expressly recognized by Arbitration Tribunals. It is in any event settled case-law that a measure that does not violate domestic provisions on legitimate expectation generally does not violate the fair and equitable treatment provision.*

*(165) The Commission recalls that any compensation which an Arbitration Tribunal were to grant to an investor on the basis that Spain has modified the premium economic scheme by the notified scheme would constitute in and of itself State aid. However, the Arbitration Tribunals are not competent to authorize the granting of State aid. That is an exclusive competence of the Commission. If they award compensation, such as in Eiser v Spain, or were to do so in the future, this compensation would be notifiable State aid pursuant to Article 108(3) TFEU and be subject to the standstill obligation.*

*(166) Finally, the Commission recalls that this Decision is part of Union law, and as such also binding on Arbitration Tribunals, where they apply Union law. The exclusive forum to challenge its validity is the European courts."<sup>59</sup>*

- 13.5 In its decision of July 19, 2021, the Commission further ruled that an arbitral award in a similar case constitutes aid.<sup>60</sup>
- 13.6 Spain has notified the ruling of the PCA Tribunal to the European Commission. The European Commission acknowledged the receipt of the notification on September 14, 2021, and registered it under number SA.64761. The European Commission has not yet taken a decision regarding the notified aid.
14. **Task of the national courts**
- 14.1 It follows from the foregoing that decisions of the European Commission - which, for that matter, are irrevocable - show that both the 2007 Scheme and the award of compensation by an arbitral tribunal as well as its enforcement should be classified as unlawful aid.
- 14.2 The case law of the Court of Justice shows that national courts must refrain from taking decisions that conflict with a Commission decision and should observe the Commission's

---

<sup>59</sup> Decision of the Commission of November 10, 2017, SA.40348 (2015/NN) – Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, attached as Exhibit 1.

<sup>60</sup> Decision of the Commission of July 19, 2021, SA.54155, attached as Exhibit 4.

assessment as to whether State aid exists.<sup>61</sup>

- 14.3 Union law requires national courts to take effective measures to prevent the grant of unlawful aid to its beneficiary.<sup>62</sup>
- 14.4 In the present case, prohibiting Spain from paying the aid in the form of compensation to AES and AEF on the basis of the arbitral award is not an effective measure, because once a third-country court has irrevocably granted AES and AEF leave for execution, Spain cannot stop that execution as such.
- 14.5 It is for this reason that Spain is requesting this Court, as an effective measure to ensure that no payment of unlawful aid is made, to issue an injunction prohibiting AES and AEF from proceeding with the enforcement of the arbitral award.

15. **Conclusion on the assessment from a State aid law perspective**

- 15.1 On the basis of the foregoing, it must be concluded that, under Union law, this Court must consider it a given that the execution of the award of the PCA Tribunal - whether or not after a national court has granted leave for execution – will result in Spain granting unlawful State aid to AES and AEF. Furthermore, it follows from EU law that effective measures must subsequently be taken to prevent the grant of such unlawful aid. Since a court injunction prohibiting Spain from granting the aid does not prevent AES and AEF from [“realizing”], through the enforcement of the award rendered by the PCA Tribunal in breach of European Union law, that this unlawful aid is granted to AES and AEF after all, an injunction prohibiting AES and AEF from seeking that enforcement constitutes an effective measure to comply with the obligations under European Union law.

16. **Final observation with regard to the assessment from a State aid law perspective**

- 16.1 Spain wishes to point out to this Court that the Communication from the Commission on the enforcement of State aid rules by national courts<sup>63</sup> allows this Court to request information from the European Commission or seek advice on the application of the State aid rules.

17. **Articles 267 and 344 TFEU also preclude enforcement**

- 17.1 Beside Articles 107 and 108 TFEU, Articles 267 and 344 TFEU, as interpreted by the Court of Justice, also preclude the enforcement of the award of the PCA Tribunal.
- 17.2 In the *Achmea* judgment, the Grand Chamber of the Court of Justice ruled on the incompatibility of Union law with investment arbitrations between Member States and/or residents of Member States. This case concerned a bilateral investment treaty (hereinafter: “BIT”) concluded between the Netherlands and Slovakia and, specifically, the question of whether the settlement mechanism included therein for investment disputes between foreign

<sup>61</sup> ECJ November 1, 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, para. 41.

<sup>62</sup> See ECJ December 8, 2011, *Residex Capital IV*, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, paras. 44-47. Also see the Communication from the Commission on the enforcement of State aid rules by national courts, OJ EU 2021, C305/1.

<sup>63</sup> OJ EU 2021, C305/1.

investors and the EU Member States in question ("*Investor-State Dispute Settlement*") was compatible with EU law. Relying on Articles 267 and 344 TFEU, the CJEU answered this question in the negative. The Court of Justice concluded that settlement mechanisms in Intra-EU BITs undermine the autonomy of Union law:

*"Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic, under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept."*<sup>64</sup>

17.3 One of the justifications of this finding was that:

*"(...) the Member States parties [to the BIT] established a mechanism for settling disputes between an investor and a Member State which could prevent those disputes from being resolved in a manner that ensures the full effectiveness of EU law, even though they might concern the interpretation or application of that law."*<sup>65</sup>

17.4 A factor that is playing a part here is that arbitral tribunals are not part of the national legal systems, which means that they cannot, for instance, refer preliminary questions to the Court of Justice for a ruling. This while an agreement - such as a BIT - cannot affect the allocation of responsibilities and powers as laid down in the Union Treaties, such as the powers of the Court of Justice.<sup>66</sup> Furthermore, according to the Court of Justice, the arbitration clause in question undermines not only the principle of mutual trust between Member States, but also the maintenance of the particular character of the law established by the Treaties that is guaranteed by the preliminary ruling procedure of Article 267 TFEU, and consequently that clause is incompatible with the principle of loyal cooperation between Member States.

17.5 This landmark judgment enshrined the incompatibility with EU law of investment arbitration proceedings between Member States and/or nationals of another Member State in the EU legal system. Consequently, the consent of the EU state participating in the arbitration proceedings was also deemed to be (or have been) without effect.

17.6 In a judgment of September 2, 2021, delivered in proceedings between the Republic of Moldova and Komstroy LLC (hereinafter: "Komstroy"), the Court - following the opinion of Advocate General Szpunar - confirmed the above-mentioned incompatibility.<sup>67</sup> Significantly, the *Komstroy* judgment concerned an arbitral award made under the ECT, just as in the present case. The findings of the Court of Justice included that:

*"(...) although the ECT may require Member States to comply with the arbitral mechanisms for which it provides in their relations with investors from third*

<sup>64</sup> ECJ March 6, 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, para. 62.

<sup>65</sup> ECJ March 6, 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, para. 56

<sup>66</sup> See, e.g. ECJ May 30, 2006, C-459/03, *Commission v Ireland*, EU:C:2006:345; Opinion 2/13, para. 180.

<sup>67</sup> ECJ September 2, 2021, *Komstroy*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655

*States who are also Contracting Parties to that treaty as regards investments made by the latter in those Member States, preservation of the autonomy and of the particular nature of EU law precludes the same obligations under the ECT from being imposed on Member States as between themselves. (...) In the light of the foregoing, it must be concluded that Article 26(2)(c) ECT must be interpreted as not being applicable to disputes between a Member State and an investor of another Member State concerning an investment made by the latter in the first Member State.*<sup>68</sup>

- 17.7 In the *PL Holdings* judgment, the Court of Justice re-confirmed this case law.<sup>69</sup> The Court of Justice also held in this case that there was no reason to limit its interpretation of Articles 267 and 344 TFEU in time.<sup>70</sup> Therefore, the interpretation of Articles 267 and 344 TFEU given by the Court of Justice with regard to the possibility for Member States to agree arbitration clauses in treaties already applied at the time the ECT was concluded and therefore also at the time of the investments made by AES and AEF in Spain.
- 17.8 Moreover, the *Achmea* line was recently confirmed in the *Micula* judgment cited above, which - again in the same way as in the present case - involved an award of an arbitral tribunal.<sup>71</sup> As already explained above, that judgment also confirmed that an intra-EU arbitral award granting financial compensation to a European investor constitutes State aid, which is also an infringement of EU law.
- 17.9 Following *Achmea* (and subsequent case law), case law has also developed in the various Member States in which the above-mentioned case law of the Court of Justice was applied. In this connection, Spain refers, for example, to the rulings of the Swedish Court of Appeal in which an intra-EU arbitral award was annulled on grounds of arbitrability (an English translation is attached as **Exhibit 9**) and of the Swedish Supreme Court annulling the *PL Holdings v Poland* intra-EU arbitral award, linking up with the opinion of the Court of Justice on breach of public policy (an English translation is attached as **Exhibit 10**).
- 17.10 Moreover, the case law of the Court of Justice has also had far-reaching effects for the European treaty framework. One of the starting shots for this was the European Commission's call to Member States on July 19, 2018, to terminate intra-EU BITs in view of their "*incontestable incompatibility*" with EU law.<sup>72</sup> The European Commission also took the position here that national courts have an obligation to annul any arbitral awards rendered under Intra-EU BITs and refuse their enforcement.<sup>73</sup>
- 17.11 In reaction hereto, on May 29, 2020, most Member States, including Spain and the Kingdom of the Netherlands, concluded an international agreement to terminate bilateral investment treaties between EU Member States.<sup>74</sup> This agreement confirmed, in Article 4, the parties' willingness to be bound by the interpretation of the *Achmea* judgment and the nullity of arbitration clauses with effect from the time the last party to the BIT in question became an

<sup>68</sup> ECJ September 2, 2021, *Komstroy*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, paras. 65 and 66.

<sup>69</sup> ECJ October 26, 2021, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, in particular paras. 44-47.

<sup>70</sup> ECJ October 26, 2021, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, paragraphs 64, 66, and 69.

<sup>71</sup> ECJ January 25, 2022, C-638/19 P, *Commission v European Food and others*, ECLI:EU:C:2022:50.

<sup>72</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Protection of investments within the EU, COM (2018) 547 final, July 19, 2018, p. 2.

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 3.

<sup>74</sup> Available for review in the Official Journal of the European Union, L 169/1.



EU member state. For the Netherlands, this agreement entered into force on March 31, 2021.

- 17.12 In the run-up to the above-mentioned agreement, the Dutch government also explicitly affirmed, in the context of the ECT, that this agreement should be compatible with EU treaties, as the EU is a party to the ECT.<sup>75</sup> Arbitrations conducted under the ECT are therefore also incompatible with EU law.
- 17.13 Meanwhile, the ECT has been terminated by many Member States. Spain (on October 12, 2022) and the Netherlands (on October 19, 2022) have also announced its withdrawal from the agreement.
- 17.14 In view of all the foregoing, the enforcement - in addition to constituting a breach of the State aid rules - would also be in breach of Union law otherwise. After all, according to the case law of the Court of Justice, the arbitral award rendered between the parties under Article 10, 26(2), 4(a) (i) ECT cannot be upheld. With a view to the effective enforcement of Union law, the award cannot be recognized and enforced, because it is in breach of Union law.
- 17.15 More specifically, given the incompatibility between the ECT and Union law, it must be assumed that there has never been an agreement to arbitrate to begin with. In addition to the absence of an agreement to arbitrate, the arbitral award (and its potential enforcement) is also contrary to public policy and the PCA Tribunal has rendered an award in violation of the principle of arbitrability.<sup>76</sup> In that context, the value of EU law in the Dutch legal system should also be pointed out, as also confirmed in the *Van Gend en Loos*<sup>77</sup> and *Costa/Enel* judgments.<sup>78</sup> The EU law is an autonomous legal system and EU law takes precedence over national legal systems.<sup>79</sup>
- 17.16 Only recently, an arbitral tribunal in an ICSID arbitration against Spain under the ECT declined jurisdiction in light of the *Achmea* and *Komstroy* judgments. The place of arbitration was Stockholm. Insofar as relevant to these proceedings, the arbitral tribunal found, inter alia, the following:

*"475. The Tribunal further observes that Swedish law, which is applicable through the operation of Section 48 SAA, recognizes 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 EGT 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 recognized in all the foregoing*

<sup>75</sup> See the Report of written consultations, February 1, 2021, Dutch Parliamentary Records II 2020/21, 35 649 (R2150), no. 3, p. 15.

<sup>76</sup> Also in particular in connection with the State aid rules, which are not at the parties' free disposition.

<sup>77</sup> ECJ February 5, 1963, 26-62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*), p. 23.

<sup>78</sup> ECJ July 15, 1964, 6-64, ECLI: EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*), p. 1219.

<sup>79</sup> On those principles, see the recent publication of Y.L. Bouzora and J. Lindeboom, 'The autonomy of the European legal system and the primacy of EU law: substantive and institutional aspects', AA 2021-258.

*cases and, very specifically, precluded the unilateral offer to arbitrate in Article 26 EGT 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 EGT. 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 EGT 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."<sup>80</sup>*

17.17 Thus it is clear that the orders issued against Spain in relation to AES and AEF under the arbitral award will in any case never be enforceable in the European Union. Even if the parties were to conduct the same arbitration again today, with an EU state as the place of arbitration, the arbitral tribunal would decline jurisdiction.

17.18 AES and AEF are EU nationals. As such, they are also subject to EU law and the foregoing can be held against them. After all, it is an established fact - and that is also what Spain's declaratory judgments focus on - that no valid offer to arbitrate has ever been made by Spain and so no valid arbitration agreement has ever been concluded either. AES and AEF must also be aware of this. Whether a third-country court will consider itself bound by that is a separate issue in that case. The point is that AES and AEF cannot ignore or circumvent that circumstance by seeking the enforcement of an invalid arbitral award in another jurisdiction. If they do so nevertheless, they are abusing their rights, or at least acting negligently in relation to Spain.

17.19 As a result, Spain is entitled to and has an interest in the claimed injunction.

18. **The continuation of the execution constitutes abuse of enforcement power**

18.1 It has been sufficiently explained above that the enforcement of the arbitral award would be contrary to EU law. This also means that the continuation of the enforcement in spite of this would constitute abuse of rights, and, specifically, abuse of (enforcement) power, and is in any event contrary to the due care to be observed in social and economic dealings. This is unlawful vis-à-vis Spain and is a ground for the requested injunctions and the related penalty orders.

18.2 In this connection, reference is made to Sections 3:13(1) and (2) of the Dutch Civil Code:

*"1. A person who holds any power may not exercise it insofar as he is abusing it.*

*2. Instances of the abuse of power include the exercising of that power for the sole purpose of causing harm to someone else or for a purpose other than that for which it was granted or in the event that the person, considering the*

<sup>80</sup> *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135. The footnotes have been omitted from the quoted findings.

*disproportionality between the interest in exercising it and the interest thereby harmed, could not reasonably have decided to exercise it."*

- 18.3 The present case involves the latter case, among other things. It provides for the situation where the person who is exercising the power is or ought to be aware of the above-mentioned disproportionality.<sup>81</sup> Abuse of power will arise if, after weighing both interests and with due observance of reasonableness, the disproportionality appears to be impermissible.<sup>82</sup>
- 18.4 In this case, AES and AEF are aware of the fact that the arbitral award is invalid, as it was rendered without the existence of an underlying arbitration agreement. They are also aware, or at least ought to be aware, that the enforcement (whether forced or otherwise) may result in unlawful State aid, with all the possible consequences for Spain. AES and AEF are thus aware that the disproportionality between their interest in enforcing an invalid arbitral award in a foreign jurisdiction and Spain's interest in avoiding this, thereby respecting Union law, is impermissible.
- 18.5 Furthermore, a manifest error of law has clearly been made by the PCA Tribunal. After all, the PCA Tribunal has rendered an arbitral award which is contrary to the State aid rules in terms of its content or legal effect. In that context, it should also be noted that the State aid rules can set aside the *res judicata* of *inter partes* awards, according to settled case law of the Court of Justice. Logically, this therefore also applies to arbitral awards rendered in breach of the State aid rules as well as to arbitral awards rendered in breach of the above-mentioned *Achmea* and *Komstroy* case law.
- 18.6 The list of instances in sub-section 2 above is not exhaustive, incidentally. Other criteria can also be used to conclude that abuse of power has taken place. For example, the Dutch Supreme Court found the following in its summary judgment of December 31, 2019, on the enforcement and suspension of judgments:

*"In this connection, it should be observed that the cases mentioned in the judgment of April 22, 1983, cited in 5.3.3 above - the judgment to be enforced is evidently based on an error of law or error of fact, or enforcement will cause an emergency to arise on the part of the person against whom enforcement is sought as a result of facts occurring or coming to light after this judgment - are merely examples of a situation where the party authorized to enforce a judgment, considering the disproportionality between his interest in enforcement and the interest thereby harmed, cannot reasonably decide to use that power and is thus abusing his power. There is no reason to limit the above-mentioned ground for suspension to these cases. After all, other situations may also arise where, in connection with facts occurring or coming to light after the judgment, the abuse of power in accordance with the criterion set out in Section 3:13 of the Dutch Civil Code will arise."<sup>83</sup>*

In the present case, that abuse of power can also be found in the circumstance that AES and

---

<sup>81</sup> Judgment of the Dutch Supreme Court HR May 21, 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2905 (*Kerkhof and Wekking/Spoelstra*).

<sup>82</sup> GS *Vermogensrecht* (Dutch Green Series on Property Law), Section 3:13 of the Dutch Civil Code, under 47.

<sup>83</sup> See the judgment of the Dutch Supreme Court HR December 20, 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, section 5.7.2.

AEF know, or at least ought to know, that the arbitral awards and their enforcement are in breach of EU law, and they are deliberately seeking their enforcement in a non-EU country. This while AES and AEF themselves are EU residents and this whole case started, please note, because AES and AEF wished to make use of subsidy schemes stemming from EU law. The circumstance that they know, or at least ought to know, that they might expose Spain to sanctions also plays a role here.

19. **The abuse of power justifies the requested immediate relief**

- 19.1 In view of the foregoing, Spain is also entitled to and has an interest in the relief sought under Section 223 of the Dutch Code of Civil Procedure (which is connected with the substantive claims). It is vital (urgent) that AES and AEF should be prohibited, while these proceedings are pending, from continuing the enforcement that has already started.
- 19.2 Spain can also not be required to await the outcome of this (potentially lengthy) action on the merits. The stakes are simply too high for that. If AES and AEF proceed with the execution now, Spain may never see its money back, if judgment is found in Spain's favor at the end of this legal action. Moreover, AES and AEF are showing that they are not willing to wait with the execution, but rather seek to enforce the award as soon as possible, and to do so via a non-EU country.
- 19.3 This is even more serious because there is a real refund risk on the part of AES and AEF. According to their last published annual accounts, the shareholders' equity of the two legal entities in question is merely EUR 6,726,759 (AES<sup>84</sup>) and EUR 33,633 (AEF<sup>85</sup>) respectively. There is a good chance that if AES and AEF seek recovery from Spain at short notice, and the court would ultimately find in favor of Spain in this legal action, the consequences of the enforcement would be irreversible and AES and AEF would offer no recourse.

**PART III: PROCEDURAL ASPECTS AND RELIEF SOUGHT**

20. **Spain's claims and the need for penalty sums**

- 20.1 It has been argued above why the discussed award of the PCA Tribunal constitutes unlawful aid and is also in breach of Union law otherwise in connection with the findings in the *Achmea* judgment, and that enforcement of the arbitral award would therefore be in breach of Union law.
- 20.2 Therefore Spain is entitled to claim, and has an interest in claiming, that the unlawfulness of that enforcement should be established and that AES and AEF should be ordered, as an effective measure to prevent acts in breach of the TFEU, to withdraw, or at least suspend, the proceedings pending before the District Court for the District of Columbia under no 1:21-cv-03249-RJL and also that AES and AEF should be prohibited from enforcing the arbitral award at issue, as long as the European Commission has not declared the aid contained in that arbitral award to be compatible with the internal market pursuant to Article 107(3) TFEU.
- 20.3 To make the measure truly effective, it should be ensured that if AES and AEF fail to withdraw or at least suspend the action in the District Court for the District of Columbia, AES and AEF will forfeit a penalty sum that is sufficient to provide AES and AEF with sufficient incentive to

<sup>84</sup> **Exhibit 11**, excerpt from the trade register of the Chamber of Commerce for AES Solar Energy Coöperatief U.A.

<sup>85</sup> **Exhibit 12**, excerpt from the trade register of the Chamber of Commerce for Ampere Equity Fund B.V.

proceed with its withdrawal or at least suspension.

- 20.4 To make the measure truly effective, it should also be ensured that if AES and AEF proceed with enforcement nevertheless, they will not be better off than if they refrained from enforcement in accordance with EU law. It is for that reason that Spain seeks an order requiring AES to pay a (maximum) penalty sum of EUR 16 million and requiring AEF to pay a (maximum) penalty sum of EUR 11.5 million, being the amount that Spain would have to pay to AES and AEF pursuant to the arbitral award (EUR 15.4 million and EUR 11.1 million respectively), plus costs. The penalty sum may be lower, if AES and AEF enforce the award for a lower amount. This will ensure that the penalty sum to be paid by AES and AEF is such that they will not be in a more advantageous position, if they proceed to execute the award despite this Court's ruling.
- 20.5 Since the concept of 'undertaking' is not linked to a legal entity in the EU rules on State aid, but starts out from an economic concept of an undertaking, which requires an assessment of which economic entity enjoys an advantage (within the meaning of Article 107(1) TFEU), an effective measure serving to prevent the grant of unlawful aid to AES and AEF cannot be limited to defendants nos. 1 and 2. After all, in those circumstances, it could not be excluded that another legal entity from the economic entity to which the Defendants belong receives the unlawful aid by enforcing the awards. In order to prevent that situation, Spain is seeking an injunction against any undertaking that is affiliated (economically) to defendants nos. 1 and 2, linking up with the concept of "undertaking" as used in the law on State aid.
- 20.6 Since the Defendants or any undertakings linked with them could already proceed with enforcement pending this legal action, Spain is entitled to apply, and has an interest in applying, for provisional relief as referred to in Section 223 of the Dutch Code of Civil Procedure for the duration of the legal action. After all, if AES and AEF proceed with enforcement pending this legal action, there is a risk of irreversible consequences: AES and AEF would be able to dispose of the assets obtained through enforcement or otherwise ensure that Spain will no longer be able to recover the assets they obtain through enforcement and it can also not be excluded that AES and AEF will not offer any alternative recourse. The provisional relief sought in the first instance serves to ensure that AES and AEF will not pursue the proceedings in the District Court for the District of Columbia and will make every effort to suspend those proceedings. In case AES and AEF continue those proceedings nevertheless and proceed with enforcement after leave is granted, it is important to attach a penalty sum to the provisional relief that will stop AES and AEF from acting in breach of the provisional relief.

21. **A cross-border injunction by way of provisional relief is called for**

- 21.1 In view of all the foregoing, Spain is entitled to, and has an interest in, a worldwide injunction, by way of provisional relief, prohibiting AES and AEF from taking implementing measures aimed at enforcing the arbitral award. According to settled case law, a Dutch court may issue an injunction extending to actions abroad, assuming that it has jurisdiction to hear a claim for infringement (in this case: a tort-based claim) based on any rule of (common) international jurisdiction law.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> See e.g. the judgment of the Dutch Supreme Court HR March 19, 2004, *NJ 2007, 585 (Philips/Postech)*, annotated by P. Vlas.

22. **The defense and its rebuttal**

22.1 A number of defences known to Spain have already been rebutted above.

23. **A judgment against the defendants must be declared enforceable notwithstanding appeal or opposition**

23.1 A balancing of interests entails that a judgment against the Defendants must be declared enforceable notwithstanding appeal or opposition or else such a judgment could prove to be meaningless, if AES and AEF were to take an appeal and enforce the award as yet pending that appeal.

23.2 Spain has already explained above that there is a real refund risk on the part of AES and AEF. Conversely, there is no risk that Spain - should AES and AEF win the case in the end – will offer no recourse. In that light, Spain's interest in a judgment that is enforceable notwithstanding appeal or opposition outweighs the interest on the part of AES and AEF, which is as yet unknown, in not having the judgment declared enforceable notwithstanding appeal or opposition.

24. **Jurisdiction**

24.1 Under Article 8(1) of Brussels I Recast, the courts for the place where any one of the defendants is domiciled also has jurisdiction with regard to the other defendants, provided the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.

24.2 The fact that the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings does actually not have to be pointed out any more. For the sake of completeness, however, it is noted that AES and AEF jointly brought their claims before the arbitral tribunal. The arbitral tribunal also admitted the claims of AES and AEF (and the other claimants in those proceedings) in a single award. Subsequently, AES and AEF jointly commenced proceedings in the District Court for the District of Columbia. The same legal questions, as set out above, play a part for both Defendants. In the opinion of Spain, the claims against both Defendants are therefore so closely connected that it would be more efficient to hear and determine them together than if actions were brought in different courts.

24.3 Seeing that AES has its registered office in Amsterdam, this court therefore has jurisdiction to hear the claims against both Defendants.

25. **Offer to produce evidence**

25.1 In the opinion of Spain, the evidence to be produced by it is sufficient to prove its assertions. Nevertheless, Spain offers, insofar as it has any burden of proof, to produce additional evidence of its claims by all lawful means, including by hearing witnesses or experts.

25.2 Spain will submit the Exhibits to this writ of summons no later than on the first docket date.

**THEREFORE:**

**In the Incidental Motion:**

The District Court is requested to give a judgment on the incidental motion on the above-mentioned grounds that is enforceable notwithstanding appeal or opposition, insofar as possible in respect of all the claims set out below and:

- (A) order the Defendants or any other undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 to take all actions necessary to suspend the proceedings currently pending in the United States District Court for the District of Columbia under case number 1:21-cv-03249-RJL until final judgment has been given in the present legal action, within 10 days of the service of the judgment on the incidental motion, on pain of forfeiting a penalty of EUR 30,000 per day for each day or part of a day that the Defendants fail to effect such suspension;
- (B) prohibit the Defendants or any other undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014, for the duration of the proceedings, from giving effect to, or proceeding with enforcement (measures) in any other way, including conservatory measures of, the arbitral award rendered by the PCA Tribunal on February 28, 2020, anywhere in the world;
- (C) prohibit the Defendants or any other undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No. 651/2014, for the duration of the proceedings, from obtaining a judgment against Spain anywhere in the world ordering it to make payment, or from proceeding to claim payment in any other way, of the damages awarded by the PCA Tribunal in its arbitral award of February 28, 2020, including conservatory measures;
- (D) prohibit the Defendants or any other undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014, for the duration of the proceedings, from obtaining a judgment against Spain anywhere in the world ordering it to make payment, or from proceeding to claim payment in any other way, of any damage suffered by AES and AEF as a result of the amendments to the 2007 Scheme, including conservatory measures;
- (E) order AES or any other undertaking linked with it within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 to pay a once-only penalty sum in the amount of EUR 16 million or an amount equivalent to the amount AES obtains (whether or not in instalments) through execution, whichever is lower, if AES fails to comply with the provisional relief sought above under B, C, and D;
- (F) to order AEF or any other undertaking linked with it within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 to pay a once-only penalty sum in the amount of EUR 11.5 million or an amount equivalent to the amount AEF obtains (whether or not in instalments) through execution, whichever is lower, if AEF fails to comply with the provisional relief sought above under B, C, and D;

In the main action:

The District Court is requested to give a judgment on the above-mentioned grounds that is enforceable notwithstanding appeal or opposition, insofar as possible in respect of all the claims set out below and:

- (G) issue a declaratory judgment stating that the 2007 Scheme constitutes aid within the meaning of Article 107(1) TFEU;

- (H) issue a declaratory judgment stating that the 2007 Scheme was not notified to the Commission in accordance with Article 108(3) TFEU and constitutes unlawful State aid;
- (I) issue a declaratory judgment stating that the damages awarded by the PCA Tribunal in its arbitral award of February 28, 2020, constitute aid within the meaning of Article 107(1) TFEU;
- (J) issue a declaratory judgment stating that no valid arbitration agreement was ever concluded between Spain and the Defendants;
- (K) issue a declaratory judgment stating that the collection of the damages awarded by the PCA Tribunal in its arbitral award of February 28, 2020, are in breach of EU law, as long as the European Commission has not declared those arbitral awards to be compatible with the internal market;
- (L) issue a declaratory judgment stating that there is no legitimate expectation on the part of the Defendants or any other undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 that they were entitled under the 2007 Scheme to that aid contained in the 2007 Scheme;
- (M) order the Defendants or any other undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 to take all actions necessary to suspend and maintain the suspension of the proceedings currently pending in the United States District Court for the District of Columbia under case number 1:21-cv-03249-RJL, until the European Commission declares the arbitral award issued by the PCA Tribunal on February 28, 2020 to be compatible with the internal market, within 10 days of the service of the judgment, on pain of forfeiting a penalty sum of EUR 30,000 per day for each day or part of a day that the Defendants fail to effect that suspension;
- (N) order the defendants or any undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 to withdraw the proceedings currently pending in the United States District Court for the District of Columbia under case number 1:21-cv-03249-RJL, within 10 days after the European Commission declares the arbitral award rendered by the PCA Tribunal of February 28, 2020, to be incompatible with the internal market, on pain of forfeiting a penalty sum of EUR 30,000 per day for each day or part of a day that Defendants fail to effect such suspension;
- (O) prohibit the Defendants or any undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 from obtaining a judgment against Spain anywhere in the world ordering it to make payment, or from proceeding to claim payment in any other way, of any damage suffered by AES and AEF as a result of the amendments to the 2007 Scheme;
- (P) prohibit the Defendants or any undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No. 651/2014 from giving effect to, or proceeding with enforcement in any other way of, the arbitral award rendered by the PCA Tribunal on February 28, 2020, anywhere in the world or at least to prohibit the Defendants from giving effect to, or proceeding with enforcement in any other way of, the damages awarded by the PCA Tribunal in its arbitral award on February 28, 2020, anywhere in the world, until the European Commission declares those arbitral awards to be compatible with the internal market;



- (Q) prohibit the Defendants or any other undertaking linked with them within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 from obtaining a judgment anywhere in the world against Spain ordering it to pay, or from proceeding to claim payment in any other way of, the damages awarded by the PCA Tribunal in its arbitral award of February 28, 2020, or at least to prohibit the Defendants from obtaining a judgment anywhere in the world against Spain ordering it to pay, or from proceeding to claim payment in any other way of, the damages awarded by the PCA Tribunal in its arbitral award of February 28, 2020, until the European Commission declares those arbitral awards to be compatible with the internal market;
- (R) issue an order against AES or any undertaking linked with it within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No. 651/2014 to pay a once-only penalty sum in the amount of EUR 16 million or an amount equivalent to the amount that AES obtains (whether or not in instalments) through execution, whichever is lower;
- (S) issue an order against AEF or any undertaking linked with it within the meaning of Article 3(3) of Annex I to Regulation (EU) No 651/2014 to pay a once-only penalty sum in the amount of EUR 11.5 million or an amount equivalent to the amount that AEF obtains (whether or not in instalments) through execution, whichever is lower;
- (T) order the defendants to pay the costs of the proceedings incurred by Spain, including the post-judgment costs, the court fee that is due and payable and the attorney fees, estimated until the time of this judgment.

The cost of the above for me, bailiff, is EUR 103.33

[signature]

---

This case is being handled by Simmons & Simmons LLP, Claude Debussylaan 247, 1082 MC Amsterdam (telephone number: 020 722 2360; e-mail [niek.peters@simmons-simmons.com](mailto:niek.peters@simmons-simmons.com)).

**OVERVIEW OF EXHIBITS**

1. Decision of the European Commission of November 10, 2017, SA.40348 (2015/NN) - Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste
2. Final Award of the PCA dated February 28, 2020, case no. 2012-14
3. Claim of AES and AEF in the District Court for the District of Columbia dated December 10, 2021, case no. 1:21-cv-03249-RJL
4. Decision of the European Commission of July 19, 2021, SA.54155 (2021/NN) - Arbitration award to Antin – Spain
5. Swiss Supreme Court ruling of February 23, 2021, case no. 4A_187/2020
6. Memorandum of the Law in support of Spain's Motion in the District Court for the District of Columbia dated May 6, 2022, case no. 1:21-cv-03249-RJL
7. Reply of AES and AEF to Spain's Motion in the District Court for the District of Columbia dated June 17, 2022, case no. 1:21-cv-03249-RJL
8a. Order of the Court of Justice of September 21, 2022, in Case C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749 ( <i>Romatsa</i> )
8b. Unofficial Dutch translation, made with DeepL and for the convenience of the reader, of the ECJ decision of September 21, 2022, in Case C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749 ( <i>Romatsa</i> )
9. Judgment of the Swedish Court of Appeal of December 13, 2022, case no. T 4658-18
10. Judgment of the Swedish Supreme Court of December 14, 2022, case no. T 1569-19
11. Chamber of Commerce excerpt for AES Solar Energy Coöperatief U.A.
12. Chamber of Commerce excerpt for Ampere Equity Fund B.V.



**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 **AES SOLAR ENERGY COÖPERATIEF U.A.** ("AES"), gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende aan de Herengracht 450 (1017 CA), Amsterdam, aldaar mijn exploot doende en afschrift van deze dagvaarding gelaten aan:

aan wie een afschrift bij afzonderlijk  
exploot is of zal worden betekend

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **AMPERE EQUITY FUND B.V.** ("AEF"), gevestigd te Schiphol en kantoorhoudende aan de Schiphol Boulevard 269 Toren D, 10e verdieping (1118 BH), Schiphol, 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 aantref  
aan wie rechtsgeldig afschrift kon worden gelaten

**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](http://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 gelijklopende conclusies nemen of gelijklopend 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 AES en AEF aangespannen ECT-arbitrage .....	9
4.	De vernietigingsprocedure bij de Zwitserse Hoge Raad.....	10
5.	AES en AEF trachten het arbitraal vonnis ten uitvoer te leggen in de Verenigde Staten .....	10
DEEL III: JURIDISCH KADER EN DE ONRECHTMATIGHEID VAN DE TENUITVOERLEGGING .....		10
6.	Het begrip staatssteun.....	10
7.	Schadevergoeding als vervanging van onrechtmatige staatssteun.....	12
8.	(Uitvoering van) een arbitraal vonnis als steunmaatregel.....	12
9.	Rol van de nationale rechter.....	15
10.	Gewettigd vertrouwen.....	16
11.	Schadevergoeding ter vervanging van onrechtmatige steun vormt ook onrechtmatige steun .....	17
12.	Toepassing van het rechtskader inzake staatssteun op de casus.....	17
13.	Toepassing van het staatssteunbegrip op (de executie van) het arbitrale vonnis.....	18
14.	Taak van de nationale rechter .....	20
15.	Conclusie ten aanzien van de staatssteunrechtelijke beoordeling .....	21
16.	Slotopmerking ten aanzien van de staatssteunrechtelijke beoordeling .....	21
17.	De artikelen 267 en 344 VWEU staan eveneens aan tenuitvoerlegging in de weg .....	21
18.	Het voortzetten van de executie levert misbruik van executiebevoegdheid op.....	25
19.	De misbruik van bevoegdheid rechtvaardigt de verzochte onmiddellijke voorzieningen .....	27
DEEL III: PROCEDURELE ASPECTEN EN PETITUM .....		27
20.	De vorderingen van Spanje en de noodzaak van dwangsommen.....	27
21.	Een grensoverschrijdend verbod bij wege van voorlopige voorziening is geïndiceerd .....	28

22.	Het verweer en de weerlegging daarvan .....	29
23.	Een veroordelend vonnis moet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard .....	29
24.	Bevoegdheid .....	29
25.	Bewijsaanbod.....	29
	MITSDIEN .....	29

## 1. Inleiding

- 1.1 Gedaagden, AES Solar Energy Coöperatief U.A. (hierna: “AES”) en Ampère Equity Fund B.V. (hierna: “AEF”) (hierna tezamen: “gedaagden”) hebben beide vanaf 2007 geïnvesteerd in zonne-energie installaties 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 (hierna: “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 AES en AEF recht meenden te hebben aan hen 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**).<sup>1</sup>
- 1.2 AES en AEF zijn daarop, samen met verschillende andere claimanten, een arbitrageprocedure gestart op grond van het internationale Energiehandvest (hierna met de gebruikelijke Engelse afkorting aangeduid als “ECT”) bij een *ad hoc* scheidsgerecht van het Permanent Hof van Arbitrage (hierna: “PHA”; het scheidsgerecht hierna aan te duiden als het “PHA-scheidsgerecht”) waarbij zij schadevergoeding van Spanje hebben gevorderd. Het PHA-scheidsgerecht heeft deze vordering toegewezen. (**Productie 2**).
- 1.3 AES en AEF vorderen thans bij het District Court for the District of Columbia verloop om voornoemd arbitraal vonnis te executeren (**Productie 3**). Dat verloop zal AES en AEF de mogelijkheid geven executoriaal beslag te leggen op tegoeden van Spanje in de Verenigde Staten, althans buiten de Europese Unie.
- 1.4 Hiermee proberen AES en AEF 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 AES en AEF, hetgeen een verstrekking van onrechtmatige steun aan AES en AEF inhoudt. AES en AEF pogen 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.<sup>2</sup> Het ECT is een dergelijke overeenkomst.
- 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 AES en AEF en met deze vennootschappen verbonden ondernemingen te verbieden tot executie over te gaan van het arbitrale vonnis. Tevens

<sup>1</sup> 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](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf).

<sup>2</sup> 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.



verzoekt Spanje uw Rechtbank bij wege van incidentele vordering een voorlopige voorziening te treffen voor de duur van de bodemprocedure,<sup>3</sup> om te voorkomen dat AES en AEF niet tussentijds reeds tot executie overgaan, 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 AES en AEF hebben, samen met verschillende andere investeerders, vanaf 2007 geïnvesteerd in fotonvoltaïsche (PV) installaties, ook wel bekend als zonne-energie installaties, in Spanje.
- 2.2 In 2007 voerde Spanje een regeling in ter bevordering van de elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen. Deze was geregeld bij de Spaanse 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.<sup>4</sup> 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*".<sup>5</sup> Die overweging maakt duidelijk dat de lidstaten verplicht bleven hun staatssteunregelingen die zij ter omzetting van die richtlijn hadden vastgesteld, aan te melden.
- 2.3 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 (hierna: "premie-optie").<sup>6</sup>
- 2.4 Zowel de subsidie als de premie werden berekend op basis van typische kosten en inkomsten van standaardinstallaties voor duurzame energie. Spanje schatte daarbij zowel

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Zie randnummer 11 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als **Productie 4**).

<sup>6</sup> Zie randnummer 14 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 4.

de initiële investeringskosten als de exploitatie- en onderhoudskosten van de standaardinstallaties, alsmede de marktprijs.

- 2.5 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 – 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 verrekeningen gedefinieerd, de toepasselijke mathematische formules bepaald en werd de vereffeningprocedure zelf, volgens vooraf bepaalde objectieve parameters, geregeld.<sup>7</sup>
- 2.6 AES en AEF hebben, samen met verschillende andere investeerders, op basis van het Spaanse Koninklijke Besluit 661/2007 geïnvesteerd in de zonne-energie installaties. In dit besluit was bepaald dat zonne-energie installaties, onder de subsidie-optie, aanspraak konden maken op vast bedrag per kWh voor de eerste 25 jaar van hun operationele levensduur en een lager bedrag daarna. Het bedrag per kWh was daarbij afhankelijk van geïnstalleerde capaciteit van de zonne-energie installatie.<sup>8</sup>
- 2.7 Om op basis van Koninklijke Besluit 661/2007 aanspraak te maken op steun op grond van de subsidie-optie, dienden de zonne-energie installaties vóór een bepaalde tijd te worden geregistreerd bij het *Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial* (hierna: “RAIPRE”).<sup>9</sup>
- 2.8 Spanje heeft op 27 september 2007 aangekondigd dat de termijn voor RAIPRE-registraties op 29 september 2008 zou verstrijken. AES en AEF hebben hun installaties voor het verstrijken van deze termijn geregistreerd bij het RAIPRE en maakten dus aanspraak op steun op basis van Koninklijke Besluit 661/2007.<sup>10</sup> AES en AEF hebben aldus steun verstrekt gekregen op basis van de 2007-regeling.
- 2.9 Spanje heeft in 2010 heeft een tweetal wetsbesluiten genomen.
- 2.10 Het Koninklijke Besluit 1565/2010 verlengde de termijn voor het ontvangen van het (hogere) bedrag per kWh van 25 jaar naar 30 jaar, maar schrapte het lagere bedrag per kWh dat de zonne-energie installatie daarna ontving.<sup>11</sup>
- 2.11 Met wet 14/2010 werd een limiet vastgesteld voor het aantal uren per jaar waarvoor een zonne-energie installatie steun op grond van de subsidie-optie zou ontvangen. Zodra een

<sup>7</sup> Zie randnummer 19 t/m 21 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 4.

<sup>8</sup> Zie randnummer 192 van de Final Award van 28 februari 2020, zaaknr. 2012-14, bijgevoegd als Productie 2.

<sup>9</sup> Zie randnummer 193 van de Final Award van 28 februari 2020, zaaknr. 2012-14, bijgevoegd als Productie 2.

<sup>10</sup> Zie randnummer 196 van de Final Award van 28 februari 2020, zaaknr. 2012-14, bijgevoegd als Productie 2.

<sup>11</sup> Zie randnummer 200 van de Final Award van 28 februari 2020, zaaknr. 2012-14, bijgevoegd als Productie 2.

installatie dit urenplafond bereikte, kon zij elektriciteit blijven verkopen, maar tegen marktprijzen. Het urenplafond gold voor de gehele levensduur van de installatie.<sup>12</sup>

- 2.12 Spanje heeft vanaf 2012 verschillende wetsbesluiten ingevoerd die de 2007-regeling hebben gewijzigd, maar met behoud van de essentiële kenmerken van die regeling
- 2.13 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.<sup>13</sup>
- 2.14 De regeling van 2013 voorziet in steun voor onder andere installaties voor hernieuwbare energie.
- 2.15 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 (hierna: "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 (hierna: "bestaande voorzieningen").<sup>14</sup>
- 2.16 De nieuwe regelingen van 2013 resulteerden in een steun die aangepast is aan de nieuwe kenmerken van de regeling.
- 2.17 De Europese Commissie heeft bij besluit van 10 november 2017 de regeling voor 2013 goedgekeurd als verenigbaar met de interne markt (zie Productie 1).
- 2.18 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.<sup>15</sup>
- 2.19 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

---

<sup>12</sup> Zie randnummer 201 van de Final Award van 28 februari 2020, zaaknr. 2012-14, bijgevoegd als Productie 2.

<sup>13</sup> Zie randnummer 24 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 4.

<sup>14</sup> Zie randnummer 28 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 4.

<sup>15</sup> Zie randnummer 34 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 4.

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.<sup>16</sup>

- 2.20 AES en AEF stellen door de wijzigingen van 2010 en de wijzigingen in de 2007-regeling, leidend tot lagere steunbedragen, schade te hebben geleden.

3. **De door AES en AEF aangespannen ECT-arbitrage**

- 3.1 AES en AEF hebben op 16 november 2011, samen met verschillende andere claimanten, op basis van het ECT, dat door Nederland en Spanje is geratificeerd en voor beide landen in werking is getreden, en de United Nations Commission On International Trade Law (hierna: "UNCITRAL") regels een kennisgeving voor arbitrage ingediend bij Spanje.<sup>17</sup>

- 3.2 Op 1 mei 2012 is een scheidsgerecht samengesteld, waarna partijen op 4 juli 2012 zijn overeengekomen dat het PHA zou optreden als griffier in de arbitrageprocedure.<sup>18</sup>

- 3.3 Het PHA-scheidsgerecht heeft op 31 januari 2014 een zitting over de bevoegdheid van het scheidsgerecht gehouden. Daarna heeft het PHA-scheidsgerecht op 13 oktober 2014 haar *Preliminary Award on Jurisdiction* gewezen. Het PHA-scheidsgerecht heeft daarbij alle bezwaren van Spanje tegen de bevoegdheid van het scheidsgerecht verworpen. Het PHA-scheidsgerecht heeft aldus geoordeeld dat zij bevoegd was kennis te nemen van het geschil.<sup>19</sup>

- 3.4 Op 28 februari 2020 heeft het PHA-scheidsgerecht haar Final Award gewezen.<sup>20</sup> Daarin heeft zij (onder andere):

- (A) geoordeeld dat Spanje artikel 10 lid 1 ECT heeft geschonden;
- (B) Spanje veroordeelt tot betaling van een bedrag van EUR 15,4 miljoen aan AES, over welk bedrag rente verschuldigd is vanaf 30 juni 2014 (tegen een percentage van de Spaanse 10-jarige obligatierente);
- (C) Spanje veroordeelt tot betaling van een bedrag van EUR 11,1 miljoen aan AEF, over welk bedrag rente verschuldigd is vanaf 30 juni 2014 (tegen een percentage van de Spaanse 10-jarige obligatierente);
- (D) geoordeeld dat een bedrag van EUR 2.467.847,78 aan kosten van de arbitrage in gelijke delen zullen worden gedragen door de claimanten en Spanje

- 3.5 Spanje heeft de uitspraak van het PHA-scheidsgerecht als steunmaatregel aangemeld bij de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft de ontvangst van de aanmelding op 14 september 2021 bevestigd en geregistreerd onder nummer SA.64761. De Europese Commissie heeft nog geen besluit ten aanzien van de aangemelde steun genomen.

---

<sup>16</sup> Zie randnummer 35 van het Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 4.

<sup>17</sup> Zie randnummer 13 van de Vordering van AES en AEF van 10 december 2021 bij District Court, bijgevoegd als Productie 3.

<sup>18</sup> Zie randnummers 14 en 15 van de Vordering van AES en AEF van 10 december 2021 bij District Court, bijgevoegd als Productie 3.

<sup>19</sup> Zie randnummer 17 van de Vordering van AES en AEF van 10 december 2021 bij District Court, bijgevoegd als Productie 3.

<sup>20</sup> Zie de Final Award van 28 februari 2020, zaaknr. 2012-14, bijgevoegd als Productie 2.

4. **De vernietigingsprocedure bij de Zwitserse Hoge Raad**

- 4.1 Spanje heeft daarop bij de Zwitserse Hoge Raad een beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis van 28 februari 2020 ingesteld, waarin Spanje betoogde dat het PHA-scheidsgerecht niet terdege rekening had gehouden met de gevolgen van het Achmea arrest.<sup>21</sup>
- 4.2 De Zwitserse Hoge Raad heeft in haar uitspraak van 23 februari 2021 het beroep op vernietiging verworpen.<sup>22</sup>

5. **AES en AEF trachten het arbitraal vonnis ten uitvoer te leggen in de Verenigde Staten**

- 5.1 AES en AEF hebben op 10 december 2020 (gezamenlijk) een vordering bij de District Court for the District of Columbia (hierna: "District Court") ingesteld, waarmee AES en AEF de District Court vraagt (i) een beschikking te geven waarbij het arbitrale vonnis en de toegekende schadevergoeding van het PHA-scheidsgerecht wordt erkend en bevestigd, en (ii) een vonnis te wijzen ten gunste van AES en AEF ten bedrage van de door het PHA-scheidsgerecht toegekende schadevergoeding, bepaald op EUR 15,4 miljoen, respectievelijk EUR 11,1 miljoen, vermeerderd met rente.<sup>23</sup>
- 5.2 Spanje heeft op 6 mei 2022 een motie tot het afwijzen van de vordering van AES en AEF bij de District Court ingediend en de District Court verzocht een hoorzitting in te plannen.<sup>24</sup>
- 5.3 AES en AEF hebben op 17 juni 2022 hun repliek op de motie van Spanje van 6 mei 2022 ingediend. Daarbij verzoeken AES en AEF de District Court om de motie van Spanje af te wijzen.<sup>25</sup>
- 5.4 Een zitting over voornoemde motie vond plaats op 31 oktober 2022.
- 5.5 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.<sup>26</sup> 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,*

<sup>21</sup> HvJ 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158

<sup>22</sup> Zie het Arrest van 23 februari 2021 van de Zwitserse Hoge Raad, zaaknr. 4A\_187/2020, bijgevoegd als **Productie 5**.

<sup>23</sup> Vordering van AES en AEF van 10 december 2021 bij District Court, bijgevoegd als Productie 3.

<sup>24</sup> Zie het Memorandum van Wet ter ondersteuning van de Motie van Spanje van 6 mei 2022 bij District Court tot afwijzing van het verzoek, bijgevoegd als **Productie 6**.

<sup>25</sup> Zie het Antwoord van AES en AEF van 17 juni 2022 op de Motie van Spanje van 6 mei 2022 bij District Court, tot afwijzing van het verzoek, bijgevoegd als **Productie 7**.

<sup>26</sup> 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.

*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 aangemeld (aangemeldverplichting) en kan niet ten uitvoer worden gelegd totdat de Commissie de steun verenigbaar heeft verklaard (*standstill*-verplichting).<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup>

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 aangemeldverplichting 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,*

<sup>27</sup> Tenzij sprake is van een uitzondering op de aangemeldverplichting op grond van een groepsvrijstelling zoals de Algemene Groepsvrijstellingsverordening Vo (EU) 651/2014. In deze zaak zijn geen uitzonderingen op de aangemeldverplichting van toepassing.

<sup>28</sup> 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.

*laatste volzin, EG [thans artikel 107, lid 3, VWEU] in de hand werken en deze bepaling van haar nuttig effect beroven.”<sup>29</sup>*

## 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.<sup>30</sup>
- 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.<sup>31</sup>

## 8. **(Uitvoering van) een arbitraal vonnis als steunmaatregel**

- 8.1 Uit het arrest van het Hof van Justitie in de Micula-zaak<sup>32</sup> (hierna: “Micula-arrest”) volgt dat de Europese Commissie bevoegd is om te onderzoeken of een uitspraak van een scheidsgerecht, waarbij dat scheidsgerecht een schadevergoeding heeft toegewezen aan een aantal ondernemingen, een 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 Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten (hierna: “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 ICSID-Verdrag toepast.<sup>33</sup>
- 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

<sup>29</sup> HvJ 12 februari 2008, CELF, C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79, punt 40.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> HvJ 25 januari 2022, C-638/19 P, Commissie/European Food e.a., ECLI:EU:C:2022:50.

<sup>33</sup> Het ICSID-Verdrag was voor Roemenië in 1975 in werking getreden, zie punt 3 Micula-arrest.

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 2015<sup>34</sup> heeft de Commissie de betaling van die vergoeding aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU 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 scheidsgerecht 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

<sup>34</sup> 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.



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.<sup>35</sup>

- 8.9 Dit betekent dat een uitspraak van een scheidsgerecht 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 scheidsgerecht 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 scheidsgerecht 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 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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> Een arbitragebeding is dan ook niet verenigbaar met het in artikel 4, lid 3, eerste alinea, VEU neergelegde beginsel van loyale

<sup>35</sup> Punt 126 Micula-arrest.

<sup>36</sup> HvJ 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, punt 32.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>38</sup> HvJ 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juizes 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.

samenwerking en doet afbreuk aan de autonomie van het Unierecht.<sup>39</sup> 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)."<sup>40</sup> 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-hoc arbitrageovereenkomst 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.

## 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.<sup>41</sup>
- 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).<sup>42</sup>
- 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.<sup>43</sup>
- 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

<sup>39</sup> HvJ 26 oktober 2021, PL Holdings C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, punt 46.

<sup>40</sup> HvJ 26 oktober 2021, PL Holdings C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, punt 47.

<sup>41</sup> HvJ 3 maart 2020, C-75/18, Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt., C-75/18, ECLI:EU:C:2020:139, punt 19.

<sup>42</sup> 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).

<sup>43</sup> 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.

de financiële steun die is verleend in strijd met die bepaling of met eventuele voorlopige maatregelen.<sup>44</sup>

- 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 begunstigen ervan in staat te stellen de betaling van de hun toegekende schadevergoeding te verkrijgen.<sup>45</sup>
- 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 maatregelen moeten nemen om te voorkomen dat onrechtmatige steun wordt toegekend of uitgekeerd.<sup>46</sup>

## 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.<sup>47</sup>
- 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.<sup>48</sup> 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

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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 8a**. Een niet-officiële Nederlandse vertaling, gemaakt met DeepL en voor het gemak van de lezer, is bijgevoegd als **Productie 8b**.

<sup>46</sup> HvJ 5 maart 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, punt 91.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Zie o.a. HvJ 20 september 1990, *Commissie/Duitsland*, C-5/89, EU:C:1990:320, punt 14.

is, op dat moment geen gewettigd vertrouwen hebben in de rechtmatigheid van de toekenning van de steun tenzij in uitzonderlijke omstandigheden.<sup>49</sup>

- 10.4 Het Hof heeft erop gewezen dat de artikelen 107 en 108 VWEU elk nuttig effect verliezen, indien een lidstaat 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.<sup>50</sup>
- 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.<sup>51</sup>
- 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.<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup>
- 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.<sup>54</sup>

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

*De 2007-regeling vormde een onrechtmatige steunmaatregel*

<sup>49</sup> HvJ 20 september 1990, Commissie/Duitsland, C-5/89, EU:C:1990:320, punten 14 en 16.

<sup>50</sup> HvJ 20 september 1990, Commissie/Duitsland, C-5/89, EU:C:1990:320, punt 17.

<sup>51</sup> Zie bijvoorbeeld: Gerecht 15 november 2018, Deutsche Telekom, T-207/10, ECLI:EU:T:2018:786, punt 46.

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 5 maart 2019, C-349/17, Eesti Pagar, ECLI:EU:C:2019:172, punt 101.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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.

- 12.1 De Europese Commissie heeft zich reeds uitgelaten over de 2007-regeling in haar besluiten van 2017<sup>55</sup> en 2021.<sup>56</sup> 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 AES en AEF daaraan het vertrouwen konden ontlenuen dat de 2007-regeling geen steunmaatregel zou vormen of als rechtmatige steun zou kunnen worden aangemerkt.
- 12.5 Evenmin blijkt dat AES en AEF op enige manier het vertrouwen konden ontlenuen aan een uitspraak van de Europese Commissie dat een arbitraal vonnis (al dan niet van het PHA-scheidsgerecht) als rechtmatige steun zou kunnen worden beschouwd. Integendeel blijkt zelfs expliciet uit het hiervoor reeds aangehaalde besluit van 30 maart 2015<sup>57</sup> van de Europese Commissie (dat leidde tot het arrest Micula), dus ruim voor de uitspraak van het PHA-scheidsgerecht, dat de Europese Commissie (de executie van) een uitspraak van een 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 AES en AEF 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 AES en AEF meenden te kunnen ontvangen op basis van de 2007-regeling, terwijl AES en AEF in verband daarmee geen beroep toekomen 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.<sup>58</sup>
- 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

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 4.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> HvJ 5 maart 2019, Eesti Pagar, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, punt 91.

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 *standstill*-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 een 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.*

*(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 scheidsgerichten. 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 premiereregeling heeft gewijzigd door de aangemelde regeling, op zich staatssteun zou vormen. De arbitragepanelen 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 arbitragepanelen wanneer zij het recht van de Unie toepassen. Het exclusieve forum om de geldigheid ervan aan te vechten zijn de Europese rechterlijke instanties.”<sup>59</sup>*

13.5 In haar besluit van 19 juli 2021 heeft de Commissie voorts geoordeeld dat een uitspraak van een scheidsgerecht in een vergelijkbare zaak een steunmaatregel vormt.<sup>60</sup>

13.6 Spanje heeft de uitspraak van het PHA-scheidsgerecht aangemeld bij de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft de ontvangst van de aanmelding op 14 september 2021 bevestigd en geregistreerd onder nummer SA.64761. 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 een 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

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155, bijgevoegd als Productie 4.

dienen te houden aan de beoordeling van de Commissie van de vraag of er sprake is van staatssteun.<sup>61</sup>

- 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.<sup>62</sup>
- 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 AES en AEF te betalen, geen doeltreffende maatregel, omdat Spanje, indien eenmaal onherroepelijk door een rechterlijke instantie van een derde land verlof tot executie is verleend aan AES en AEF, die executie als zodanig niet kan tegenhouden.
- 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 AES en AEF 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 PHA-scheidsgerecht – al dan niet nadat een nationale rechter verlof tot executie heeft verleend – ertoe leidt dat Spanje onrechtmatige staatssteun verleent aan AES en AEF. 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 AES en AEF door middel van de executie van het in strijd met het Unierecht door het PHA-scheidsgerecht gewezen vonnis, deze onrechtmatige steun alsnog aan AES en AEF wordt verstrekt, vormt een verbod aan AES en AEF 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*<sup>63</sup> 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 PHA-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 (zogenoeten *Investor-State Dispute Settlement*)

<sup>61</sup> HvJ 1 november 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, punt 41.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> PbEU 2021, C305/1.



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 beslechttingsmechanismes 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 een procedure kan inleiden voor een scheidsgerecht waarvan deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid te aanvaarden.”<sup>64</sup>*

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.”<sup>65</sup>*

17.4 Daarbij speelt onder meer een rol dat scheidsgerichten 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.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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*

<sup>64</sup> HvJ 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, punt 62.

<sup>65</sup> HvJ 6 maart 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, punt 56.

<sup>66</sup> Zie bijv. HvJ 30 mei 2006, C-459/03, *Commissie v Ierland*, EU:C:2006:345; *Opinie 2/13*, para. 180.

<sup>67</sup> HvJ 2 september 2021, Komstroy, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655.

*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.”<sup>68</sup>*

- 17.7 In het arrest PL Holdings bevestigde het Hof van Justitie wederom deze jurisprudentie.<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup> 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 AES en AEF 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 scheidsgerecht.<sup>71</sup> 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 (een Engelse vertaling is bijgevoegd als **Productie 9**) 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 10**).
- 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.<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup>
- 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.<sup>74</sup> 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

<sup>68</sup> HvJ 2 september 2021, Komstroy, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, punt 65 en 66.

<sup>69</sup> HvJ 26 oktober 2021, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, met name punten 44-47.

<sup>70</sup> HvJ 26 oktober 2021, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, punten 64, 66 en 69.

<sup>71</sup> HvJ 25 januari 2022, C-638/19 P, Commissie/European Food e.a., ECLI:EU:C:2022:50.

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> Ibid. p. 3.

<sup>74</sup> Te raadplegen in het Official Journal of the European Union, L 169/1.

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 met de EU-verdragen, nu de EU partij is bij het ECT.<sup>75</sup> 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 PHA-scheidsgerecht een uitspraak gedaan in strijd met het beginsel van arbitrabiliteit.<sup>76</sup> 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 Loos<sup>77</sup> en Costa/Enel.<sup>78</sup> Het EU-recht vormt een autonome rechtsorde en het EU-recht heeft voorrang op de nationale rechtsorde.<sup>79</sup>
- 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.*

<sup>75</sup> Zie Verslag van een schriftelijk overleg, 1 februari 2021, Kamerstukken II 2020/21, 35 649 (R2150), nr. 3, p. 15.

<sup>76</sup> Ook in het bijzonder in verband met de regels van staatssteun, die niet ter vrije dispositie van partijen staan.

<sup>77</sup> HvJ 5 februari 1963, 26-62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*), p. 23.

<sup>78</sup> HvJ 15 juli 1964, 6-64, ECLI: EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*), p. 1219.

<sup>79</sup> 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.

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. 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.*<sup>80</sup>

17.17 Aldus is duidelijk dat de veroordelingen van Spanje jegens AES en AEF 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 scheidsgerecht zich onbevoegd verklaren.

17.18 AES en AEF zijn een EU-onderdanen. Als zodanig zijn 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. AES en AEF moeten 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 AES en AEF die omstandigheid niet kunnen negeren c.q. omzeilen door tenuitvoerlegging te vorderen van een ongeldig arbitraal vonnis in een andere jurisdictie. Doen zij dat wel dan maken zij daarmee misbruik van recht althans handelen 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*

<sup>80</sup> 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.

*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 kent of behoort te kennen.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup>
- 18.4 In dit geval weten AES en AEF dat het arbitraal vonnis ongeldig is nu het is geweest zonder het bestaan van een onderliggende overeenkomst tot arbitrage. Zij weten ook, althans behoren te weten, dat de (al dan niet gedwongen) tenuitvoerlegging kan leiden tot onrechtmatig staatssteun, met alle mogelijke gevolgen voor Spanje van dien. AES en AEF zijn zich er aldus van bewust dat er een ontoelaatbare onevenredigheid bestaat tussen hun 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 PHA-scheidsgerecht. Het PHA-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."<sup>83</sup>*

In onderhavige zaak kan die misbruik van bevoegdheid verder gevonden worden in de omstandigheid dat AES en AEF weten althans behoren te weten dat de arbitrale vonnissen, en de tenuitvoerlegging daarvan in strijd zijn met het EU-recht, en zij welbewust de executie daarvan zoeken in een niet-EU land. Dit terwijl AES en AEF zelf EU-ingezetenen zijn en

<sup>81</sup> HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2905 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*).

<sup>82</sup> GS Vermogensrecht, art. 3:13 BW, aant. 47.

<sup>83</sup> Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, r.o. 5.7.2.

deze hele kwestie nota bene is begonnen doordat AES en AEF gebruik wensten te maken van subsidieregelingen die voortvloeiden uit EU-recht. Ook de omstandigheid dat zij weten, althans behoren te weten, dat zij Spanje mogelijk blootstellen 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 AES en AEF een verbod krijgen om hangende deze procedure alsnog doorgaan met de reeds aangevangen tenuitvoerlegging.
- 19.2 Van Spanje kan ook niet worden gevergd dat zij de uitkomst van deze (mogelijk langdurende) bodemprocedure afwacht. Daarvoor zijn de belangen die op het spel staan simpelweg te groot. Als AES en AEF nu doorzetten 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 geven AES en AEF er blijk van niet te willen wachten met de tenuitvoerlegging, maar proberen zij juist zo snel mogelijk te executeren, en wel via een niet-EU land.
- 19.3 Dat klemt temeer nu aan de zijde van AES en AEF een reëel restituerisico bestaat. De twee entiteiten in kwestie hebben blijkens hun laatst gepubliceerde jaarrekeningen slecht een eigen vermogen van EUR 6.726.759 (AES<sup>84</sup>), respectievelijk EUR 33.633 (AEF<sup>85</sup>). De kans is groot dat indien AES en AEF zich op korte termijn verhalen op Spanje, en Spanje uiteindelijk in het gelijk zou worden gesteld in deze procedure, de gevolgen van de tenuitvoerlegging onomkeerbaar zijn en AES en AEF 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 het besproken vonnis van het PHA-scheidsgerecht een onrechtmatige steunmaatregel vormt en ook overigens in strijd is met het Unierecht in verband met het bepaalde in de Achmea-uitspraak, en dat tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis 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 AES en AEF worden geboden de bij het District Court van het District of Columbia lopende procedures onder nummer 1:21-cv-03249-RJL in te trekken, althans op te schorten, alsmede aan AES en AEF een verbod wordt opgelegd om het bedoelde arbitrale vonnis te executeren, zolang de Europese Commissie de in dat arbitrale vonnis 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 AES en AEF de procedure bij de District Court van de District of Columbia niet intrekken althans opschorten, AES en AEF een dwangsom verbeuren die afdoende is om AES en AEF voldoende prikkel te geven om tot intrekking althans schorsing over te gaan.

<sup>84</sup> **Productie 11**, uittreksel uit het handelsregister van het KvK van AES Solar Energy Coöperatief U.A..

<sup>85</sup> **Productie 12**, uittreksel uit het handelsregister van het KvK van Ampere Equity Fund B.V..

- 20.4 Om de maatregel daadwerkelijk doeltreffend te maken dient er voorts voor gezorgd te worden dat wanneer AES en AEF toch tot executie zouden overgaan, AES en AEF niet in een betere positie komen te verkeren dan wanneer zij conform het Unierecht afzien van executie. Het is om die reden dat Spanje vordert dat AES een dwangsom wordt opgelegd van (maximaal) EUR 16 miljoen en AEF een dwangsom wordt opgelegd van (maximaal) EUR 11,5 miljoen, zijnde het bedrag dat Spanje op grond van het scheidsrechterlijk vonnis aan AES en AEF zou moeten betalen (EUR 15,4 miljoen, respectievelijk EUR 11,1 miljoen), vermeerderd met kosten. De dwangsom kan lager uitvallen indien AES en AEF een lager bedrag executeren. Daarmee wordt verzekerd dat AES en AEF een zodanig dwangsom dienen te betalen dat zij niet in een voordeliger positie komen te verkeren wanneer zij ondanks de uitspraak van Uw Rechtbank toch tot executie overgaan.
- 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 AES en AEF 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 AES en AEF tot executie overgaan hangende deze procedure bestaat immers het risico dat onomkeerbare gevolgen ontstaan aangezien daar waar AES en AEF de door executie verkregen activa kunnen vervreemden of anderszins ervoor kunnen zorgen dat Spanje de door executie verkregen activa niet meer zal kunnen terugkrijgen, terwijl het bovendien niet kan worden uitgesloten dat AES en AEF geen alternatief verhaal zullen bieden. De verzochte voorlopige voorzieningen dienen er in eerste instantie toe dat AES en AEF de procedure bij het District Court van het District of Columbia niet zullen voortzetten en alles in het werk zullen stellen om deze procedure te schorsen. Voor zover AES en AEF die procedure toch zouden voortzetten en na verloop toch tot executie zouden overgaan, is het van belang aan de voorlopige voorzieningen een dwangsom te verbinden die AES en AEF ervan weerhouden 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 AES en AEF 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).<sup>86</sup>

<sup>86</sup> Zie bijv. HR 19 aart 2004, NJ 2007, 585 (*Philips/Postech*), m.nt. P. Vlas.

22. **Het verweer en de weerlegging daarvan**

22.1 Enige bij Spanje bekende verweren zijn hiervoor reeds weerlegd.

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 AES en AEF in hoger beroep zouden 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 AES en AEF. Omgekeerd bestaat er geen risico dat Spanje – mochten AES en AEF 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 AES en AEF om de uitvoerbaar bij voorraadverklaring achterwege te laten.

24. **Bevoegdheid**

24.1 Op grond van artikel 8 lid 1 Brussel I-bis is de rechtbank van de woonplaats van een van de verweerders ook ten aanzien van de overige verweerders bevoegd, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.

24.2 Dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven, behoeft eigenlijk geen opmerking meer. Volledigheidshalve zij nochtans opgemerkt dat AES en AEF gezamenlijk hun vorderingen ingesteld hebben bij het scheidsgerecht. Het scheidsgerecht heeft ook in een enkele uitspraak de vorderingen van AES en AEF (en de andere claimanten in die procedure) toegewezen. Vervolgens hebben AES en AEF gezamenlijk een procedure gestart bij de district Court van het District of Columbia. Ten aanzien van beide gedaagden spelen dezelfde rechtsvragen, zoals die hiervoor uiteen zijn gezet. Spanje is dan ook van mening dat de vorderingen tegen beide gedaagden zodanig samenhangen dat een gezamenlijke behandeling doelmatiger is dan wanneer de procedures voor verschillende rechters zouden worden gevoerd.

24.3 Aangezien AES gevestigd is in Amsterdam is uw rechtbank daarom bevoegd kennis te nemen van de vorderingen tegen beide gedaagden.

25. **Bewijsaanbod**

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 1:21-cv-03249-RJL 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 PHA-scheidsgerecht gewezen arbitrale vonnis van 28 februari 2020;
- (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 PHA-scheidsgerecht bij arbitraal vonnis van 28 februari 2020 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 AES en AEF ten gevolge van de wijzigingen in de 2007-regeling, hebben geleden daaronder begrepen het treffen van conservatoire maatregelen;
- (E) AES of enige andere met haar 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 16 miljoen of een bedrag dat overeenkomt met het bedrag dat AES (al dan niet in gedeelten) door executie verkrijgt, indien dit lager is, indien AES zich niet houdt aan de hiervoor onder B, C en D gevorderde voorlopige voorzieningen.
- (F) AEF of enige andere met haar 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 11,5 miljoen of een bedrag dat overeenkomt met het bedrag dat AEF (al dan niet in gedeelten) door executie verkrijgt, indien dit lager is, indien AEF 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:

- (G) Voor recht te verklaren dat de 2007-regeling een steunmaatregel vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU;

- (H) Voor recht te verklaren dat de 2007-regeling niet conform artikel 108, lid 3, VWEU bij de Commissie is aangemeld en onrechtmatige staatssteun vormt;
- (I) Voor recht te verklaren dat de door het PHA-scheidsgerecht bij arbitraal vonnis van 28 februari 2020 toegekende schadevergoeding een steunmaatregel vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU;
- (J) Voor recht te verklaren dat er nooit een geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen tussen Spanje en gedaagden;
- (K) Voor recht te verklaren dat de invordering van de door het PHA-scheidsgerecht bij arbitraal vonnis van 28 februari 2020 toegekende schadevergoeding in strijd met het Unierecht is, zolang de Europese Commissie die arbitrale vonnissen niet verenigbaar met de interne markt verklaard heeft;
- (L) 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;
- (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 om alle handelingen te verrichten die nodig zijn om de thans bij het United States District Court for the District of Columbia onder zaaknummer 1:21-cv-03249-RJL lopende procedure op te schorten en opgeschort te houden, totdat de Europese Commissie de door het PHA-scheidsgerecht gewezen arbitrale vonnis van 28 februari 2020 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;
- (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 gebieden de thans bij het United States District Court for the District of Columbia onder zaaknummer 1:21-cv-03249-RJL lopende procedure in te trekken, binnen 10 dagen nadat de Europese Commissie de door het PHA-scheidsgerecht gewezen arbitrale vonnis van 28 februari 2020 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;
- (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 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 AES en AEF ten gevolge van de wijzigingen in de 2007-regeling, hebben geleden;
- (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 uitvoering te geven, of op enigerlei andere wijze over te gaan tot executie, van de door het PHA-scheidsgerecht gewezen arbitrale vonnis van 28 februari 2020, althans gedaagden 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 PHA-scheidsgerecht bij arbitrale vonnis van 28 februari 2020 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 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 PHA-scheidsgerecht bij arbitrale vonnis van 28 februari 2020 toegekende schadevergoeding, althans gedaagden 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 PHA-scheidsgerecht bij arbitrale vonnis van 28 februari 2020 toegekende schadevergoeding totdat de Europese Commissie die arbitrale vonnissen verenigbaar met de interne markt verklaard heeft;
- (R) AES of enige andere met haar 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 16 miljoen of een bedrag dat overeenkomt met het bedrag dat AES (al dan niet in gedeelten) door executie verkrijgt, indien dit lager is;
- (S) AEF of enige andere met haar 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 11,5 miljoen of een bedrag dat overeenkomt met het bedrag dat AEF (al dan niet in gedeelten) door executie verkrijgt, indien dit lager is;
- (T) 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](mailto:niek.peters@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. Final Award van het PHA van 28 februari 2020, zaaknr. 2012-14
3. Vordering van AES en AEF bij het District Court for the District of Columbia van 10 december 2021, zaaknr. 1:21-cv-03249-RJL
4. Besluit van de Europese Commissie van 19 juli 2021, SA.54155 (2021/NN) – Arbitration award to Antin – Spain
5. Arrest van de Zwitserse Hoge Raad van 23 februari 2021, zaaknr. 4A_187/2020
6. Memorandum van Wet ter ondersteuning van de Motie van Spanje bij het District Court for the District of Columbia van 6 mei 2022, zaaknr. 1:21-cv-03249-RJL
7. Antwoord van AES en AEF op de Motie van Spanje bij het District Court for the District of Columbia van 17 juni 2022, zaaknr. 1:21-cv-03249-RJL
8a. Beschikking van het HvJ van 21 september 2022 in zaak C-333/19, ECLI:EU:C:2022:749 (Romatsa)
8b. 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)
9. Uitspraak van het Zweedse Hof van beroep van 13 december 2022, zaaknr. T 4658-18
10. Uitspraak van de Zweedse Hoge Raad van 14 december 2022, zaaknr. T 1569-19
11. KvK uittreksel AES Solar Energy Coöperatief U.A.
12. KvK uittreksel Ampere Equity Fund B.V.