



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hedda Hedenskog

Slutet för EU-interna investeringstvister?

En utredning av rättsläget efter EU-domstolens dom C-284/16 *Achmea*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: period 2 HT2020

Innehåll

ABSTRACT	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Disposition	12
2 INVESTERINGSTVISTER OCH DEN PROCESSUELLA REGLERINGEN AV SKILJEFÖRFARANDEN	14
2.1 Huvuddragen i investeringstvister	14
2.2 Sverige som skiljedomssäte i internationella skiljeförfaranden	15
2.2.1 Skiljedoms ogiltighet	17
2.2.2 Klander av skiljedom	19
2.3 EU och skiljedomsrätt	20
2.4 Slutsatser	23
3 C-284/16 ACHMEA	25
3.1 Bakgrund till förhandsavgörandet	25
3.2 EU-domstolens dom	27
3.3 Generaladvokatens förslag till avgörande	31
3.4 Slutsatser	31
4 NATIONELLA DOMSTOLARS TILLÄMPNING AV ACHMEA37	
4.1 Bundesgerichtshofs avgörande efter <i>Achmea</i>	37
4.2 PL Holdings v. Polen	38
4.2.1 Bakgrund	38
4.2.2 Svea hovrätt	39
4.2.3 Högsta domstolen	42
4.3 Slutsatser	43

5	EU OCH MEDLEMSSTATERNAS TOLKNING AV <i>ACHMEA</i>	47
5.1	EU-kommissionens meddelande	47
5.2	Medlemsstaternas deklARATIONER	48
5.3	Upphävningssavtalet	50
5.4	Slutsatser	50
6	ANALYS AV <i>ACHMEA</i> I DOKTRIN	53
6.1	Inledning	53
6.2	EU-interna BITs och <i>Achmea</i> i doktrin	53
6.3	EU-interna ECT-förfaranden och <i>Achmea</i> i doktrin	55
6.4	Slutsatser	56
7	SKILJEDOMAR MEDDELADE EFTER <i>ACHMEA</i>	60
7.1	Gemensamma bedömningar i skiljedomar efter <i>Achmea</i>	60
7.2	Skiljedomar meddelade genom EU-interna BITs	61
7.3	Skiljedomar meddelade genom EU-interna ECT-förfaranden	63
7.4	Slutsatser	64
8	SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER	68
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	73
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77

Abstract

In 2018, the Court of Justice of the European Union (CJEU) rendered its preliminary ruling C-284/16 *Achmea*, making the future of investment treaty arbitration between an investor from one EU member state and another EU member state uncertain. In the judgement's operative part, the CJEU concluded that articles 267 and 344 Treaty on the Functioning of the European Union precludes arbitration clauses such as the clause in the bilateral investment treaty between Slovakia and the Netherlands. This arbitration clause stated that an investor from one of the states that is party to the treaty may bring arbitral proceedings against the other state that is party to the treaty. Though taking a clear position against intra-EU investment arbitration, it was not clear how the principles expressed by the CJEU affected the procedural regulation of arbitral proceedings, nor which circumstances in the case that were determinable for this outcome.

Focusing on Sweden as the seat of arbitration, this thesis examines the legal situation for intra-EU investment disputes after the CJEU's judgement *Achmea*. The thesis covers the issue of whether the principles expressed by the CJEU in the *Achmea* judgement only applies to arbitration clauses in intra-EU bilateral investment treaties with the same wording as the one in the judgement, or whether it also covers other intra-EU investment agreements. Moreover, the thesis focuses on determining how the judgement should be interpreted in a Swedish arbitration law context.

To examine these issues, the thesis uses the legal research method as well as the European legal method. Legal sources such as legislation, preparatory works, legal precedents and case-law, the opinion of the advocate general, the communication and the declarations published by the EU-commission and the member states, as well as legal literature have therefore been reviewed.

The thesis concludes that the *Achmea* judgement deals with the arbitration agreement in intra-EU investment agreements and not whether such disputes are contrary to public policy or non-arbitrable. Based on the CJEU's previous case law, Swedish procedural rules are, therefore, still applicable after *Achmea*. As to the issue of which intra-EU investment arbitrations the legal precedent covers, the thesis concludes that all intra-EU BITs, including those that does not have an applicable law clause opting for EU law to be applied in the proceedings, fall within the scope of the judgement. Although many of the circumstances in the *Achmea* case also exist in intra-EU ECT arbitration, it cannot be concluded with certainty that these proceedings also fall within the scope of the legal precedent. The reasoning of the CJEU is not directly applicable to ECT arbitral proceedings. To draw the conclusion that EU law precludes the arbitration clause in ECT, a clearer statement from the CJEU needs to be delivered.

Sammanfattning

År 2018 meddelade EU-domstolen förhandsavgörandet C-284/16 *Achmea* som kom att göra investeringstvister mellan en investerare från en EU-medlemsstat mot en annan EU-medlemsstat osäker. I domslutet konstaterade EU-domstolen att artiklarna 267 och 344 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt utgjorde hinder mot en sådan skiljeklausul som fanns i ett bilateralt investeringsavtal mellan Slovakien och Nederländerna. Denna skiljeklausul föreskrev att en investerare från den ena staten får inleda ett skiljeförfarande mot den andra staten som var part till avtalet. Även om det var tydligt att EU-domstolen tog ställning mot EU-interna investeringstvister, var det inte helt tydligt vad de principer EU-domstolen uttryckte innebar för den processuella regleringen av skiljeförfaranden, eller vilka omständigheter som var avgörande för domstolens slutsatser.

Med fokus på Sverige som skiljedomssäte utreder uppsatsen rättsläget för EU-interna investeringstvister efter EU-domstolens dom *Achmea*. Uppsatsen behandlar frågeställningar som huruvida EU-domstolens principer i *Achmea* endast gäller skiljeklausuler i EU-interna BITs med samma lydelse som den i domen, eller även andra EU-interna investeringstvister. Uppsatsen fokuserar också på vilken betydelse *Achmea* har i ett processuellt hänseende inom ramen för skiljeförfaranden i Sverige.

För att undersöka dessa frågeställningar används den rättsdogmatiska metoden samt EU-rättslig metod. Juridiskt material som lagstiftning, förarbeten, prejudikat och rättspraxis, generaladvokatens yttrande, det meddelande och de deklARATIONER EU-kommissionen och medlemsstaterna publicerat samt doktrin har därför granskats.

Uppsatsen kommer fram till att *Achmea* tar sikte på själva skiljeavtalet i investeringsavtal, och inte på att frågorna som prövas i sådana förfaranden strider mot *ordre public* eller inte är skiljedomsmässiga. Utifrån EU-domstolens tidigare praxis går det att utläsa att svenska processuella regler därmed är fortsatt tillämpliga. Gällande vilka investeringstvister som prejudikatet blir tillämpligt på konstateras det att den träffar samtliga EU-interna BITs, inklusive dem som inte har en lagvalsklausul som föreskriver att EU-rätt ska tillämpas i förfarandet. Även om många av de omständigheter som förelåg i *Achmea* även föreligger i ett EU-internt ECT-förfarande, går det inte att med säkerhet säga att även dessa skiljeförfaranden omfattas av prejudikatet. Vissa delar av EU-domstolens resonemang är inte direkt tillämpligt på ECT-förfaranden. För att dra slutsatsen att EU-rätten utgör hinder mot skiljeklausulen i ECT krävs ett förtydligande från EU-domstolen.

Förkortningar

15 januari-deklarationen	Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in <i>Achmea</i> and on Investment Protection in the European Union, Bryssel 15 januari 2019
16 januari-deklarationen	Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January on the Enforcement of the Judgement of the Court of Justice in <i>Achmea</i> and on Investment Protection in the European Union, Bryssel 16 januari 2019
<i>Achmea</i>	EU-domstolens dom C-284/16 <i>Achmea</i> , EU:C:2018:158
BIT	Bilateralt investeringsavtal
BGH	Bundesgerichtshof, Högsta förbundsdomstolen i Tyskland
ECT	Energistadgefördraget, the Energy Charter Treaty, Lissabon 17 december 1994, SÖ 1997:57
EU	Europeiska unionen
Euratom	Europeiska atomenergigemenskapen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-internt BIT	Inom Europeiska unionen internt bilateralt investeringsavtal
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktions-sätt
ICC	International Chamber of Commerce

ICSID	Internationella centralorganet för biläggande av investeringstvister
ICSID-konventionen	Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington 18 mars 1965, SÖ 1966:51
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
New York-konventionen	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 10 juni 1958, SÖ 1972:1
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PCA	Permanent Court of Arbitration
PLN	Polska zloty
Prop.	Proposition
SCC	Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut
UNCITRAL-reglerna	Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätts utarbetade skiljedomsregler
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
Upphåvningsavtalet	Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, 5 maj 2020, EUT 2020 L 169/1
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23 maj 1969, SÖ 1975:1

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Föreställ dig att EU-medlemsstaten A och staten B har ingått ett bilateralt avtal för att främja utländska investeringar. Genom avtalet kan investerare från den ena staten investera i den andra staten och åtnjuta en viss typ av skydd för sin investering. Staterna har genom avtalet åtagit sig att inte diskriminera investeringar genom att behandla dem sämre än andra investeringar, att inte expropriera investeringen utan att investeraren får skälig kompensation, samt att låta investeraren fritt överföra vinster från sin investering. Skulle inte staten följa dessa åtaganden finns det även en tvistlösningsmekanism i avtalet. Denna möjliggör för investeraren att inleda ett internationellt skiljeförfarande mot staten. Staten B blir sedan medlem i EU, men det bilaterala investeringsavtalet sägs inte upp. Investerare C, som är ett företag med hemvist i staten A, väljer att investera genom att etablera ett dotterbolag i staten B. Efter detta inför staten B en lag som förstatligar den verksamhet investerare C bedriver i staten. Investerare C får inte någon skälig kompensation. Investerare C anser att staten B har brutit mot det investeringsskydd investeraren var garanterad genom investeringsavtalet mellan staterna A och B och väljer att inleda ett internationellt skiljeförfarande mot staten B i enlighet med avtalet. Staten B invänder under skiljeförfarandet att EU-rätten numera exklusivt reglerar staterna A och B:s förhållanden och att investeringsavtalet därmed inte längre är tillämpligt.

Denna uppsats behandlar den tvistlösningsmekanism som finns i investeringsavtal mellan EU:s medlemsstater som beskrivits ovan. Denna typ av investeringsavtal och dess tvistlösningsmekanism har först hyllats och sedan kritiserats. Under 1990-talet ökade antalet investeringsavtal markant i hopp om att tillströmningen av kapital skulle öka.¹ Många stater som var eller var på väg att bli medlemmar i EU ingick sådana avtal med stater i Central- och

¹ Sabahi, Rubins och Wallace s. 54; Wierzbowski och Gubrynowicz s. 544.

Östeuropa. Stater som hade ett EU-medlemskap i sikte uppmuntrades även att ingå bilaterala investeringsavtal med EU:s medlemsstater.² Även ECT³, ett multilateralt investeringsavtal, ingicks under 1990-talet. Enligt ingressen samt artikel 2 i ECT syftar avtalet bland annat till att främja och ge skydd för investeringar inom energibranschen. Initiativet kom från EU:s håll och såväl EU som Euratom och samtliga EU:s medlemsstater utom Italien⁴ är part till ECT, tillsammans med flera stater utanför EU.⁵

Kritiken mot dessa investeringsavtal har dock växt under 2000-talet. Stater har inte sett den tillströmning av kapital de hoppats på. De riskerar vidare att bakbindas av sådana avtal genom att inte kunna genomföra viss lagstiftning utan att bli krävda på miljardbelopp av utländska investerare. Inom EU har tvistlösningsmekanismen kommit att bli ett växande problem efter att de stater som EU:s äldre medlemsstater ingick bilaterala investeringsavtal med blivit medlemmar i EU under dess utvidgning år 2005, 2007 och 2013. Detta medförde att flera bilaterala investeringsavtal blev EU-interna BITs. Eftersom både investeringsavtalen och EU-rättens reglering av den inre marknaden syftar till att främja och förenkla handel mellan medlemsstaterna, skapas en risk för normkonflikt. EU-kommissionen har därför försökt få medlemsstaterna att säga upp dessa EU-interna BITs samt gjort uttalanden om att de inte är förenliga med EU-rätten.⁶

Även EU:s medlemsstater har framfört att dessa investeringsavtal inte är förenliga med EU-rätten. Likt exemplet ovan har medlemsstater som stämts av investerare allt oftare invänt under EU-interna skiljeförfaranden att skiljenämnden saknar behörighet att pröva saken på grund av EU-rätten. En domstolsprövning kring huruvida denna invändning har rättslig grund har emellertid dröjt ända till år 2018. Slovakien framförde invändningen mot skiljenämndens behörighet i ett skiljeförfarande mot en nederländsk investerare,

² Triantafylou och Pusztai s. 45; Wierzbowski och Gubrynowicz s. 544.

³ The Energy Charter Treaty, Lissabon 17 december 1994, SÖ 1997:57.

⁴ Italien drog sig ur ECT år 2014. Återkallandet fick verkan den 1 januari 2016.

⁵ International Energy Charter, 'Members and Observers to the Energy Charter Conference'.

⁶ Sabahi, Rubins och Wallace s. 56 f.

Achmea B.V., som påkallat skiljeförfarande genom ett BIT mellan Nederländerna och Slovakien. Genom klander av den meddelade skiljedomen i tyska domstolar, som var säte för skiljeförfarandet, kom detta att prövas av EU-domstolen genom förfarandet för förhandsavgörande. Den 6 mars 2018 meddelade EU-domstolen sitt avgörande C-284/16 *Achmea* där domstolen fann att artiklarna 267 och 344 FEUF utgjorde hinder mot en sådan bestämmelse som skiljeklausulen i det bilaterala investeringsavtalet. Domen har kommit att göra internationella investeringstvisters framtid inom EU osäker.

Domen har däremot inte satt punkt för investeringstvister inom EU. Många frågetecken kvarstår, såsom huruvida prejudikatet endast omfattar denna specifika formulering av en skiljeklausul i ett BIT eller om det även gäller övriga EU-interna BITs. En ytterligare fråga är om det även omfattar ECT som möjliggör för investeringstvister mellan EU-medlemsstater och dess investerare. Det återstår också att klargöra hur prejudikatet förhåller sig till EU-medlemsstaternas processuella regelverk om skiljeförfaranden. EU-kommissionen och EU:s medlemsstater har på olika sätt klargjort hur strikt EU-domstolens dom ska tolkas. Samtidigt har skiljenämnder funnit sig fortsatt behöriga att pröva investeringstvister. Detta tyder på att rättsläget kring EU-interna investeringstvister inte är helt tydligt. Många av de skiljenämnder som meddelat skiljedom efter *Achmea* har haft sitt säte i Sverige, såväl under bilaterala investeringsavtal som under ECT som uttryckligen anger SCC som ett alternativ. Flera skiljedomar har också klandrats i svensk domstol, varför Sverige spelar en särskild roll i denna rättsutveckling.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda hur EU-domstolens dom *Achmea* har påverkat rättsläget för investeringstvister inom EU. Domen lämnade ett flertal principiella ställningstaganden, men förde inte in dessa i en processuell kontext. Utifrån domen är det således inte helt tydligt vilken tillämplighet domen har, varken vad gäller olika omständigheter som kan förekomma i det en-

skilda fallet och hur den kommer in i den processuella regleringen av skiljeförfaranden i Sverige. För att uppnå uppsatsens syfte utreds följande frågeställningar:

1. Gäller EU-domstolens principer i *Achmea* endast skiljeklausuler i EU-interna BITs med samma lydelse som den i domen, eller även andra EU-interna investeringstvister?
2. Vilken betydelse har *Achmea* i processuellt hänseende inom ramen för skiljeförfaranden i Sverige?

1.3 Metod och material

På grund av uppsatsens syfte, att utreda hur en dom meddelad av EU-domstolen ska tolkas i en svensk kontext, behandlas både EU-rätt och svensk rätt i uppsatsen. I de avsnitt som behandlar svensk rätt har den rättsdogmatiska metoden använts. Den rättsdogmatiska metoden är en allmänt erkänd metod för att tolka gällande rätt. Metoden går ut på att tolka innehållet i auktoritativa rättskällor och utifrån dem utreda vad som är gällande rätt.⁷ Uppsatsen kartlägger således gällande rätt i Sverige om internationella skiljeförfaranden genom att behandla allmänt accepterade rättskällor som lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin.⁸ Uppsatsen håller sig till en *de lege lata*-argumentation, vilket innebär att den endast tar ställning till hur gällande rätt bör tolkas.⁹ Genom Sveriges medlemskap i EU kommer även EU-rätten in i den svenska normhierarkin. Enligt företrädesprincipen har EU:s rättsregler företräde framför svenska rättsregler, och svenska domstolar har därmed en skyldighet att tillämpa EU-rätten framför nationell rätt vid normkonflikt.¹⁰

För att utreda vad EU-rätten föreskriver om EU-interna investeringstvister använder uppsatsen den EU-rättsliga metoden. Uppsatsen ägnar sig därmed

⁷ Hjertstedt s. 166 f.

⁸ Hjertstedt s. 167; Kleineman s. 21; Jareborg s. 8.

⁹ Hjertstedt s. 167.

¹⁰ Hettne och Otken Eriksson s. 173 f.

huvudsakligen åt att utreda vilka rättsregler EU-domstolens dom *Achmea* beskriver. Detta får sedan en inverkan på svensk rätt om skiljeförfaranden genom svenska domstolars skyldighet att tillämpa EU-rätt framför nationell rätt. EU-rättens källor kommer således behandlas för att utröna hur domens principer ska tillämpas.

EU-rättens normhierarki utgörs av tre delar där primärrätten och allmänna rättsprinciper som inte kodifierats i primärrätten utan framgår av EU-domstolens rättspraxis står högst. Därefter kommer sekundärrätten. Dessa källor utgör bindande rättskällor. Icke-bindande normgivning är den tredje delen i normhierarkin. Sådan normgivning är underordnad de två andra och anses endast vara vägledande. Även EU-domstolens rättspraxis är som princip en bindande rättskälla.¹¹

Det rättsområde som uppsatsen behandlar är dock inte ett av EU:s integrationssträvanden och det saknas därför sekundärrättslig lagstiftning om investeringstvister. De rättskällor som finns inom EU på detta rättsområde är huvudsakligen EU-domstolens dom *Achmea*, varför denna dom intar en central roll. Domen analyserar primärrätten och allmänna rättsprinciper, tillsammans med viss nationell lagstiftning som den hänskjutande domstolen har att tillämpa. EU-domstolens dom *Achmea* är svårtolkad då den inte stödjer sig på bestämmelser som uttryckligen behandlar investeringsavtal eller investeringstvister utan främst behandlar allmänna rättsprinciper. För att utreda vilka principer som följer av domen behandlas därför flera icke-bindande men vägledande rättskällor. Generaladvokatens förslag till avgörande är en av dessa källor som kan ge en vägledande förståelse för EU-domstolens dom.¹² Uppsatsen behandlar även efterföljande meddelanden, deklARATIONER och avtal från EU-kommissionen och EU:s medlemsstater för att analysera innebörden av *Achmea*. Syftet med meddelanden från EU-kommissionen är bland annat att klargöra rättsläget och underlätta tolkning av EU-rättsliga regler. Det är

¹¹ Bernitz s. 63 ff.; Bernitz och Kjellgren s. 184 ff.; Hettne och Otken Eriksson s. 40 ff.

¹² Bernitz och Kjellgren s. 195.

vanligt att det ofta rör sig om preciseringar av rättsläget på områden där klargörande praxis från EU-domstolen saknas. EU-domstolen är emellertid inte bunden av dessa bedömningar. Sådan icke-bindande normgivning utgör dock tolkningsunderlag inom EU-rätten och kan ha en styrande roll.¹³ Likaså används kommenterande och analyserande doktrin som vägledning för att utreda vilka principer som utvecklats i *Achmea*. Även om EU-domstolen inte hänvisar till doktrin i sina avgöranden är det känt att domstolen ibland beaktar uppfattningar uttryckta däri. EU-rättslig doktrin för ofta en diskussion om och bearbetar EU-domstolens domar.¹⁴ Det är således en relevant källa för att belysa hur EU-domstolens avgörande kan tolkas.

Eftersom denna dom intar en central roll bör något särskilt nämnas om EU-domstolens ställning och vilken roll dess förhandsavgöranden spelar. EU-domstolens uppgift är enligt artikel 19.1 FEU att säkerställa att lag och rätt följs när man tolkar och tillämpar EU-fördragen. På de områden där EU-rätten är domarskapt och oskriven har EU-domstolens avgöranden en särställning. I sina bedömningar återkommer EU-domstolen ofta till EU-fördragets grundläggande syften och de allmänna rättsprinciper som finns inom EU. Som regel gör därför domstolen integrationsfrämjande tolkningar och bedömningar. EU-domstolens metod vid domsskrivning är vanligen att utveckla och tillämpa allmänna rättsregler som den senare bygger vidare på genom att dra slutsatser som är relevanta för omständigheterna i det enskilda fallet. Formellt sett är EU-domstolens avgöranden endast bindande i det konkreta fallet den dömt i. Det är emellertid mycket vanligt att EU-domstolen hänvisar till sina tidigare domar och bygger vidare på den praxis den utvecklat, varför det är ovanligt att den frångår tidigare praxis. EU-domstolens tolkningar fungerar som prejudikat för de nationella domstolarna när de ska tolka och tillämpa EU-rätten.¹⁵ I fallet med *Achmea* får EU-domstolens dom anses ha en särställning eftersom sekundärrättslig lagstiftning saknas. Med anledning av

¹³ Bernitz och Kjellgren s. 201 f.; Bernitz s. 66.

¹⁴ Bernitz s. 69 f.

¹⁵ Hettne och Otken Eriksson s. 41, 50; Bernitz och Kjellgren s. 188 f.; Bernitz s. 69; Reichel s. 114.

ovanstående kommer uppsatsen redogöra för de principer EU-domstolen uttryckt om skiljeförfaranden i tidigare praxis samt analysera hur *Achmea* samspelar med tidigare uttryckta principer.

Gällande förhandsavgöranden ses EU-domstolens domar som ett tolkningsbesked som är bindande för den nationella domstolen som begärt förhandsavgörandet enligt artikel 267 FEUF. Den nationella domstolen tillämpar sedan förhandsavgörandet på det konkreta fallet och avgör målet i sak. Syftet med förfarandet är att säkerställa att EU-rätten tolkas och tillämpas enhetligt. EU-rätten är en del av medlemsstaternas interna rättsordning och är bindande för nationella domstolar. En svensk domstol är skyldig att respektera EU-rättens företrädesrätt, iaktta lojalitetsprincipen, tillämpa EU-rätten lojalt och vid behov inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen.¹⁶ Det är därför EU-domstolens dom är prejudicerande även i svensk rätt på ett rättsområde som skiljeförfaranden som inte normalt ses som ett EU-rättsligt område. Med dessa anledningar i åtanke kommer uppsatsen behandla de två nationella domar som hittills tillämpat principerna i *Achmea*. Den tyska dom som följde förhandsavgörandet *Achmea* visar på hur principerna EU-domstolen uttryckte i *Achmea* kan tillämpas. En engelsk översättning av denna dom har behandlats som getts in till Svea hovrätt i ett annat mål.¹⁷ Även en dom från Svea hovrätt som tillämpat principerna i *Achmea* kommer behandlas för att belysa hur EU-domstolens principer har tolkats i en svensk kontext samt med andra omständigheter. Denna dom har dock överklagats till Högsta domstolen och har således inte vunnit laga kraft. Högsta domstolen har i sin tur begärt att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande. Med viss försiktighet kommer således Svea hovrätts dom redogöras för samt de ställningstaganden Högsta domstolen gjort i sitt protokoll till EU-domstolen.

Vid tolkning av EU-domstolens rättspraxis finns det flera principer som är relevanta att ha i åtanke. Enligt *stare decisis*-principen ska ett senare mål avgöras på samma sätt som det tidigare, om samma relevanta omständigheter

¹⁶ Bernitz s. 76 ff.

¹⁷ Svea hovrätts pågående mål nr T 3229-19, aktbilaga 4.

föreligger. EU-domstolen är dock inte formellt bunden av sina tidigare prejudikat. EU-domstolen har emellertid ofta valt att hantera det genom att isolera en tidigare dom genom att särskilja omständigheter som föreligger i det enskilda fallet i respektive mål. Vid tolkning av rättspraxis blir det därmed viktigt att utvärdera vilka likheter som är relevanta. Man behöver finna vilka omständigheter och uttalanden i det tidigare målet som var nödvändiga för målets utgång och som därmed utgör en generellt tillämplig rättsregel. Detta blir vanligen tydligt i senare rättspraxis.¹⁸ Med hjälp av olika tolkningskällor kommer uppsatsen därmed försöka utvärdera vilka omständigheter i EU-domstolens dom *Achmea* som var nödvändiga för målets utgång.

Även internationella skiljedomar som publicerats kommer behandlas som tolkningsunderlag. Dessa domar utgör inte en rättskälla i normhierarkin inom EU-rätten eller svensk rätt. Det finns dock flera skäl till att de ändå är intressanta att studera. Dessa skiljedomar har bemött principerna i *Achmea* vid bedömningar av skiljenämndens behörighet och funnit sig fortsatt behöriga. Med andra ord så visar skiljedomarna på hur *Achmea* kan tolkas och tillämpas i enskilda fall. Detta är intressant för såväl frågeställningen om hur principerna i *Achmea* ska tolkas i en processuell kontext som när omständigheterna i det enskilda fallet är annorlunda än dem i *Achmea*. Skiljenämnderna består ofta av välrenommerade jurister och akademiker som även publicerat mycket doktrin om skiljeförfaranden, vilket innebär att de är väl insatta i rättsområdet. Det är inte heller helt ovanligt att såväl doktrin som domstolar studerar hur skiljenämnder dömt i frågor som berör processuella ställningstaganden i skiljeförfaranden. Det är trots allt dessa domar som utgör grunden för prövningen i nationell domstol. Med detta i åtanke kommer uppsatsen dock förhålla sig kritisk till de resonemang som förts i skiljedomar.

1.4 Disposition

I uppsatsens andra avsnitt behandlas huvuddragen i investeringstvister. Avsnittet redogör för skiljeförfarandereglererna i Sverige som skiljedomssäte samt

¹⁸ Hettne och Otken Eriksson s. 50 ff.

vilka principer EU-domstolen uttryckt om skiljeförfaranden i EU. Detta är av vikt för att förstå rättsområdet som helhet och kommer senare ha en betydelse för uppsatsens analys där det diskuteras hur *Achmea* ska tolkas jämte befintliga regler och vad domen innebär för svensk rättskipning på området.

I efterföljande avsnitt tre behandlas EU-domstolens avgörande, *Achmea*. Inledningsvis redogörs för bakgrunden till förhandsavgörandet. Därefter sammanfattas EU-domstolens avgörande i relevanta delar. Även generaladvokatens förslag till avgörande berörs kortfattat här.

Därefter följer flera avsnitt som behandlar hur olika rättskällor tolkat principerna som EU-domstolen uttryckt i *Achmea*. Rättskällorna behandlas utefter normhierarkin. Syftet med dessa avsnitt är att utröna hur domens principer ska tolkas. Det första av dessa avsnitt, avsnitt fyra, redogör för de två nationella mål som tillämpat principerna i *Achmea*. Avsnitt fem sammanfattar vad EU-kommissionen och EU:s medlemsstater har vidtagit för åtgärder. Avsnitt sex sammanfattar hur domen analyserats i doktrin. Avsnitt sju behandlar hur de skiljedomar som meddelats efter *Achmea* har bemött invändningar från stater mot skiljenämndens behörighet. Uppsatsens avslutande avsnitt åtta knyter ihop uppsatsens löpande analys och besvara uppsatsens frågeställningar.

2 Investeringstvister och den processuella regleringen av skiljeförfaranden

2.1 Huvuddragen i investeringstvister

Likt scenariot i del 1.1 föreskriver skiljeklausuler som är intagna i investeringsavtal vanligtvis att en investerare får inleda skiljeförfarande mot en stat för att lösa en tvist genom internationell skiljedom. Investeraren ska vara från en av staterna som är part till avtalet och ha investerat i den andra staten som är part till avtalet. Det är denna sistnämnda stat som investeraren inleder skiljeförfarande mot. Det är således inte samma parter i investeringsavtalet som i investeringstvisten. Investeringsavtal ingås mellan två eller fler stater. Skiljeavtalet å andra sidan, som är en produkt av investeringsavtalet, ingås mellan de tvistande parterna, det vill säga en investerare och en av de stater som är part till investeringsavtalet. Denna utformning föreskrivs exempelvis i artikel 26 ECT och artikel 7 i Sveriges avtal med Rumänien om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar¹⁹.

För att en skiljenämnd ska ha behörighet att pröva en tvist måste båda parter uttryckt sitt samtycke till skiljeförfarande.²⁰ I kommersiella skiljeförfaranden är det vanligt att detta sker genom att parterna tar in en skiljeklausul i det avtal de träffar, varvid skiljebundenhet uppstår. Även om en skiljeklausul är intagen i ett investeringsavtal, uppstår inte skiljebundenhet genom investeringsavtalet då parterna i avtalet inte är samma som i tvisten. Den skiljeklausul som föreskrivs i investeringsavtal ses därför istället som ett skriftligt erbjudande, ett anbud, av staterna till investerare att inleda skiljeförfarande. Genom att inleda skiljeförfarande accepterar investeraren detta erbjudande och det är först då som skiljebundenhet anses uppstå mellan parterna.²¹

¹⁹ Avtal mellan Konungariket Sveriges regering och Rumäniens regering om främjande och ömsesidigt skydd av investeringar, Stockholm 29 maj 2002, SÖ 2003:2.

²⁰ Dolzer och Schreuer s. 254.

²¹ Sabahi, Rubins och Wallace s. 310 ff; Dolzer och Schreuer s. 258 ff.

Det är vanligt att investeraren kan välja bland olika regelverk som föreskrivs i skiljeklausulen. Oftast kan investeraren välja att hänskjuta tvisten till ICSID för avgörande enligt ICSID-konventionen²². Ett alternativ kan vara att hänskjuta tvisten till avgörande av en *ad hoc*-skiljenämnd, varvid UNCITRAL-reglerna oftast reglerar skiljeförfarandet. Dessa två regelverk är de som nyttjats i flest investeringstvister. Det är även vanligt att tvistlösningsklausulen i investeringsavtalet ger möjligheten att inleda ett institutionellt förfarande, vilket innebär att något av de etablerade skiljedomsinstituten administrerar tvisten och föreskriver processuella regler att förhålla sig till. De skiljedomsinstitut som vanligen anges i investeringsavtal som alternativ är ICC, PCA och SCC.²³

För *ad hoc*- och institutionella skiljeförfaranden är det tre faktorer som utgör det processuella ramverket. Förfarandet regleras dels av det investeringsavtal som är tillämpligt på tvisten. Dels av de skiljeförfaranderegler som parterna har valt, till exempel SCC:s regler. Dels av lagen som gäller på platsen där skiljeförfarandet har sitt säte, även känt som *lex arbitri*.²⁴

2.2 Sverige som skiljedomssäte i internationella skiljeförfaranden

Har ett skiljeförfarande sitt säte i Sverige gäller LSF som *lex arbitri*. LSF reglerar bland annat vad som är tillämplig rätt i ett internationellt skiljeförfarande. Tillämplig rätt kan skilja sig åt för förfarandet, för skiljeavtalet, och för de materiella delar av avtalet som parterna tvistar om.²⁵

46–47 §§ LSF reglerar frågan om tillämplig rätt på själva förfarandet. Valet av tillämplig rätt på förfarandet sker genom val av säte för skiljeförfarandet.²⁶

²² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Washington 18 mars 1965, SÖ 1966:51.

²³ Sabahi, Rubins och Wallace s. 75, 80; McLachlan, Shore och Weiniger s. 58.

²⁴ Sabahi, Rubins och Wallace s. 113; McLachlan, Shore och Weiniger s. 75.

²⁵ Lindskog: Skiljeförfarande (1 maj 2020, JUNO), kommentaren till 46-51 §§ under rubriken 1.1. Svenska och internationella skiljeförfaranden.

²⁶ NJA 2010 s. 508 punkt 2.

LSF är enligt 46 § den lag som är tillämplig på skiljeförfaranden som har sitt säte i Sverige, inklusive tvister med internationell anknytning vars säte är i Sverige. Det är således inte möjligt för parterna att avtala bort de tvingande bestämmelserna i LSF. I de delar där LSF inte är tvingande är parterna emellertid fria att avtala om andra regler.²⁷ I 47 § regleras exklusivt när skiljeförfaranden anses äga rum i Sverige och LSF således är tillämplig. Enligt 47 § LSF får ett skiljeförfarande inledas i Sverige om skiljeavtalet innebär att förfarandet ska ha sitt säte i Sverige, om skiljemännen eller ett skiljedomsinstitut i enlighet med avtalet har bestämt att förfarandet ska ha sitt säte i Sverige, eller motparten annars samtycker till det.

Vad som är tillämplig rätt på själva skiljeavtalet regleras i 48 § LSF. Har skiljeavtalet internationell anknytning ska den lag som parterna har kommit överens om tillämpas på avtalet enligt 48 § LSF. Lagvalet ska syfta specifikt på själva skiljeavtalet.²⁸ Ett lagval som inte specificerat vad det avser anses som regel avse huvudavtalet, och ett lagval som avser huvudavtalet anses inte träffa skiljeavtalet.²⁹

Har parterna inte träffat någon överenskommelse om lagval ska lagen i det land där förfarandet med stöd av parternas avtal har haft sitt säte eller ska ha sitt säte tillämpas enligt 48 §. Har förfarandet sitt säte i Sverige ska således svensk rätt tillämpas på skiljeavtalet om parterna inte kommit överens om annat. Det följer av 22 § LSF att parterna bestämmer skiljeförfarandets säte. Om parterna inte beslutat om skiljeförfarandets säte bestäms sätet av skiljenämnden. Den lag som är tillämplig på skiljeavtalet avgör frågor som huruvida ett skiljeavtal har kommit till stånd, om dess form är giltig samt övriga frågor om skiljeavtalets giltighet, såsom tvistens skiljedomsrätsmässighet och huruvida skiljeavtalet upphört eller ej. Likaså gäller denna lag för tolkningen av skiljeavtalet.³⁰

²⁷ Prop. 1998/99:35 s. 244.

²⁸ Prop. 1998/99:35 s. 193.

²⁹ Lindskog: Skiljeförfarande (1 maj 2020, JUNO), kommentaren till 48 § under rubriken 5. Internationella skiljeavtal.

³⁰ Prop. 1998/99:35 s. 193, 245.

När det kommer till tillämplig rätt på de materiella frågorna i tvisten föreskriver 27 a § LSF att tvisten ska avgöras med tillämpning av den lag eller regelverk som parterna kommit överens om. Har parterna inte träffat en sådan överenskommelse, bestämmer skiljenämnden vilken lag som ska tillämpas.

I 2 § LSF återfinns principen om behörighetskompetens (*Kompetenz-Kompetenz*) som innebär att skiljenämnden får pröva sin egen behörighet att avgöra tvisten. Frågan om behörighet gäller såväl skiljeavtalets giltighet som dess räckvidd och tillämplighet på tvisten ifråga.³¹

En skiljedom kan enligt propositionen till LSF inte överprövas vid domstol på materiell grund. Det finns däremot olika sätt som den kan angripas om en part anser att ett formellt fel förekommit vid handläggningen eller om en part i övrigt anser att förfarandet inte har skett på ett korrekt sätt. I svensk lagstiftning har dessa angreppssätt delats upp i grunder som gör skiljedomen ogiltig och grunder som en part genom talan mot skiljedomen måste åberopa inom viss tid (klander).³²

2.2.1 Skiljedoms ogiltighet

En skiljedom är enligt 33 § LSF ogiltig i tre fall, varav bestämmelsens två första punkter är intressanta för denna uppsats. Enligt den första punkten är skiljedomen ogiltig om den innefattar prövning av en fråga som enligt svensk lag inte får avgöras av skiljemän. Enligt den andra punkten är skiljedomen ogiltig om skiljedomen eller det sätt på vilken den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige. Bakgrunden till ogiltighetsgrunderna är dels att ogiltighet endast bör komma ifråga när en skiljedom står i konflikt med det allmännas eller tredje mans intresse. Dels att be-

³¹ Prop. 1998/99:35 s. 76.

³² Prop. 1998/99:35 s. 138 f.

stämelsen inte bör ges ett större tillämpningsområde än vad som är nödvändigt eftersom det inte finns en begränsning i tid för när en talan om ogiltighet kan väckas.³³

Den första punkten går att återkoppla till 1 § LSF om skiljedomsrätt. Av 1 § LSF följer att tvister i frågor som parterna kan träffa förlikning om får genom avtal lämnas till avgörande av en eller flera skiljemän, vanligen benämnd som skiljedomsrättslig fråga eller att frågan ska vara förlikningsbar. Genom uttrycket ”frågor som parterna kan träffa förlikning om” avses dispositiva frågor, i motsats till indispositiva. Vilka frågor som är dispositiva och förlikningsbara respektive indispositiva och icke-förlikningsbara bestäms genom materiella bestämmelser i andra lagar än LSF. Skiljedomen ska inte rättsligen kunna gå längre än vad parterna hade kunnat genom en förlikning om saken. Det faktum att det inom ett visst rättsområde finns tvingande bestämmelser medför inte automatiskt att tvister på det området inte är skiljedomsrättsliga. Om tvingande bestämmelser föreligger, men parterna fortfarande har möjlighet att träffa en förlikning i saken, kan saken prövas genom skiljeförfarande.³⁴

En skiljedom som innefattat en prövning av en fråga som inte är skiljedomsrättslig bör inte tillerkännas giltighet.³⁵ Huruvida skiljenämnden har bedömt rätt eller fel i en fråga som inte är skiljedomsrättslig saknar relevans för bedömningen om ogiltighet.³⁶ Det finns ett krav på att den tvingande bestämmelsen har en viss tyngd för att medföra ogiltighet av skiljedomen. Ett allmänt eller tredje mans intresse måste därför vara aktuellt för att ogiltighet ska bli aktuellt.³⁷

Den andra punkten i 33 § LSF benämns vanligtvis som *ordre public*. Det kan röra sig om frågor som en allmän domstol inte skulle befatta sig med och som

³³ Prop. 1998/99:35 s. 138, 141.

³⁴ Prop. 1998/99:35 s. 48 ff., 141; NJA 2012 s. 790 punkt 8, 10.

³⁵ Prop. 1998/99:35 s. 141.

³⁶ NJA 2015 s. 438 punkt 9.

³⁷ NJA 2012 s. 790 punkt 11.

samhällets verkställande myndigheter därmed inte heller bör kunna anlitas för. Enligt propositionen rör det sig i första hand om anspråk som grundar sig på spel eller kriminella handlingar. Andra exemplifieringar när en skiljedom kan anses strida mot *ordre public* är om en part förpliktigats till en prestation som enligt lag är förbjuden, om skiljedomens föreskriver ett straff som inte kan anses godtagbart, eller om skiljemännen inte iakttagit en rättsregel som på grund av tredje mans eller allmänt intresse är tvingande. Det bör endast röra sig om en särskilt viktig rättsnorm för att *ordre public* ska bli aktuellt.³⁸

Till skillnad från frågor som inte är skiljedomsföremål kan bedömningen om ogiltighet på grund av *ordre public* vara avhängig om skiljenämnden gjort en korrekt prövning eller ej.³⁹ Det handlar således om en slags efterprövning.⁴⁰ Eftersom 33 § 1 st. 1 p. LSF tar sikte på ogiltighet av skiljedom för indispositiva frågor, tar bestämmelsen om *ordre public* sikte på de fall där en typiskt sett dispositiv fråga har avgjorts genom skiljedom men på ett sätt som är oförenligt med grunderna för rättsordningen.⁴¹

2.2.2 Klander av skiljedom

Till skillnad från ogiltighetsgrunderna är klandergrunderna främst riktade mot parterna för att ge dem en möjlighet att av eget intresse angripa skiljedomens.⁴² En skiljedom ska enligt 34 § LSF efter klander helt eller delvis upphävas på talan av en part (klandertalan) under vissa föreskrivna omständigheter. Inom ramen för denna uppsats är det främst bestämmelsens första punkt som är av intresse. Den behandlar omständigheten att skiljedomens inte omfattats av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna. Bestämmelsen tar sikte på situationen där parterna överhuvudtaget inte har träffat ett skiljeavtal, eller situationen där parterna har träffat ett skiljeavtal men skiljeavtalet senare har blivit ogiltigt.⁴³

³⁸ Prop. 1998/99:35 s. 141 f.

³⁹ NJA 2015 s. 438 punkt 11.

⁴⁰ Lidskog: Skiljeförfarande (1 maj 2020, JUNO), kommentaren till 33 §§ under rubriken 3. Allmänna anmärkningar.

⁴¹ NJA 2015 s. 438 punkt 12.

⁴² Prop. 1998/99:35 s. 138.

⁴³ Lindell s. 311; Lidskog: Skiljeförfarande (1 maj 2020, JUNO), kommentaren till 34 § under rubriken 4.1 Skiljedomens omfattas inte av ett giltigt skiljeavtal.

Det finns inga formkrav för skiljeavtalet i svensk lagstiftning. Ett giltigt skiljeavtal behöver således inte vara skriftligt utan kan uppstå genom konkludent handlande eller genom passivitet. Frågan huruvida parterna har ingått ett giltigt skiljeavtal ska som regel prövas genom allmänna avtalsrättsliga regler.⁴⁴ Internationella investeringsavtal är emellertid en traktat mellan stater. Svea hovrätt har därför tillämpat VCLT vid tolkningen av skiljeklausulen i artikel 26 ECT.⁴⁵

Enligt 34 § andra stycket har en part inte rätt att åberopa en omständighet som parten genom att delta i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande (preklusion). Om det inte förelegat ett giltigt skiljeavtal mellan parterna innebär preklusionsbestämmelsen att en parts medverkan i skiljeförfarandet kan få följden att parten inte får åberopa felet i en klandertalan. Det måste dock visas att parten har haft kännedom om att skiljeavtalet var ogiltigt och ändå deltagit i skiljeförfarandet då parten inte kan anses ha avstått från att åberopa något som den inte känt till.⁴⁶ Har en part dock haft vissa belegg för att en sådan omständighet förelegat kan parten inte avstå från att undersöka omständigheten närmre för att bevara sin klanderrätt. Det finns vidare ett krav på att invändningen om att det inte finns ett giltigt skiljeavtal framställts på ett tydligt sätt i skiljeförfarandet. Om invändningen inte varit tydlig har parten inte rätt att åberopa den omständigheten i en klandertalan.⁴⁷

2.3 EU och skiljedomsrätt

Regleringen av skiljeförfaranden omfattas inte av EU:s integrationssträvanden och Bryssel Ia-förordningen⁴⁸ är således inte tillämplig.⁴⁹ EU-domstolen

⁴⁴ Prop. 1998/99:35 s. 67; Lindskog: kommentaren till 1-6 §§ under rubriken 2.1 Bundenhet.

⁴⁵ Svea hovrätt, dom 2016-12-09 i mål nr T 2675-14.

⁴⁶ Prop. 1998/99:35 s. 77, 148 f., 236.

⁴⁷ NJA 2012 s. 790 punkt 19; NJA 2013 s. 578 punkt 9–10.

⁴⁸ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (omarbetning).

⁴⁹ Prop. 2017/18:257 s. 19.

har dock vid ett flertal tillfällen fått bemöta vissa frågor om hur regleringen kring skiljeförfaranden förhåller sig till EU-rätten och har därmed utvecklat en del principer som gäller för skiljeförfaranden där EU-rätten på ett eller annat sätt aktualiseras.

EU-domstolen har bland annat avgjort frågan om en skiljenämnd är att anse som en domstol i en medlemsstat enligt artikel 267 FEUF. Om en skiljenämnd är att anse som en domstol i en medlemsstat innebär det att den kan begära att EU-domstolen meddelar förhandsavgöranden om tolkningen och tillämpningen av EU-rätten. Huruvida EU-domstolen har behörighet att pröva de frågor som hänskjuts till den av en skiljenämnd beror på skiljenämndens beskaffenhet.⁵⁰

EU-domstolen har funnit att en skiljenämnd som etablerats genom ett avtal mellan enskilda inte är att anse som en domstol i en medlemsstat. Förutsättningarna för denna bedömning är att när enskilda parter haft ett fritt val att ingå ett skiljeavtal och inte har en rättslig eller faktisk skyldighet att hänskjuta tvisten till skiljeförfarande så är skiljenämnden inte att anse som en domstol i en medlemsstat. De nationella myndigheterna har inte varit involverade i valet av skiljeförfarande och kan inte på eget initiativ ingripa i förfarandet.⁵¹

EU-domstolen har i vissa fall gjort en annan bedömning. Om organet ifråga är upprättat enligt lag, är av stadigvarande art, har en jurisdiktion som är av tvingande karaktär, processen är kontradiktorisk och tillämpar rättsregler samt om organet har en oberoende rättsställning kan det utgöra en domstol enligt artikel 267 FEUF.⁵²

⁵⁰ C-102/81 *Nordsee* punkt 9.

⁵¹ C-102/81 *Nordsee* punkt 11–13; C-126/97 *Eco Swiss* punkt 34; C-125/04 *Denuit och Cordenier* punkt 13.

⁵² C-555/13 *Merck Canada* punkt 16; C-377/13 *Ascendi* punkt 16; C-109/88 *Danfoss* punkt 7–9.

Är en skiljenämnd inte att anse som en domstol i en medlemsstat är det viktigt att det på annat sätt säkerställs att EU-rätten tolkas och tillämpas korrekt. Parter till ett avtal kan inte göra undantag från EU-rätten, utan den måste iakttas i sin helhet inom EU. Därför kan det enligt EU-domstolens rättspraxis ankomma på nationella domstolar att pröva frågor om EU-rätten som uppkommer under ett skiljeförfarande som upprättats genom avtal. Detta kan enligt EU-domstolen ske genom en mer eller mindre omfattande överprövning av skiljedomen inom ramen för en talan om överklagande, återvinning, ansökan om verkställighet eller liknande medel som står till buds i den nationella lagstiftningen. Det ankommer på de nationella domstolarna att i ett sådant förfarande bedöma om en begäran om förhandsavgörande bör inhämtas enligt artikel 267 FEUF.⁵³

EU-domstolen har även understrukit att viss EU-lagstiftning har karaktären av att vara bestämmelser som hänför sig till grunderna i rättsordningen. Även dessa EU-rättsregler ska beaktas när en nationell domstol enligt interna processuella regler ska pröva ett yrkande om ogiltigförklaring på grund av att nationella regler som hänför sig till grunderna i rättsordningen har åsidosatts. Ett exempel är den konkurrensrättsliga bestämmelsen i artikel 101 FEUF som föreskriver att vissa typer av avtal och beslut som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen är förbjudna.⁵⁴

EU-domstolen har dessutom utformat vissa principer om andra interna processuella regler som vanligen återfinns i nationell rätts reglering av skiljeförfaranden. Gällande en tidsfrist där en part inom tre månader från att skiljedom har meddelats måste väcka talan om ogiltigförklaring har EU-domstolen konstaterat att en sådan tidsfrist inte gör det för svårt eller i praktiken omöjligt att utöva de rättigheter som garanteras i EU-rätten. Tvärtom kan en sådan be-

⁵³ C-102/81 *Nordsee* punkt 14–15; C-126/97 *Eco Swiss* punkt 32–33.

⁵⁴ C-126/97 *Eco Swiss* punkt 36–41; C-168/05 *Mostaza Claro* punkt 35; C-295/04 – C-298/04 *Manfredi m.fl.* punkt 31.

gränsande bestämmelse anses motiverad av principer som rättssäkerhetsprincipen. EU-domstolen har därmed ansett att EU-rätten inte medför att en nationell domstol ska underlåta att tillämpa sådana interna processuella regler.⁵⁵

Andra tongångar var det från EU-domstolen när det kom till en intern processuell bestämmelse som föreskrev att en invändning om att ett skiljeavtal är ogiltigt ska göras när parterna för första gången för talan i målet. I en konsumenttvist som avgjorts genom skiljedom väckte konsumenten talan i nationell domstol och gjorde där för första gången gällande att skiljeavtalet var ogiltigt på grund av att det var oskäligt. EU-domstolen fann att en nationell domstol i en talan om upphävande av skiljedom har en skyldighet att *ex officio* pröva om ett sådant avtalsvillkor är oskäligt. Detta för att kompensera för obalansen mellan konsument och näringsidkare. Konsumenten måste inte ha åberopat denna grund under skiljeförfarandet utan endast under klanderprocessen. Den interna processuella bestämmelsen utgjorde därmed inte ett hinder mot att den nationella domstolen skulle pröva oskäligheten i avtalsvillkoret.⁵⁶

2.4 Slutsatser

Innan *Achmea* hade EU-domstolen uttryckt flera principer som berörde processuella frågor om kommersiella skiljeförfaranden, men inte uttalat sig om investeringstvister.

I och med att skiljeförfaranden inte är ett av EU:s integrationsområden får en utgångspunkt vara att svensk lagstiftning om skiljeförfaranden gäller. Det innebär att sådana tvister är skiljedomsrättsliga och strider inte som regel mot *ordre public*, även om detaljer i enskilda fall kan medföra en annan bedömning på grund av såväl svensk rätt som EU-rätt. Det föreligger inte något formkrav för ingåendet av skiljeavtal, vilket lär innebära att formen som skiljebundenhet uppstår, det vill säga genom att en investerare accepterar det erbjudande staten den investerat i har uttryckt i ett internationellt avtal, är giltigt och föremål för bestämmelser om preklusion.

⁵⁵ C-126/97 *Eco Swiss* punkt 44–48.

⁵⁶ C-168/05 *Mostaza Claro* punkt 14, 18, 38–39.

Uttrycker EU-domstolen principer i ett förhandsavgörande som *Achmea* får dock det en processuell verkan likt dess tidigare praxis. På samma sätt som svenska domstolar har att beakta EU-rätten när den gör bedömningar om *ordre public*, har den att beakta de principer EU-domstolen uttrycker i *Achmea* i en ogiltighets- och klandertalan av en skiljedom.

3 C-284/16 *Achmea*

3.1 Bakgrund till förhandsavgörandet

I samband med en hälsovårdsreform år 2004 öppnade Slovakien sin marknad för nationella och utländska bolag som tillhandahöll privata sjukförsäkringar. Det nederländska bolaget Eureko B.V., senare Achmea B.V. (Achmea), upprättade ett slovakiskt dotterbolag och tillförde det kapital för att bolaget skulle kunna erbjuda privata sjukförsäkringar i Slovakien. Ett par år senare upphävde Slovakien stora delar av marknadsavregleringen av privata sjukförsäkringar. Bland annat infördes en lag som förbjöd utdelning av vinster från privata sjukförsäkringar.⁵⁷

Achmea ansåg att dessa lagstiftningsturer vållat bolaget skada. Enligt ett BIT som Nederländerna och Slovakien ingått hade Achmea som investerare en möjlighet att inleda ett skiljeförfarande mot Slovakien genom följande skiljeklausul (artikel 8)⁵⁸:

”(1) Alla tvister mellan någon av de avtalsslutande parterna och en investerare från den andra parten som berör en investering som den sistnämnda gjort ska lösas i godo om det är möjligt.

(2) De avtalsslutande parterna är överens om att en tvist som avses i punkt 1 i denna artikel ska lämnas till avgörande av en skiljenämnd om den inte har lösts i godo efter en tidsperiod på sex månader från den dag då endera parten har begärt en uppgörelse i godo.

[...]

(5) Skiljenämnden ska fastställa sin egen arbetsordning i enlighet med skiljedomsreglerna från Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätt (Uncitral).

(6) Skiljenämnden ska fatta beslut särskilt, men inte uteslutande, med beaktande av

⁵⁷ C-284/16 *Achmea* punkt 7–8.

⁵⁸ C-284/16 *Achmea* punkt 3, 9; *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, Final Award punkt 7.

- den lagstiftning som är tillämplig i den berörda avtalsslutande parten,
- bestämmelserna i det aktuella avtalet och alla andra avtal som är relevanta mellan de avtalsslutande parterna,
- bestämmelserna i särskilda avtal avseende investeringar,
- allmänna principer i internationell rätt.”⁵⁹

Achmea inledde således ett skiljeförfarande mot Slovakien och hävdade att Slovakien brutit mot investeringsavtalet och krävde därmed EUR 65 miljoner i skadestånd.⁶⁰ Skiljenämnden valde Frankfurt am Main i Tyskland till skiljeförfarandets säte och tysk lag blev således tillämplig som *lex arbitri*.⁶¹

I sin svarsskrivelse invände Slovakien att skiljenämnden saknade behörighet, bland annat på grund av att det bilaterala investeringsavtalet upphävdes när Slovakien blev medlem i EU, eller åtminstone att avtalets skiljeklausul inte går att tillämpa på grund av EU-rätten. Skiljenämnden meddelade i en deldom att den hade behörighet att pröva saken. I den slutliga skiljedomen fann skiljenämnden att Slovakien brutit mot investeringsskyddet i det bilaterala investeringsavtalet. Slovakien skulle därför betala EUR 22,1 miljoner i skadestånd till Achmea.⁶²

Slovakien väckte talan vid Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Regionala överdomstolen i Frankfurt am Main i Tyskland, och yrkade att skiljedomen skulle upphävas. Efter att domstolen ogillat talan överklagade Slovakien till Bundesgerichtshof, Högsta förbundsdomstolen i Tyskland.⁶³ Bundesgerichtshof valde att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen och

⁵⁹ C-284/16 *Achmea* punkt 4.

⁶⁰ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, Final Award punkt 7.

⁶¹ C-284/16 *Achmea* punkt 10; *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension punkt 16.

⁶² *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension punkt 9, 19, 293; *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, Final Award punkt 352.

⁶³ C-284/16 *Achmea* punkt 12.

stälde tre frågor om huruvida skiljeklausulen är förenlig med diverse fördragsbestämmelser. EU-domstolen berörde endast de två första frågorna, varför den tredje frågan inte redogörs för här.

Den första frågan Bundesgerichtshof ställde var om artikel 344 FEUF utgör hinder mot tillämpningen av skiljeklausulen. Frågan berörde således en skiljeklausul i ett EU-internt BIT som tillåter en investerare från den ena avtalslutande staten att inleda skiljeförfarande mot den andra avtalslutande staten om en investering som investeraren gjort i sistnämnda stat.⁶⁴ Artikel 344 FEUF föreskriver att medlemsstaterna förbinder sig att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen.

Besvarar EU-domstolen denna första fråga nekande ville Bundesgerichtshof i andra hand få svar på om artikel 267 FEUF utgör hinder mot tillämpningen av en sådan skiljeklausul.⁶⁵ Denna bestämmelse föreskriver bland annat att EU-domstolen är behörig att meddela förhandsavgöranden angående tolkningen av fördragen samt att när en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat får den domstolen, om den anser det nödvändigt för att döma i saken, begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

3.2 EU-domstolens dom

EU-domstolen valde att pröva dessa frågor tillsammans och tolkade dem som att man ville få klarhet i om ”artiklarna 267 och 344 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna som artikel 8 i avtalet”⁶⁶. Nedan sammanfattas EU-domstolens resonemang, som i delar inte är helt lätt att följa. Detta diskuteras sedan i avsnitt 3.4.

⁶⁴ C-284/16 *Achmea* punkt 23.

⁶⁵ C-284/16 *Achmea* punkt 23.

⁶⁶ C-284/16 *Achmea* punkt 31.

EU-domstolen inledde med att återge tidigare rättspraxis där domstolen konstaterat att ett internationellt avtal inte kan överskrida EU-fördragets befogenhetsordning eller autonomi i EU:s rättsordning enligt artikel 344 FEUF. EU-domstolen upprepar också EU:s särskilda egenskaper och andra viktiga EU-principer som härrör ur fördragen och som slagits fast i rättspraxis, däribland EU-rättens autonomi i förhållande till medlemsstaternas nationella rätt och folkrätten, EU-rättens företräde framför medlemsstaternas rättsordningar, att en del bestämmelser har direkt effekt, att medlemsstaterna har gemensamma värden som EU-rätten bygger på samt principen om lojalt samarbete.⁶⁷

Det domstolssystem som finns inom EU ska säkerställa att EU:s särskilda egenskaper och dess autonomi bevaras. Kärnan i detta system är förfarandet för förhandsavgörande i artikel 267 FEUF med syftet att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av EU-rätten. Det åligger EU:s domstolar, inklusive de nationella domstolarna, att säkerställa att EU-rätten tillämpas fullt ut till skydd för enskildas rättigheter.⁶⁸

EU-domstolen går vidare med att först besvara om tvister som hänför sig till skiljeklausulen i artikel 8 i det bilaterala avtalet kan avse tolkning och tillämpning av EU-rätten. En skiljenämnds uppgift enligt artikel 8 är att avgöra om det bilaterala avtalet har åsidosatts. Enligt artikel 8.6 ska skiljenämnden i denna bedömning beakta gällande lag i Slovakien och eventuella relevanta avtal mellan Slovakien och Nederländerna. EU-domstolen konstaterar att EU-rätten är både en del av gällande rätt i medlemsstaterna, och härrör från ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna. En skiljenämnd upprättad genom artikel 8 kan därför komma att tolka och tillämpa EU-rätt.⁶⁹

EU-domstolen konstaterar sedan att skiljenämnden inte kan anses vara en domstol i en medlemsstat enligt artikel 267 FEUF. Skiljenämnden är inte en

⁶⁷ C-284/16 *Achmea* punkt 32–34.

⁶⁸ C-284/16 *Achmea* punkt 35–37.

⁶⁹ C-284/16 *Achmea* punkt 39–42.

del av någon av medlemsstaternas domstolssystem, och kan inte heller ses som en gemensam domstol för de två staterna då den inte har en tillräcklig anknytning till deras domstolssystem. Skiljenämnden kan därmed inte begära förhandsavgöranden från EU-domstolen.⁷⁰

Med anledning av detta går EU-domstolen vidare med att besvara om en skiljedom meddelad genom artikel 8 är underkastad kontroll av en medlemsstats domstol. Detta för att säkerställa att eventuella EU-rättsliga frågor som skiljenämnden prövat kan hänskjutas till EU-domstolen för förhandsavgörande. EU-domstolen konstaterar att det i förevarande fall, där Frankfurt am Main valdes till säte och tysk lag således blev tillämplig, endast kan bli aktuellt med en begränsad domstolsprövning avseende skiljeklausulens giltighet eller *ordre public*.⁷¹

EU-domstolen hänvisar dock till tidigare rättspraxis där den fastställt att denna begränsade prövning är motiverad i kommersiella skiljeförfaranden där man vill uppnå en viss effektivitet.⁷² Domstolen anser dock att det är skillnad mellan kommersiella skiljeförfaranden och skiljeförfaranden i investeringstvister. Kommersiella skiljeförfaranden utgår från den gemensamma partsviljan. Investeringstvister som de under artikel 8 följer av ett avtal där ”medlemsstaterna har samtyckt till att undandra tvister som kan avse tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten från sina egna domstolars behörighet och därmed från det system för rättsmedel som de enligt artikel 19.1 andra stycket FEU är skyldiga att inrätta på områden som omfattas av unionsrätten”⁷³. Denna bestämmelse föreskriver att medlemsstaterna ska fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolskydd inom de områden som omfattas av EU-rätten.

Vid en samlad bedömning av de kännetecken som skiljenämnden har enligt artikel 8, så fann EU-domstolen att Nederländerna och Slovakien genom att

⁷⁰ C-284/16 *Achmea* punkt 43–49.

⁷¹ C-284/16 *Achmea* punkt 50–53.

⁷² C-284/16 *Achmea* punkt 54.

⁷³ C-284/16 *Achmea* punkt 55.

ingå avtalet har upprättat en tvistlösningsmekanism som kan innebära att tvister som kan avse tolkningen och tillämpningen av EU-rätt avgörs på ett sätt som inte säkerställer EU-rättens fulla verkan.⁷⁴

EU-domstolen hänvisar dock till fast rättspraxis och konstaterar att ett internationellt avtal som upprättar en domstol med uppgift att tolka avtalets bestämmelser i princip inte är oförenligt med EU-rätten, även om domstolens avgöranden är bindande för EU:s institutioner som EU-domstolen. Det förutsätts dock att autonomi hos EU och dess rättsordning iaktas. I förevarande fall rörde det sig dock om ett avtal som ger investerare möjlighet att hänskjuta tvister till ett organ som inte är del av EU:s domstolssystem och som inte ingått av EU utan av två medlemsstater. Med återkoppling till de principer EU-domstolen inledde avgörandet med konstaterar den att artikel 8 ifrågasätter såväl principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna som den specifika karaktären hos fördragets rättsordning, däribland förfarandet för förhandsavgörande. Den är därmed inte förenlig med principen om lojalt samarbete.⁷⁵

EU-domstolen kommer således till slutsatsen att artikel 8 undergräver EU-rättens autonomi och ger följande svar till Bundesgerichtshof:

”Artiklarna 267 och 344 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna som artikel 8 i avtalet, enligt vilken en investerare i den ena medlemsstaten, om det uppstår en tvist om investeringar i den andra medlemsstaten, får inleda ett förfarande mot sistnämnda medlemsstat vid en skiljenämnd, vars behörighet den medlemsstaten är skyldig att godta.”⁷⁶

⁷⁴ C-284/16 *Achmea* punkt 56.

⁷⁵ C-284/16 *Achmea* punkt 57–58.

⁷⁶ C-284/16 *Achmea* punkt 62.

3.3 Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokaten kom till motsatta slutsatser än EU-domstolen i de ställda frågorna. I yttrandet konstaterades det att en skiljenämnd som utsetts genom artikel 8 kan utgöra en domstol i en medlemsstat enligt artikel 267 FEUF, varvid artikeln inte utgör hinder mot skiljeklausulen i investeringsavtalet. Enligt generaladvokaten omfattades vidare inte en tvist under artikel 8 i det aktuella avtalet av artikel 344 FEUF. Även om den gjorde det ansåg generaladvokaten att en tvist inte kunde omfatta tolkningen och tillämpningen av EU:s fördrag enligt artikel 344 FEUF. Slutligen konstaterade generaladvokaten att det bilaterala avtalet inte kränkte EU-rättsliga principer som EU-rättens autonomi och principen om lojalt samarbete.⁷⁷

Generaladvokaten berörde även vissa frågor som EU-domstolen inte gick in på, bland annat om ECT. Generaladvokaten konstaterade att samtliga medlemsstater i EU ratificerat ECT. Bestämmelserna i ECT gäller även mellan medlemsstaterna eftersom det ingåtts som ett vanligt multilateralt avtal där samtliga parter deltar på samma villkor. Det har alltså inte ingåtts mellan EU och dess medlemsstater å ena sidan och tredje land å andra sidan. Det faktum att varken EU:s institutioner eller EU:s medlemsstater har begärt ett yttrande från EU-domstolen för att få svar på om ECT är förenligt med EU-fördragen tyder på att det inte har funnits någon misstanke om eventuella oförenligheter.⁷⁸

3.4 Slutsatser

Det är tydligt att EU-domstolens slutsats ger Bundesgerichtshof lite utrymme för en annan tolkning än att underkänna skiljeavtalet på grund av att artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder mot artikel 8 i avtalet. Vad som däremot framstår som mindre tydligt är vilka omständigheter i detta fall som är nödvändiga för att komma till dessa slutsatser. Även om detta avgörande endast är bindande i det konkreta fallet, är frågan vilken tillämpning det får för

⁷⁷ GA Wathelet i C-284/16 *Achmea*.

⁷⁸ GA Wathelet i C-284/16 *Achmea* punkt 43.

andra skiljeförfaranden under internationella investeringsavtal inom EU. Avgöranden av EU-domstolen utgör trots allt prejudikat för nationella domstolar inom EU. Det återstår således att utreda vad som är den generella rättsregeln från detta avgörande, och om andra omständigheter i senare fall kan föranleda en annan slutsats, eller om detta avgörande har ett brett tillämpningsområde. För att avgöra detta behöver EU-domstolens bedömningar studeras mer i detalj.

Efter inledande redogörelser om vikten av EU-rättens allmänna rättsprinciper går EU-domstolen in på huruvida en skiljenämnd upprättad genom artikel 8 kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt. Den jakande slutsatsen baseras endast på den lagvalsklausul som är intagen i artikel 8.6. Det är avgörande för EU-domstolens bedömning att en skiljenämnd kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt. Det får således anses vara en nödvändig omständighet för att komma till den slutsats EU-domstolen kommit till. Föreligger det inte någon risk för att EU-rätt kan komma att tolkas och tillämpas, lär en annan slutsats än den förevarande vara aktuell. Det är utifrån omständigheterna i detta fall tydligt att en lagvalsklausul i ett BIT som föreskriver att en skiljenämnd ska fatta beslut med beaktande av nationell rätt och andra avtal mellan staterna kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt. Samtliga EU-interna BITs har emellertid inte en sådan lagvalsklausul. Det man därmed får fråga sig är om en skiljenämnd kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt även utan en sådan lagvalsklausul. Detta berörde inte EU-domstolen. Angående ECT så finns en annan typ av lagvalsklausul intagen i artikel 26 som inte föreskriver att nationell rätt ska tillämpas. Denna öppnar inte direkt upp för att EU-rätten ska tolkas och tillämpas. Samtidigt är EU part till ECT, vilket gör det till ett internationellt avtal och en rättskälla i EU:s normhierarki. Tillämpning av ECT utgör därmed tolkning och tillämpning av EU-rätt på så sätt att avtalet är en del av EU-rätten.

Den andra bedömningen EU-domstolen gör är om en sådan skiljenämnd kan anses vara en domstol i en medlemsstat enligt artikel 267 FEUF, och således

begära förhandsavgöranden vid tolkning och tillämpning av EU-rätten. Eftersom skiljenämnden inte är en del av parternas nationella domstolssystem, anses den inte vara en domstol i en medlemsstat. Detta lär inte anses vara unikt för endast detta BIT, utan lär vara en slutsats som gäller för andra EU-interna BITs också. Även ECT har samma utformning som en skiljenämnd upprättad genom ett BIT, varvid det är möjligt att det även gäller för ECT.

Med anledning av denna slutsats är den tredje bedömningen EU-domstolen gör huruvida skiljenämnden är underkastad nationella domstolars kontroll som kan fullgöra sin roll att säkerställa att EU-rätten tillämpas korrekt. Här kommer EU-domstolen in på att endast en begränsad prövning av skiljedomar är möjlig i nationella domstolar. EU-domstolen återkopplar till sin tidigare praxis och konstaterar att detta varit motiverat i kommersiella skiljeförfaranden. Här gör dock EU-domstolen en distinktion från dess tidigare praxis. Enligt EU-domstolen går dessa överväganden inte att översätta till denna skiljenämnd under artikel 8. EU-domstolen verkar anse att skiljeförfaranden under detta BIT inte bygger på en gemensam partsvilja, som kommersiella skiljeförfaranden gör. Det faktum att staten vid ett tidigare tillfälle lämnat samtycke till skiljeförfarande genom ingåendet av ett BIT och att investeraren accepterar det erbjudandet vid ett senare tillfälle verkar inte räknas som ett uttryck för gemensam partsvilja enligt EU-domstolen. Visserligen har inte staten visshet om vem den erbjuder detta till, men medvetandes om detta har den ändå lämnat ett sådant samtycke i en traktat. Det är inte helt tydligt vad denna slutsats innebär, men allt tyder på att det inte kan anses vara unikt för just detta BIT, eftersom formen som ett skiljeavtal ingås är likadant för andra EU-interna BITs. Även ECT föreskriver denna form för att ingå skiljeavtal.

EU-domstolen gör en samlad bedömning av skiljenämndens kännetecken under artikel 8 och anser att parterna till avtalet upprättat en tvistlösningsmekanism som kan innebära att EU-rättens fulla verkan inte säkerställs vid tvister som avser tolkningen och tillämpningen av EU-rätt. De flesta kännetecken som EU-domstolen tagit upp till bedömning är även kännetecken för andra EU-interna BITs. Undantaget är lagvalsklausulen, vilket gör det osäkert om

andra tvister kan avse tolkning och tillämpning av EU-rätt. Dessa kännetecken finns även för ett ECT-förfarande. För ECT är det dock inte medlemsstaterna som är de enda parter som upprättat en sådan tvistlösningsmekanism, utan även EU. På grund av detta är det samtidigt därför som ett ECT-förfarande kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt. Är det detaljen att en skiljedom endast är föremål för en begränsad prövning som gör att EU-rättens fulla verkan inte säkerställs, så är även det översättbart till ECT, eftersom ett sådant skiljeförfarande är föremål för samma begränsade prövning som ett EU-internt BIT.

EU-domstolen återger dock en tidigare fastslagen princip om att ett sådant internationellt avtal är som princip inte oförenligt med EU-rätten utan att det ligger inom EU:s befogenhet att ingå sådana avtal, förutsatt att autonomi iakttas. För detta BIT, liksom andra EU-interna BITs, är det medlemsstaterna och inte EU som ingått avtalet och hänskjutandet sker till en domstol som inte är en del av EU:s domstolssystem. Artikel 8 ifrågasätter därmed flera EU-rättsliga principer, däribland principen om lojalt samarbete. Detta innebär att EU-rättens autonomi undergrävs enligt EU-domstolen. Med de principer som EU-domstolen inleder sitt avgörande med och som den här återkopplar till är det tydligt att det rör sig om en integrationsfrämjande tolkning. Ett bilateralt avtal mellan två medlemsstater kan inte anses främja lojalt samarbete inom EU. Här föreligger dock en markant skillnad mellan ECT och EU-interna BITs. ECT kan inte anses kränka principen om lojalt samarbete på samma sätt som ett EU-internt BIT, eftersom såväl EU som samtliga medlemsstater utom Italien är part till det, och Italien valt att gå ur det. ECT är ingånget av EU genom dess befogenheter. Det man får fråga sig därmed är huruvida EU-rättens autonomi iakttas samt om det kan anses vara en del av EU:s domstolssystem. Om det med EU:s domstolssystem åsyftas domstol i en medlemsstat enligt artikel 267 FEUF lär nog inte ECT vara en del av domstolssystemet. Om det däremot åsyftas att EU ska ha ingått avtalet så är ECT en del av EU:s domstolssystem. Angående autonomi så går det här att återkoppla till den begränsade prövning som kan göras där nationella domstolar vid behov kan begära för-

handsavgöranden. Eftersom detta är tillräckligt i kommersiella skiljeförfaranden så kan det inte anses vara en kränkning av autonomi. EU-domstolens bedömning av detta system i *Achmea* tar snarare sikte på skiljeavtalets form. Det är därmed möjligt att EU-rättens autonomi iaktas genom ECT, förutsatt att sätet för skiljeförfarandet är inom EU.

Mot denna bakgrund kommer EU-domstolen till sin slutsats att artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder mot ett sådant internationellt avtal mellan medlemsstaterna som artikel 8 där medlemsstaten är skyldig att godta behörigheten när investeraren inleder förfarandet. Denna formulering kan tolkas både brett och smalt. Å ena sidan tar EU-domstolen inte fasta på lagvalsklausulen här utan på bestämmelser i internationella avtal där en medlemsstat är skyldig att godta en skiljenämnds behörighet. Det kan träffa såväl andra EU-interna BITs som ECT. Å andra sidan skriver man just ”som artikel 8”, vilket kan tyda på att lagvalsklausulen är en nödvändig omständighet och att EU inte är part till avtalet.

Med anledning av det ovanstående är det inte helt tydligt om domen omfattar skiljeklausuler i bilaterala investeringsavtal med samma formulering som denna, alltså med denna typ av lagvalsklausul, eller samtliga bilaterala investeringsavtal oavsett utformning. Om det ska tolkas brett blir även en intressant fråga om domen också omfattar ECT. Som det konstaterats ovan så föreligger vissa omständigheter i domen även för ECT, samtidigt som det finns markanta skillnader. Ett argument mot att ECT ska omfattas är att EU-domstolen inte nämnde ECT specifikt, vilket däremot generaladvokaten gjorde i sitt förslag till avgörande. Generaladvokaten konstaterade att det inte råder några tvivel om att ECT är tillämplig mellan medlemsstaterna. Förslag till avgöranden är en tolkningskälla inom EU-rätten och detta yttrande kan därmed ge en indikation på att ECT inte träffas av EU-domstolens slutsatser i *Achmea*. I detta fall har emellertid generaladvokaten kommit till helt andra slutsatser än vad EU-domstolen gjorde i målets huvudfrågor. EU-domstolen har inte heller gjort några hänvisningar till förslaget. Förslaget bör således

användas som tolkningskälla med viss försiktighet. Det faktum att internationella avtal som EU har ingått är bindande för såväl EU:s domstolar som medlemsstaternas domstolar tyder samtidigt på att en inkluderande tolkning i första hand ska göras av ECT. Även om primärrätten går före ett internationellt avtal som ECT, så går det inte att direkt utläsa att ECT är oförenligt med primärrätten. Det krävs således åtminstone ett ställningstagande från EU-domstolen innan saken är klargjord.

En annan fråga som blir relevant är vad denna oförenlighet med EU-rätten leder till. I och med att EU-domstolen i sitt avgörande inte baserar sin bedömning på de materiella frågorna i målet utan strikt håller sig till processuella ställningstaganden, är det svårt att utläsa något annat än att frågorna anses skiljedomsmissiga och inte strida mot *ordre public*. Det faktum att EU-domstolen tidigare berört *ordre public* och inte väljer att återkoppla till denna tidigare praxis talar också mot att det skulle röra sig om det. Det är således inte fråga om ogiltighet av skiljedomen. Avgörandet är istället centrerat kring själva skiljeklausulen i artikel 8.

4 Nationella domstolars tillämpning av *Achmea*

4.1 Bundesgerichtshofs avgörande efter *Achmea*

Med EU-domstolens svar på dess begäran om förhandsavgörande upphävde Bundesgerichtshof skiljedomen mellan Achmea och Slovakien. I domslutet konstateras det att bristen på ett skiljeavtal är densamma som ett ogiltigt skiljeavtal. Domslutet hänvisar till 1059(2)(1)(a) Zivilprozessordnung, den tyska civilprocesslagen, som i huvudsak föreskriver att en skiljedom kan upphävas om skiljeavtalet inte är giltigt enligt den lag som enligt parternas överenskommelse ska tillämpas på avtalet, alternativt tysk lag om en sådan anvisning saknas. I domslutet konstateras det även att skiljeavtal i bilaterala investeringsavtal mellan EU-medlemsstater där en investerare från den ena staten kan inleda förfarande mot den andra staten om investeringar i den andra staten inte är tillämpliga.⁷⁹

I domskälen konstaterar Bundesgerichtshof att det enligt EU-domstolens avgörande inte föreligger ett skiljeavtal mellan parterna och att skiljedomen därför måste upphävas. Genom Slovakiens EU-inträde blev detta BIT ett internt avtal mellan medlemsstater. Med hänvisning till EU-domstolens rättspraxis konstaterar Bundesgerichtshof att EU-rätten går före i händelse av en normkonflikt och att ett internt avtal inte kan tillämpas mellan staterna i den mån det strider mot EU-rätten. Om artikel 8.2 BIT strider mot artiklarna 267 och 344 FEUF kan den således inte tillämpas och parterna har därmed inte ingått ett giltigt skiljeavtal. Artikel 8.2 i det bilaterala investeringsavtalet går inte att tillämpa mellan Nederländerna och Slovakien genom Slovakiens inträde i EU och på grund av dess bilaterala natur. Detta innebar att ingen av staterna kunde samtycka till skiljeförfarande enligt artikel 8. Det förelåg således en brist på erbjudande att ingå ett skiljeavtal från Slovakien som investerare från

⁷⁹ BGH, 31 oktober 2018, I ZB 2/15.

Nederländerna som Achmea kunde acceptera. Ett skiljeavtal kunde därmed inte ingås mellan parterna genom att Achmea inledde ett skiljeförfarande. När det samtycke som behövs från Slovakien saknas finns inte ett skiljeavtal mellan parterna.⁸⁰

Enligt Bundesgerichtshof anser EU-domstolen i sitt domslut att överträdelsen av EU-rätten sker när en investerare från en av avtalsparterna till det bilaterala investeringsavtalet har rätt att inleda skiljeförfarande mot den andra avtalsparten till det bilaterala avtalet. Det är således artikel 8.2 som träffas av EU-domstolens domslut. Artikel 8.6 behandlas endast av EU-domstolen genom att kravet på skiljenämnden att tillämpa EU-rätt, när nödvändigt, även härrör ur dess skyldighet att beakta EU-rätten som tillämplig lag i de avtalslutande parterna. Det har, enligt Bundesgerichtshof, ingen betydelse om skiljenämnden tillämpade eller borde ha tillämpat EU-rätt. Den enda frågan som är relevant för att avgöra om det förelåg ett skiljeavtal mellan parterna är om Slovakien kunde ge ett giltigt erbjudande till Achmea att ingå ett skiljeavtal enligt artikel 8.2. EU-domstolen kom till slutsatsen att Slovakien inte kunde det oavsett om skiljenämnden behövde tillämpa EU-rätt i tvisten eller inte.⁸¹

4.2 PL Holdings v. Polen

4.2.1 Bakgrund

Det luxemburgska bolaget PL Holdings S.à.r.l. (PL Holdings) inledde ett skiljeförfarande mot Polen den 26 november 2014 enligt SCC:s regler med säte i Stockholm. PL Holdings påstod att Polen brutit mot det bilaterala investeringsavtalet mellan Polen å ena sidan och Belgien och Luxembourg å andra sidan. Enligt PL Holdings hade Polen exproprierat bolagets investering i landet utan att bolaget fått berättigad ersättning. PL Holdings krävde PLN 1 888 413 217 i skadestånd för denna överträdelse.⁸²

⁸⁰ BGH, 31 oktober 2018, I ZB 2/15 punkt 14, 20, 25–27.

⁸¹ BGH, 31 oktober 2018, I ZB 2/15 punkt 31–32.

⁸² *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland* punkt 7, 24–25.

Polen invände i sin svarsskrivelse daterad den 13 november 2015 att skiljenämnden inte hade behörighet att pröva tvisten på grund av att PL Holdings inte kvalificerades som en investerare enligt avtalet. I ett yttrande den 27 maj 2016 tillade Polen ett argument för sin invändning mot skiljenämndens behörighet. Polen åberopade artiklarna 30 och 59 VCLT samt artikel 344 FEUF och hävdade att avtalet inte längre var ikraft eftersom det ersatts genom Polens inträde i EU, eller att det i övrigt inte var tillämpligt på grund av EU-rätten. PL Holdings begärde att denna invändning, som inte presenterats i svarsskrivelsen, skulle avvisas som för sent inkommen. I en särskild skiljedom konstaterade skiljenämnden att den hade behörighet att pröva tvisten. Detta dels för att invändningen kunde avvisas som inkommen för sent, dels för att även om den inkommit i tid så medför varken artiklarna 30 och 59 VCLT eller artikel 344 FEUF att skiljenämnden saknar behörighet.⁸³

4.2.2 Svea hovrätt

Polen väckte en ogiltighets- och klandertalan vid Svea hovrätt och yrkade bland annat att hovrätten skulle förklara den särskilda skiljedomen ogiltig, alternativt upphäva den i dess helhet. Enligt 43 § LSF ska en sådan talan tas upp av hovrätten inom vars domkrets skiljeförfarandet haft sitt säte. Svea hovrätt var därmed behörig domstol då skiljeförfarandets säte var Stockholm. Samma yrkanden framställdes även i en ny stämning när den slutliga skiljedomen meddelats. Svea hovrätt valde att handlägga målen gemensamt och meddelade en gemensam dom för båda målen. I domslutet avslår Svea hovrätt Polens yrkanden om ogiltighet alternativt upphävning av skiljedomen på dessa grunder.⁸⁴

Polens grund för sitt yrkande om ogiltighet av skiljedomarna var, för det första, att tvisten inte är skiljedomsässig och för det andra att skiljedomarna eller det sätt de uppkommit på strider mot *ordre public*. Som grund för det alternativa yrkandet om upphävande framförde Polen att skiljedomarna inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna. PL Holdings framförde att

⁸³ *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland* punkt 39, 53, 272, 276, 306–317.

⁸⁴ Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17.

tvisten var skiljedomsässig och att den inte strider mot *ordre public*. Vidare har Polen deltagit i skiljeförfarandet utan invändning och agerat på annat sätt som innebar att Polen därmed får anses ha avstått från att göra gällande att frågorna inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal.⁸⁵

I domskälen jämför Svea hovrätt omständigheterna i målet med dem i *Achmea*. Hovrätten konstaterar att tvistlösningsbestämmelsen i målet har samma sakliga innehåll som den i *Achmea*: båda investeringsavtalen är ingångna mellan två medlemsstater i EU och i båda avtalen har medlemsstaterna åtagit sig att godta att en investerare från den ena staten som är part till avtalet har rätt att inleda skiljeförfarande mot den andra staten som är part till avtalet. Hovrätten konstaterar dock att målen skiljer sig på en detalj; Slovakien hade i *Achmea* invänt att skiljenämnden inte var behörig på den grunden att skiljeklausulen var oförenlig med EU-rätten redan i sin svarsskrivelse. Polen i sin tur invände mot skiljenämndens behörighet i sin svarsskrivelse på en annan grund och gjorde gällande att tvistlösningsbestämmelsen stred mot EU-rätten först senare.⁸⁶

Enligt hovrätten tar *Achmea* sikte på giltigheten av ett sådant avtal mellan två medlemsstater som har en tvistlösningsmekanism som motsvarar artikel 9 i hovrättens mål. EU-domstolen klargjorde i *Achmea* att artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder mot ett sådant tvistlösningsavtal. Tvistlösningsavtalet är således ogiltigt mellan medlemsstaterna, vilket innebär att det stående anbud till investerare som bestämmelsen innehåller inte är giltigt.⁸⁷

Hovrätten tar fasta på att EU-domstolen i sitt domslut föreskrivit avtal ”mellan medlemsstaterna” och ”behörighet denna medlemsstat var skyldig att godta” och menar att EU-domstolens bedömning avsåg den för de avtalsslutande staterna bindande tvistlösningsmekanismen i artikel 8 i det BIT som var

⁸⁵ Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17 s. 36 f.

⁸⁶ Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17 s. 42 f.

⁸⁷ Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17 s. 44.

föremål för prövning. Enligt hovrätten är det detta system mellan medlemsstaterna som strider mot FEUF. Denna tvistlösningsmekanism som återfinns i investeringsavtal skiljer sig från sedvanliga skiljeavtal, av EU-domstolen betecknat som kommersiella skiljeförfaranden, som grundar sig på den gemensamma partsviljan där parterna ingår skiljeavtalet direkt med varandra. *Achmea* innebär således att om det finns en gemensam partsvilja i det enskilda fallet föreligger inte hinder mot skiljeförfarande, så länge grundläggande EU-rätt kan beaktas vid den begränsande prövning som medlemsstaternas domstolar kan göra och som vid behov kan inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. För svensk del är det den prövning av ogiltighet och klander av skiljedom som föreskrivs i LSF.⁸⁸

Hovrätten drar slutsatsen att artiklarna 267 och 344 FEUF enligt *Achmea* hindrar medlemsstater från att ingå avtal med varandra som innebär att de är skyldiga att senare godta ett skiljeförfarande med en investerare. Genom en sådan bestämmelse har medlemsstaterna upprättat ett tvistlösningsystem där de undandrar tvister från förfarandet om förhandsavgörande trots att tvisterna kan avse tolkningen och tillämpningen av EU-rätten. Artiklarna i sig hindrar inte Polen och PL Holdings att ingå ett skiljeavtal och pröva investeringstvister genom skiljeförfarande. En medlemsstat är bara inte bunden av det stående anbud som återfinns i skiljeklausulen i ett BIT. I det enskilda fallet är således en medlemsstat fri att utifrån sin egen partsvilja ingå ett skiljeavtal med en investerare, till exempel när en investerare påkallar skiljeförfarande.⁸⁹

Med dessa konstateranden går hovrätten vidare i sin prövning till frågan om skiljedomen ska ogiltigförklaras eller upphävas. Gällande skiljedomsmässighet konstaterar hovrätten att tvisten rörde avtalsbrott och ersättningsskyldighet. Parterna har därmed kunnat träffa förlikning om saken, varför det inte utgör grund för ogiltighet enligt 33 § första stycket 1 p. LSF. Angående *ordre public* så sammanfattade hovrätten de principer EU-domstolen tidigare utvecklat i rättspraxis, se avsnitt 2.3, och drog slutsatserna att skiljedomarna

⁸⁸ Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17 s. 45.

⁸⁹ Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17 s. 45 f.

inte ska ogiltigförklaras som uppenbart stridande mot grundläggande EU-rätt eller Sveriges rättsordning. Vidare ansåg hovrätten att det inte förelåg en obalans mellan parterna som den har att beakta *ex officio* eller att det rörde sig om tvingande EU-rätt som skyddar svagare part.⁹⁰

Hovrätten gick vidare till yrkandet om upphävande av skiljedomarna på grund av att de inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal och konstaterade följande. Inget har hindrat parterna från att uttryckligen eller konkludent ingå ett skiljeavtal om tvisten ifråga, varvid parterna var fria att närhelst ingå ett sådant avtal. Det faktum att skiljeklausulen var ogiltig utgör därmed inte något hinder mot att tillämpa preklusionsbestämmelsen i 34 § andra stycket LSF. Enligt preklusionsbestämmelsen skulle Polen framfört sin behörighetsinvändning senast i svarsskrivelsen. Eftersom Polen framförde denna specifika invändning först sex månader senare ansågs Polen ha avstått från att göra invändningen gällande och den var därmed prekluderad. Bundesgerichtshof fäste i det nationella avgörandet efter *Achmea* vikt vid att Slovakien framfört behörighetsinvändningen vid skiljeförfarandets inledande skede, vilket hovrätten ansåg gav stöd för sin slutsats.⁹¹

4.2.3 Högsta domstolen

Svea hovrätts dom överklagades till Högsta domstolen som i februari 2020 beslutade att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.⁹² I bilaga A till beslutet konstaterar Högsta domstolen att den behöver få klarhet i vilken betydelse som principerna i *Achmea* har i det förevarande målet. Högsta domstolen konstaterar att det är klarlagt att tvistlösningsklausulen i det aktuella investeringsavtalet är ogiltig och att det kan innebära att även det anbud att inleda skiljeförfarande som staten genom klausulen lämnar till en investerare är ogiltigt på grund av dess nära anknytning till investeringsavtalet. Högsta domstolen konstaterar dock att det argumenterats att situationen i förevarande fall är annorlunda då det är investeraren som påkallat skiljeförfarande och

⁹⁰ Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17 s. 47 ff.

⁹¹ Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17 s. 53–58.

⁹² Högsta domstolen, protokoll 2020-02-04 i mål nr T 1569-19.

med denna handling gör ett anbud som staten uttryckligen eller konkludent kan acceptera utifrån dess fria vilja, likt kommersiella skiljeförfaranden enligt EU-domstolens principer.⁹³ Högsta domstolen vill därför ha svar från EU-domstolen på om artiklarna 267 och 344 FEUF, som de tolkades i *Achmea*, även innebär att ett skiljeavtal är ogiltigt när det ingåtts genom att investeraren påkallat skiljeförfarande och medlemsstaten genom sin fria vilja avstått från att göra gällande invändningar mot skiljenämndens behörighet.⁹⁴

4.3 Slutsatser

Såväl Bundesgerichtshof som Svea hovrätt och Högsta domstolen har konstaterat att ett erbjudande i ett EU-internt BIT från en medlemsstat till en investerare att inleda skiljeförfarande är ogiltigt enligt *Achmea*. Detta talar för att den generella rättsregeln som EU-domstolen i *Achmea* utvecklat är att dessa erbjudanden från medlemsstater till investerare inte är giltiga. Det får därmed förefalla finnas lite utrymme för en annan bedömning än att en EU-medlemsstats erbjudande till investerare i tvistlösningsklausuler i EU-interna BITs inte gäller. Det är emellertid relevant att närmare studera de tvistlösningsklausuler som varit föremål för domstolarnas prövning.

Likt artikel 8.6 i det bilaterala investeringsavtal som prövades i *Achmea* så innehåller artikel 9.5 i det bilaterala investeringsavtalet som prövas i PL Holdings en lagvalsklausul. Båda föreskriver att skiljenämnden bland annat ska ta hänsyn till nationell lagstiftning i de avtalsslutande parterna i dess bedömningar. Det har tidigare konstaterats att det var genom en sådan lagvalsklausul som EU-domstolen fastställde att en skiljenämnd kan komma att tolka och tillämpa EU-rätten.

Ingen av de nationella domstolarna har gjort några större reflektioner av EU-domstolens bedömning av artikel 8.6. Bundesgerichtshof har dock konstaterat att EU-domstolens domslut tar sikte på artikel 8.2. Enligt Bundesgerichtshof berörs artikel 8.6 endast för att konstatera att skiljenämnden även

⁹³ Högsta domstolen, protokoll 2020-02-04 i mål nr T 1569-19 punkt 53–55.

⁹⁴ Högsta domstolen, protokoll 2020-02-04 i mål nr T 1569-19 punkt 57.

genom lagvalsklausulen har en skyldighet att beakta EU-rätten. Bundesgerichtshofs formulering tyder på att även utan en sådan klausul så har en skiljenämnd upprättad genom ett EU-internt BIT en skyldighet att beakta EU-rätten. Detta rimmar väl med att EU-rätten inte går att avtala bort. Svea hovrätt går inte in på detta mer än att konstatera att tvistlösningsklausulerna i de två fallen har samma sakliga innehåll. Detta kan å ena sidan tyda på att knäckfrågan inte är lagvalsklausulen utan erbjudandet, som behandlas omfattande i båda målen. Å andra sidan innebär det att ett EU-internt BIT utan en sådan lagvalsklausul inte har varit föremål för prövning i domstolarna inom EU.

Bundesgerichtshof slutsats var att det inte förelåg ett giltigt skiljeavtal, en upphävningsgrund i tysk lagstiftning som har sin motsvarighet i svensk lagstiftning i 34 § LSF som en klandergrund. I svensk rätt är den bestämmelsen föremål för preklusion. Svea hovrätt gjorde samma bedömning som Bundesgerichtshof om att ett erbjudande från en stat genom ett EU-internt BIT inte är giltigt. Hovrätten såg istället PL Holdings påkallande av skiljeförfarande som ett anbud som Polen genom sitt deltagande accepterade, en slutsats domstolen ansåg ha stöd i Bundesgerichtshofs avgörande. Båda domstolarna är därmed ense om att *Achmea* handlade om giltigheten av skiljeavtal, och inte någon annan ogiltighets- eller klandergrund.

Den svenska domen har dock inte vunnit laga kraft, och det faktum att målet nu ligger hos Högsta domstolen visar att Svea hovrätt ansåg att det fanns ett prejudikatintresse. Enligt 43 § andra stycket LSF får hovrättens dom endast överklagas om hovrätten tillåtit det för att den ansett att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen. Prövningstillstånd krävs även hos Högsta domstolen. Även Högsta domstolen verkar dock vara inne på spåret om att det handlar om giltighet av skiljeavtal. Högsta domstolen har emellertid varit betydligt mer försiktig än Svea hovrätt och valt att hänskjuta frågan till EU-domstolen för vägledning. Genom EU-domstolens svar på Högsta domstolens begäran kommer således principerna i *Achmea* kunna utvecklas och förtydligas. EU-domstolen har i tidigare praxis funnit att EU-rätten inte medför att en nationell domstol ska underlåta att tillämpa interna processuella regler som

tidsfrister. Det är möjligt att samma bedömning görs kring formkrav på skiljeavtal. Polen har trots allt haft möjlighet att bevaka sin rätt i skiljeförfarandet, men inte invänt mot behörigheten på denna grund i tid.

Står sig Svea hovrätts dom skulle det innebära att det är fullt möjligt att lösa investeringstvister som uppkommit genom ett EU-internt BIT genom skiljeförfarande, så länge ett annat samtycke inhämtas från staten än det som uttryckts genom erbjudandet i investeringsavtalet. Genom nationella domstolars praxis går det alltså att tyda att *Achmea* inte utgör hinder mot att pröva en tvist genom skiljeförfarande, den säger endast att ett sådant stående erbjudande inte är giltigt. Vad som dock talar emot denna tolkning av *Achmea* är att EU-domstolen endast kom in på formen på skiljeavtalet genom bedömningen av om EU-rättens fulla verkan säkerställs. Farhågan om att den inte säkerställs lär även föreligga i de fall då en stat även ger ett senare samtycke än det ogiltiga erbjudandet i investeringsavtalet. Samtidigt så föreligger en gemensam partsvilja som i kommersiella skiljeförfaranden då. I sådana fall har EU-domstolen bedömt det som motiverat med endast en begränsad domstolsprövning. Med hänvisning till EU-domstolens tidigare rättspraxis bör det således vara tillåtet att avgöra en investeringstvist genom skiljeförfarande så länge en gemensam partsvilja föreligger.

Utifrån nationell praxis går det således att konstatera att EU-interna BITs inte innehåller ett giltigt erbjudande till investerare att inleda skiljeförfarande. Huruvida det bilaterala avtalet har en lagvalsklausul som öppnar upp för EU-rätt eller inte lär inte vara en avgörande omständighet. Det råder emellertid fortsatt osäkerhet kring om en investerare i övrigt kan inleda skiljeförfarande genom att staten uttryckligen eller konkludent accepterar dess anbud. Mycket tyder på att likheterna med kommersiella skiljeförfaranden i sådana fall gör det tillåtet. Ingen nationell domstol har avgjort en klandertalan om ECT efter *Achmea* meddelades, och det går således inte att utläsa vilken påverkan som principerna i målet har på sådana förfaranden. För att använda hovrättsens ord så har ett ECT-förfarande endast delvis samma sakliga innehåll som förfarandet i *Achmea* eftersom ECT inte är ett avtal mellan medlemsstaterna, men

artikel 26 ECT innehåller samtidigt ett likadant erbjudande till investerare som EU-interna BITs.

5 EU och medlemsstaternas tolkning av *Achmea*

5.1 EU-kommissionens meddelande

Den 19 juli 2018 publicerade EU-kommissionen ett meddelande till Europaparlamentet och rådet om skydd för EU-interna investeringar⁹⁵ där den bland annat adresserade *Achmea* och drog vissa slutsatser.

Enligt EU-kommissionen bekräftade EU-domstolen i *Achmea* att sådana skiljeklausuler som återfinns i bilaterala investeringsavtal är rättsstridiga för att de undergräver det rättssystem som föreskrivs i EU-fördragen och strider mot flera viktiga EU-rättsliga principer. Detta medför, enligt EU-kommissionen, att sådana skiljeklausuler inte är tillämpliga och att en skiljenämnd upprättad genom en sådan klausul saknar behörighet att pröva saken på grund av bristen på ett giltigt skiljeavtal. Nationella domstolar har därför en skyldighet att upphäva skiljedomar som meddelats genom en sådan klausul och vägra erkännande och verkställighet av dem. Medlemsstaterna har vidare en skyldighet att avsluta EU-interna BITs.⁹⁶

EU-kommissionen hävdar vidare i sitt meddelande att *Achmea* även gäller för EU-interna tvister under ECT. Artikel 26 ECT, ”korrekt tolkad, föreskriver inte någon klausul om skiljeförfaranden som är tillämplig”⁹⁷ i EU-interna förfaranden enligt EU-kommissionen. ECT skapar endast rättigheter och skyldigheter mellan EU och tredje land, och har ingen påverkan mellan EU:s medlemsstater. Om artikel 26 tolkas som tillämplig inom EU är den enligt EUs rättens företräde oförenlig med primärrätten och kan därför inte tillämpas.⁹⁸

⁹⁵ Kommissionens meddelande ”Skydd för EU-interna investeringar”, KOM(2018) 547 slutlig.

⁹⁶ Kommissionens meddelande ”Skydd för EU-interna investeringar” s. 2 ff.

⁹⁷ Kommissionens meddelande ”Skydd för EU-interna investeringar” s. 4.

⁹⁸ Kommissionens meddelande ”Skydd för EU-interna investeringar” s. 4.

5.2 Medlemsstaternas deklARATIONER

Den 15 januari 2019 publicerades 15 januari-deklarationen som berörde de juridiska konsekvenserna av EU-domstolens dom *Achmea*⁹⁹.

Likt EU-kommissionens meddelande konstaterade 15 januari-deklarationen bland annat att EU-rätten har företräde framför bilaterala investeringsavtal mellan medlemsstaterna samt att skiljeklausuler i sådana avtal är oförenliga med EU-rätten och därmed inte kan tillämpas. Bestämmelser i sådana avtal som exempelvis ger förlängt skydd en viss tid för investeringar som gjorts innan avtalet sades upp, så kallade tidsfristklausuler, har enligt deklarationen ingen verkan. Skiljenämnder som upprättas genom sådana skiljeklausuler saknar behörighet på grund av bristen på samtycke till skiljeförfarande.¹⁰⁰

Deklarationen konstaterar vidare att internationella avtal som EU ingått, såsom ECT, är en del av EU:s rättsordning och måste därför vara förenlig med EU-fördragen. Tolkar man ECT som att den har en skiljeklausul där en investerare från en medlemsstat kan inleda skiljeförfarande mot en annan medlemsstat så är den också oförenlig med fördragen och ska därför inte tillämpas.¹⁰¹

Mot denna bakgrund gör de undertecknande medlemsstaterna vissa åtaganden. Medlemsstaterna ska bland annat i pågående domstolsprocesser om EU-interna investeringstvister begära att skiljedomen undanröjs eller att hinder mot verkställighet föreligger på grund av bristande samtycke, informera om att nya skiljeförfaranden inte kan initieras samt säga upp samtliga EU-interna bilaterala investeringsavtal.¹⁰²

⁹⁹ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, Bryssel 15 januari 2019.

¹⁰⁰ 15 januari-deklarationen s. 1.

¹⁰¹ 15 januari-deklarationen s. 2.

¹⁰² 15 januari-deklarationen s. 3 f.

Deklarationen undertecknades dock endast av 22 av EU:s dåvarande 28 medlemsstater och var inte den enda deklARATIONEN som gjordes. Den 16 januari 2019 valde fem av de medlemsstater som inte undertecknade 15 januari-deklARATIONEN (Finland, Luxembourg, Malta, Slovenien och Sverige) att publicera en annan deklARATION, 16 januari-deklARATIONEN.¹⁰³

16 januari-deklARATIONEN stadgar mycket av det som den tidigare deklARATIONEN konstaterat. Den stora skillnaden från 15 januari-deklARATIONEN utgör emellertid synen på skiljeklausulen i ECT. Dessa fem stater har noterat att EU-domstolen inte nämner ECT i *Achmea*. Flera skiljenämnder har efter domen dragit slutsatsen i skiljedomar att skiljeklausulen i ECT är fortsatt tillämplig mellan medlemsstaterna, en tolkning som är uppe till prövning vid Svea hovrätt i en pågående ogiltighets- och klandertalan¹⁰⁴. Mot bakgrund av detta deklarerade de fem medlemsstaterna att det är opassande att uttrycka en åsikt om ECT:s förenlighet med EU-rätten innan saken har avgjorts i domstol.¹⁰⁵

Den enda medlemsstaten som inte signerade någon av dessa deklARATIONER var Ungern som uttryckte sin syn på saken i en tredje deklARATION¹⁰⁶. Likt 16 januari-deklARATIONEN överensstämmer Ungerns deklARATION med synen 15 januari-deklARATIONEN hade på bilaterala investeringsavtal, men tar en annan position om ECT. Enligt Ungerns deklARATION handlar *Achmea* inte om ett pågående eller framtida skiljeförfarande under ECT. Framtiden för EU-interna skiljeförfaranden under ECT kräver diskussioner mellan medlemsstaterna som behöver träffa ett avtal dem emellan.

¹⁰³ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January on the Enforcement of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, Bryssel 16 januari 2019.

¹⁰⁴ Svea hovrätts pågående mål nr T 4658-18.

¹⁰⁵ 16 januari-deklARATIONEN s. 3.

¹⁰⁶ Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019 on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, Bryssel 16 januari 2019.

5.3 Upphävningsavtalet

Efter 15 januari-deklarationen, där medlemsstaterna åtog sig att säga upp sina EU-interna bilaterala investeringsavtal, undertecknade 23 av EU:s medlemsstater¹⁰⁷ upphävningsavtalet den 5 maj 2020¹⁰⁸. Enligt artikel 2 i upphävningsavtalet är de bilaterala investeringsavtal listade i bilaga A till avtalet upphävda i enlighet med bestämmelserna i avtalet. Enligt artikel 4.2 får upphävningen av de bilaterala investeringsavtalen verkan för varje sådant avtal så fort upphävningsavtalet träder ikraft för de relevanta avtalslutande parterna. Enligt artikel 16.2 är det 30 kalenderdagar efter båda parter deponerat sitt instrument för ratificering, godtagande eller godkännande. Hittills är avtalet endast ikraft för Bulgarien, Cypern, Danmark, Estland, Kroatien, Lettland, Malta, Nederländerna, Slovakien, Slovenien och Ungern.¹⁰⁹

I artikel 4 bekräftar de avtalslutande parterna att skiljeklausuler i sådana bilaterala investeringsavtal som är föremål för upphävningsavtalet strider mot EU-fördragen och kan därmed inte tillämpas. En sådan skiljeklausul kan således inte tjäna som rättslig grund för skiljeförfaranden. Enligt artikel 5 ska sådana skiljeklausuler inte tjäna som rättslig grund för skiljeförfaranden som inletts den 6 mars 2018 eller senare.

I ingressen till avtalet konstateras det att upphävningsavtalet endast gäller för EU-interna bilaterala investeringsavtal och inte EU-interna skiljeförfaranden under artikel 26 ECT.

5.4 Slutsatser

Såväl EU-kommissionen som samtliga medlemsstater har alltså, likt nationella domstolars hållning, deklarerat att en skiljeklausul i ett EU-internt BIT inte är giltig på grund av bristen på samtycke. Dessa har i sina deklamationer

¹⁰⁷ De som inte undertecknat avtalet är: Finland, Irland, Sverige och Österrike.

¹⁰⁸ Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, 5 maj 2020, EUT 2020 L 169/1.

¹⁰⁹ Europeiska rådet, 'Europeiska unionens fördrag och avtal: Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union'.

och meddelanden inte förhållit sig till en specifikt utformad klausul som de nationella domstolarna, utan har uttalat sig i allmänhet om EU-interna BITs. En tolkning av *Achmea* om att principerna endast gäller de förfaranden som enligt en lagvals-klausul ska tillämpa EU-rätt är därmed inte förenliga med dessa källor. Såväl EU-kommissionens meddelande som deklARATIONERNA och upphävningsavtalet tar sikte på detta erbjudande från stater som skiljeklausulen i bilaterala investeringsavtal innehåller. Att ett skiljeavtal tillkommer senare, som i PL Holdings, behandlas således inte i dessa dokument.

Det är emellertid på sin plats att diskutera dessa rättskällors roll och verkan. De utgör inte bindande normgivning utan anses endast vara vägledande källor. DeklARATIONERNA är dessutom inte genom EU utan av medlemsstaternas regeringar. Ett meddelande från EU-kommissionen har emellertid till syfte att klargöra rättsläget på områden där praxis från EU-domstolen saknas, även om EU-domstolen när den väl prövar frågan inte är bunden av denna tolkning. Normalt sett utgör sådana meddelanden ett tolkningsunderlag som kan ha en styrande roll. Det får emellertid anses vara en viss skillnad mellan att EU-kommissionen gör det i förhållande till lagregler som den lagstiftande makten har utformat mot att, som här, tolka vad den dömande makten sagt och instruera hur nationella domstolar ska tolka EU-domstolens avgörande.

Det faktum att det inte räckt med EU-kommissionens meddelande och de efterföljande deklARATIONERNA utan att ett upphävningsavtal också måste ingås tyder emellertid på att rättsläget inte är så klart som dokumenten försöker få det att framstå. Detta kan dock ha att göra med att deklARATIONERNA endast tar sikte på att deklarerar vad medlemsstaterna ska göra i framtiden, och inte att de utgör en rättskälla i sig. Det man emellertid kan fråga sig då är varför fem stater, som i en tidigare deklARATION underkänt EU-interna BITs, inte undertecknat upphävningsavtalet som konkret sätter punkt för någon annan tolkning än att erbjudanden om skiljeförfaranden i EU-interna BITs inte är tillämpliga. Även det faktum att avtalet endast trätt ikraft för ett fåtal stater underminerar denna till synes enhetliga tolkning.

Huruvida *Achmea* medför konsekvenser för skiljeförfaranden under ECT råder det desto mer oklarhet i. EU-kommissionen samt majoriteten av EU:s medlemsstater har uttryckt en sådan tolkning i ett vägledande meddelande och i 15 januari-deklarationen. Några medlemsstater kunde dock inte acceptera en sådan tolkning. Upphåvningsavtalet, som får ses som det åtagande medlemsstaterna uttryckte i deklarationen att de skulle göra, gäller inte ECT. Detta kan ha att göra med att det är ett multilateralt avtal som kräver en annorlunda uppsägnings- eller förändringsprocess. Även det faktum att en modernisering av ECT just nu förhandlas där EU försökt föra tvistlösningsmekanismen på agendan kan vara en anledning till att man inte behandlat den inom ramen för upphåvningsavtalet.¹¹⁰ Att ECT inte omfattas behöver således inte nödvändigtvis innebära att man frånfallit den tolkningen av *Achmea*. Den tolkningen får emellertid anses försvagad av att inte samtliga medlemsstater undertecknade den. Även om det finns ett vägledande meddelande från EU-kommissionen så undermineras dess styrande roll till viss del av att andra deklarationer lyfter värdefulla poänger mot en sådan tolkning. Det finns med andra ord indikationer såväl för som emot att principerna i *Achmea* även träffar skiljeklausulen i ECT.

Det som däremot framstår som klart är att i takt med att stater ansluter sig till upphåvningsavtalet så upphör de bilaterala investeringsavtal som är intagna i bilagan till upphåvningsavtalet. Det lär därmed inte vara möjligt för investerare att inleda skiljeförfaranden mot en stat efter att den staten ratificerat upphåvningsavtalet, så länge investerarens stat också har anslutit sig. Upphåvningsavtalet är dock inte en EU-rättslig akt som börjar gälla för samtliga medlemsstater, utan det är upp till var och en att ansluta till det. I och med att nationella domstolar också har underkänt sådana tvistlösningsklausuler så lär det inte krävas att det bilaterala investeringsavtalet sagts upp för att ett sådant erbjudande inte ska anses vara giltigt när Sverige är säte för skiljeförfarandet.

¹¹⁰ Europeiska kommissionen, 'Commission presents EU proposal for modernising Energy Charter Treaty'.

6 Analys av *Achmea* i doktrin

6.1 Inledning

Doktrins analys av *Achmea* och hur domens principer bör tillämpas skiljer sig åt. De flesta är enade om att *Achmea* inte satt punkt för diskussionen om investeringsavtals förenlighet med EU-rätten utan att svar saknas eller är oklara på flertalet frågor.¹¹¹ Generellt går det att utröna två läger, där det ena argumenterar för att domen har en begränsad räckvidd medan det andra argumenterar för att domens tillämpningsområde är brett. Nedan återges de argument som lyfts i doktrin om EU-interna BITs respektive EU-interna ECT-förfaranden.

6.2 EU-interna BITs och *Achmea* i doktrin

Flera har i och med *Achmea* konstaterat att skiljeklausuler i EU-interna BITs inte går att tillämpa från ett EU-rättsligt perspektiv, oaktat om det finns en lagvalsklausul. Det är inte möjligt för medlemsstaterna att undgå tvingande EU-rätt genom att ingå ett internationellt avtal som inte föreskriver att EU-rätt ska tillämpas.¹¹²

Andra har ansett att alldeles oavsett vilka bilaterala investeringsavtal som *Achmea* träffar, så har skiljeklausulerna i dessa bilaterala avtal inte automatiskt sagts upp eller ogiltigförklarats genom domen. Från ett folkrättsligt perspektiv har doktrin framhåvt att skiljeklausulerna är fortsatt giltiga till dess att de sagts upp av medlemsstaterna. Från ett EU-rättsligt perspektiv utgör EU-rätten ett hinder mot skiljeförfaranden under EU-interna BITs. Till dess att EU:s medlemsstater agerat på en internationell nivå genom att säga upp eller omförhandla de bilaterala investeringsavtalen och eventuella tidsfrist-

¹¹¹ Fanou s. 331; Talus och Särkänne s. 9, 16; Blanck, *Slovak Republic v. Achmea BV: The Death Knell for Intra-EU BITs?*; Nagy, *Intra-EU BITs after Achmea – a cross-cutting issue* s. 6.

¹¹² Hess s. 9; Bilanová och Kudrna s. 262 f.; Blanck, *Slovak Republic v. Achmea BV: The Death Knell for Intra-EU BITs?*.

klausuler är således sådana skiljenämnder behörigen upprättade och kan meddela skiljedomar som kan verkställas genom New York-konventionen¹¹³ eller ICSID-konventionen.¹¹⁴

I lägret där man argumenterar för en begränsad räckvidd vidhåller man att EU-domstolen i förhandsavgöranden dömer baserat på omständigheterna i det specifika målet ifråga och att det inte är ovanligt att EU-domstolen särskiljer omständigheter i senare mål från det första. Vad vissa framhåller då är att EU-domstolen först och främst dömde ifråga om ett bilateralt investeringsavtal. Den skiljeklausul som analyserats i *Achmea* skiljer sig dessutom i vissa detaljer från andra skiljeklausuler i bilaterala investeringsavtal. Detta dels för att den endast möjliggör för *ad hoc*-skiljeförfarande, och inte institutionellt förfarande som ICSID. Dels på grund av dess lagvalsklausul. Även detaljerna i målet skilde sig från en typisk investeringstvist. Investerarens yrkanden i målet handlade för ovanlighetens skull om de bestämmelser i det bilaterala investeringsavtalet som reglerar fri rörlighet, ett av EU:s huvudområden, och inte de mer vanliga tvistefrågorna om avtalets investeringsskyddsregler som inte har någon direkt motsvarighet i EU-rätten. Det är således möjligt att *Achmea* inte utgör hinder mot skiljeklausuler som begränsar behörigheten till att pröva frågor som inte överlappar med EU-rätten, som investeringsskyddsregler om expropriation som återfinns i de flesta investeringsavtal. Även skiljeklausuler som endast möjliggör för skiljeförfaranden med säte inom EU kan vara fortsatt tillåtna. Detta eftersom *Achmea* antyder att möjligheten att nationella domstolar inom EU kan granska skiljedomar är tillräcklig.¹¹⁵

¹¹³ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 10 juni 1958, SÖ 1972:1.

¹¹⁴ Gáspár-Szilágyi och Usynin s. 45; Fanou s. 339.

¹¹⁵ Nagy, Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law after *Achmea* s. 989, 992 ff.; Nagy, Intra-EU BITs after *Achmea* – a cross-cutting issue s. 3 ff.; Triantafilou och Pusztai s. 45 ff.

6.3 EU-interna ECT-förfaranden och *Achmea* i doktrin

Angående ECT har doktrin adresserat att skiljeklausulen i artikel 26 ECT liknar den som *Achmea* handlade om, vilket innebär att liknande frågor aktualiseras i EU-interna ECT-skiljeförfaranden. ECT är emellertid ett blandat avtal där även EU är part. Avtalet innehåller vidare ingen frånskiljandeklausul där EU-interna tvister undantas från artikel 26. Detta är en typ av klausul som EU och dess medlemsstater har förhandlat om i andra multilaterala traktat för att tydliggöra att EU-rätten istället gäller dem emellan. Av bland annat denna anledning anser flera att ECT är fortsatt tillämplig i EU-interna skiljeförfaranden.¹¹⁶ Andra har lyft att generaladvokaten i sitt förslag till avgörande kommenterade ECT, medan EU-domstolen inte gjorde en enda hänvisning till det multilaterala avtalet. EU-domstolen har vidare i sitt avgörande inte använt sig av Bundesgerichtshofs mer breda språkval utan begränsat domslutet till att gälla bilaterala avtal mellan medlemsstaterna.¹¹⁷

Även om EU-domstolen inte uttryckligen berörde frågan om ECT:s förenlighet med EU-rätten så råder det emellertid enligt vissa inget tvivel om att även ECT omfattas av *Achmea*. Likt det BIT som var föremål för prövning i *Achmea* så är ECT ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna, med enda skillnaden att det träffades på en multilateral nivå. Många omständigheter som förelåg under *Achmea* gäller även för skiljeförfaranden som är upprättade genom artikel 26 ECT. Visserligen är inte nationell rätt, och därmed EU-rätt, inkluderat i ECT:s lagvalsklausul, till skillnad från den lagvalsklausul som fanns i *Achmea*. En skiljenämnd under ECT kan dock ändå behöva tillämpa EU-rätt utan att det uttryckligen föreskrivits. Det kan till och med argumenteras för att ECT i sig är del av EU-rätten eftersom EU är part till avtalet. De förfaranden som föreskrivs i de respektive skiljeklausulerna har många liknande karaktärsdrag. En skiljenämnd under ECT lär likt skiljenämnden i *Achmea* inte anses vara en domstol i en medlemsstat och kan således inte begära

¹¹⁶ Fanou s. 334 f.; Thornton s. 175.

¹¹⁷ Baltag och Dudas s. 27 f.; Nagy, Intra-EU BITs after *Achmea* – a cross-cutting issue s. 4, 12.

förhandsavgöranden från EU-domstolen. Vidare är en skiljedom meddelad genom ett förfarande enligt artikel 26 ECT föremål för samma erkännande- och verkställighetsprocess som den process EU-domstolen i *Achmea* bedömde vara otillräcklig. De nyckelargument som förelåg i *Achmea* kan analogiskt tillämpas på ett förfarande genom ECT.¹¹⁸

Det har i doktrin även konstaterats att EU-domstolen i domslutet uttryckt ”internationellt avtal mellan medlemsstaterna”¹¹⁹ och inte bilateralt avtal, och därmed ansett att även ECT kan omfattas av domslutet.¹²⁰

6.4 Slutsatser

Det faktum att EU-domstolen dömer utifrån förhållandena i det enskilda fallet talar starkt för att ECT inte automatiskt kan anses omfattas av domen. Även om flera av de omständigheter som förelåg i *Achmea* även föreligger i skiljeförfaranden under ECT så är ECT en helt annan typ av avtal än ett EU-internt BIT. Som tidigare nämnts så innebär detta att det inte är säkert att EU-domstolen skulle göra samma bedömning som i *Achmea*. Detta gäller särskilt de EU-rättsliga principer EU-domstolen ansåg att det bilaterala investeringsavtalet stred mot. Det är emellertid inte säkert att det genom EU-domstolens begränsade formulering av domslutet mot Bundesgerichtshofs ursprungsfrågor går att utläsa att ECT inte skulle omfattas av samma resonemang. EU-domstolen har samtidigt använt sig av uttrycket ”internationellt avtal”, även om detta följs av ”som artikel 8” i det BIT den prövade. Å ena sidan kan detta innebära endast EU-interna bilaterala avtal, som artikel 8. Å andra sidan utesluter det inte internationella avtal som har liknande utformning som artikel 8, som ECT får anses ha.

EU-domstolens slutsats var dock mot bakgrund av att EU-domstolen i punkt 58 konstaterade att avtalet inte ingåtts av EU utan av två medlemsstater, vilket

¹¹⁸ Talus och Särkänne s. 18; Bilanová och Kudrna s. 269 ff.; Hess s. 15.

¹¹⁹ C-284/16 *Achmea* punkt 62.

¹²⁰ Talus och Särkänne s. 12; Blanck, *Slovak Republic v. Achmea BV: The Death Knell for Intra-EU BITs?*; Gáspár-Szilágyi och Usynin s. 30.

stred mot principen om lojalt samarbete. Så kan inte anses vara fallet för ECT som såväl EU som samtliga medlemsstater är part till, utom Italien som frivilligt valt att säga upp det. Det kan inte anses som en självklarhet att ECT undergräver EU-rättens autonomi då, som skiljeklausulen i *Achmea* ansågs göra i punkt 59 i domen. Ett blandat avtal står inte högst i EU-rättens normhierarki, utan primärrätten går före.¹²¹ Strider en bestämmelse i ECT mot en fördragsbestämmelse kan den således inte tillämpas. Det är därför möjligt att EU-domstolen när den ska bemöta frågan dömer som den gjort i *Achmea*. Detta kräver dock en annan motivering än den i *Achmea*, varvid det inte går att säga i dagsläget att principerna i *Achmea* även omfattar ECT. EU-domstolens bedömning att en skiljenämnd under ett investeringsavtal inte anses vara en domstol i en medlemsstat lär dock med största sannolikhet även omfatta en skiljenämnd under ECT, som doktrin framhåvt. Inte minst med tanke på att EU-domstolen använder formuleringen ”under inga omständigheter” i punkt 46.

Desto osäkrare är det om specifika detaljer i olika bilaterala investeringsavtal skulle medföra en annan bedömning av EU-domstolen. Som det konstaterats tidigare syftar som regel en lagvalsklausul i ett BIT, åtminstone om Sverige är skiljeförfarandets säte, på den materiella delen av tvisten om ingen annan specifikation har gjorts. EU-rätten kan bli aktuell i tvistens materiella del även utan en sådan lagvalsklausul. Det är således inte nödvändigtvis lagvalsklausulen som öppnar för om en skiljenämnd kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt. Olika utformningar av lagvalsklausulerna förefaller därmed inte vara nyckeln till om *Achmea* är tillämplig eller ej. Det är, som doktrin framhåvt, riktigt att EU-domstolen dömer baserat på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är emellertid svårt att hävda att detaljer som EU-domstolen inte fäst vikt vid skulle vara avgörande för om *Achmea* är tillämplig eller inte. Detta talar emot att detaljer som att det var ett *ad hoc*-förfarande och inte ett institutionellt förfarande, att tvisten i *Achmea* berörde EU-rättens huvudom-

¹²¹ Bernitz och Kjellgren s. 271 ff.; Hettne och Otken Eriksson s. 42; Bernitz s. 64.

råde och att skiljeklausuler som endast möjliggör för EU som säte skulle medföra en annan bedömning av EU-domstolen. Även det faktum att nationella domstolar inte fäst någon större vikt vid sådana detaljer utan uttalat att det är själva erbjudandet i en sådan klausul som är ogiltigt talar emot detta. Å andra sidan har endast den skiljeklausul som var uppe till prövning i *Achmea* samt en skiljeklausul som var väldigt lik den i *Achmea* prövats. Vidare kom Svea hovrätt till slutsatsen att det förelåg ett giltigt skiljeavtal på annan grund.

De två invändningarna om skiljeförfaranden som inte berör EU-rättsliga frågor samt som endast kan ha sitt säte inom EU tåls att studera närmre. Även om EU-domstolen inte uttryckligen fört ett resonemang om dem, har aspekter av dessa argument berörts. Att en lagvalsklausul inte är nödvändig för att EU-rätten ska bli tillämplig utesluter inte att tolkningen av *Achmea* om att tvister om investeringsskydd som inte har någon motsvarighet i EU-rätten fungerar. I en sådan tvist hade EU-rätten inte varit tillämplig på tvistens materiella frågor, och skiljenämnden hade inte kommit att tolka och tillämpa EU-rätt. Möjliggör en skiljeklausul endast för skiljeförfarande med säte i EU minimeras dessutom farhågan om att EU-rättsliga frågor inte prövas korrekt av en skiljenämnd. I det fallet har nationella domstolar inom EU en viss möjlighet att se till att avgörandet tillämpar EU-rätten korrekt, vilket har ansetts tillräckligt i kommersiella skiljeförfaranden.

Det föreligger dock inget krav på att kommersiella skiljeförfaranden mellan två parter vars hemvist är inom EU måste ha sitt säte inom EU för att vara ett godtagbart skiljeförfarande. Det är således inte därför EU-domstolen gör åtskillnad på förhållandena i *Achmea* mot ett kommersiellt förfarande. Skillnaden mellan kommersiella skiljeförfaranden och investeringsskiljeförfaranden är dels att det är en stat och inte en privat aktör som utgör den ena parten, dels att det inte finns ett skiljeavtal förrän investeraren inleder skiljeförfarandet. Det måste således vara en, eller båda, av dessa faktorer som medför att EU-domstolen finner anledning att skilja på investeringstvister mot kommersiella skiljeförfaranden. Det var vidare inte detta som var den avgörande faktorn i EU-domstolens bedömning. EU-domstolen förde inte något resonemang om

tvistens materiella frågor, och skiljeförfarandet hade sitt säte inom EU. Det är även möjligt att ett sådant förfarande ändå anses strida mot EU-rättsliga principer som lojalt samarbete. Det är även dessa principer som talar emot en tolkning av *Achmea* om att skiljeförfaranden endast med säte inom EU är förenligt med EU-rätten.

Det doktrin har konstaterat om att skiljeklausulerna i bilaterala investeringsavtal inte har sagts upp är riktigt när man tänker på att medlemsstaterna har ansett det nödvändigt att ingå upphävningsavtalet. Kan man emellertid konstatera att *Achmea* ska tolkas som ett hinder mot en sådan skiljeklausul har nationella domstolar en skyldighet att döma i enlighet med EU-domstolens prejudikat. Det krävs således inte att dessa sägs upp för att principerna utvecklade i domen får verkan inom EU, även om rättsläget blir klart tydligare genom uppsägning.

7 Skiljedomar meddelade efter *Achmea*

7.1 Gemensamma bedömningar i skiljedomar efter *Achmea*

Flera skiljenämnder som meddelat skiljedom efter *Achmea* har bedömt huruvida EU-rätten och *Achmea* påverkar dess behörighet. Varken de skiljenämnder som upprättats genom ett EU-internt BIT eller genom ECT har kommit till slutsatsen att de saknar behörighet att pröva tvisten på grund av *Achmea*.¹²² De skiljenämnder som i den materiella delen av avgörandet dömde till fördel för staten har inte klandrats i nationell domstol eller är föremål för ett erkännande- och verkställighetsförfarande och går därmed inte igenom någon form av granskning.¹²³ Andra skiljedomar är föremål för pågående rättsliga förfaranden och det sista har därmed inte sagts om saken.¹²⁴

Gemensamt för de skiljenämnder som grundar sin behörighet på ett BIT respektive ECT är att de uttalat sig om EU-kommissionens meddelande såväl som medlemsstaternas deklARATIONER. Gällande meddelandets uttalanden om ECT har det dels konstaterats att man inte håller med om den tolkning som EU-kommissionen gör om att *Achmea* även omfattar ECT. Dels att det inte är en bindande rättskälla och att det inte ger en auktoritativ tolkning av domen, och att även om det var en auktoritativ tolkning så är skiljenämnder under

¹²² *Foresight Luxembourg Solar I S.À.R.L. et al. v. Kingdom of Spain*, Final Award; *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic*, Final Award; *CEF Energia B.V. v. Italian Republic*, Award; *WA Investments-Europa Nova Limited v. Czech Republic*, Award; *Voltaic Network GMBH v. Czech Republic*, Award; *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. Czech Republic*, Award; *I.C.W. Europe Investments Limited v. Czech Republic*, Award; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy*, Final Award; *GPF GP S.à.r.l v. Poland*, Final Award; *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Final Award.

¹²³ UNCTAD Investment Policy Hub, 'Investment Dispute Settlement Navigator: Griffin v. Poland'; UNCTAD Investment Policy Hub, 'Investment Dispute Settlement Navigator: A.M.F. Aircraftleasing v. Czech Republic' UNCTAD Investment Policy Hub, 'Investment Dispute Settlement Navigator: Europa Nova v. Czechia'.

¹²⁴ Svea hovrätts pågående mål nr T 1626-19, T 3229-19 samt T 4236-19.

artikel 26 ECT varken upprättade i enlighet med EU-rätten eller har som uppgift att tolka och tillämpa EU-rätt.¹²⁵ Deklarationerna har inte ansetts utgöra en tolkningskälla vid tolkning av ett BIT enligt artikel 31 VCLT, utan endast ett uttryck för EU-medlemsstaternas politiska vilja att säga upp dessa traktat. Genom en språklig tolkning av deklARATIONERNAS innehåll har skiljenämnder ansett att det går att utläsa att EU-interna BITs inte har sagts upp och att de således är fortsatt ikraft och därmed utgör ett giltigt erbjudande att inleda skiljeförfarande.¹²⁶ För ECT:s del är det tvetydiga innehållet i de olika deklARATIONERNA ytterligare en anledning till att de inte bringar klarhet i om *Achmea* även omfattar ECT.¹²⁷

7.2 Skiljedomar meddelade genom EU-interna BITs

Många skiljenämnder upprättade genom ett EU-internt BIT har bemött invändningar mot dess behörighet om att förhållandet är EU-internt såväl innan *Achmea* meddelades som efter. De har då framhåvt att skiljeklausulen är intagen i en internationell traktat och ska därmed bedömas utifrån folkrätten. För giltigheten och tolkningen av skiljeklausuler intagna i internationella investeringsavtal gäller därmed VCLT.¹²⁸ Enligt VCLT:s ingress anses den kodifiera internationell sedvanerätt. Företrädesprincipen inom EU-rätten är således inte den lagvalsregel som ska tillämpas vid bedömningen av hur en sådan skiljeklausul förhåller sig till EU-rätten.¹²⁹ En skiljenämnd som är upprättad genom en internationell traktat som ett BIT verkar inte i en regional rättsordning som EU där EU-domstolens avgöranden är bindande, utan i en internationell rättsordning. EU-domstolens avgöranden är således inte bindande för en skiljenämnd upprättad genom ett BIT.¹³⁰

¹²⁵ *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic* punkt 402; *CEF Energia B.V. v. Italian Republic* punkt 98–99.

¹²⁶ *GPF GP Sàrl v. Republic of Poland* punkt 351–352, 357; *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic* punkt 334, 336, 340.

¹²⁷ *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy* punkt 436.

¹²⁸ *GPF GP Sàrl v. Republic of Poland* punkt 341; *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic* punkt 331.

¹²⁹ *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic* punkt 363.

¹³⁰ *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic* punkt 376–378; *GPF GP Sàrl v. Republic of Poland* punkt 345.

Med dessa ställningstaganden har skiljenämnder tolkat skiljeavtalet som varit aktuellt i tvisten genom VCLT och funnit att ett bilateralt investeringsavtals erbjudande att inleda skiljeförfarande är giltigt och tillämpligt.¹³¹ De skiljenämnder som framhåvt detta har haft sina säten i London, Storbritannien och Zürich, Schweiz. Skiljedomarna har meddelats under 2020.

Även vissa specifika kommentarer om skiljeklausulers förenlighet med EU-rätten och *Achmea* har gjorts i bilaterala investeringstvister. Enligt skiljenämnden i *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic* var *Achmea* centrerad kring frågan om tillämplig lag och EU-rättens fulla verkan. EU-domstolens avgörande fokuserade därför på om skiljenämnder upprättade genom skiljeklausulen i *Achmea* kunde komma att tolka och tillämpa EU-rätten. Genom att studera den aktuella lagvalsklausulen kom EU-domstolen fram till att skiljenämnden kunde komma att tolka och tillämpa EU-rätten, men inte genom ”allmänna principer i internationell rätt” som var med i lagvalsklausulen. Enligt skiljenämnden tyder inget i *Achmea* på att EU:s medlemsstater var förbjudna att erbjuda skiljeförfarande genom ett BIT som inte styrs av EU-rätten utan av det bilaterala investeringsavtalet och allmänna principer i internationell rätt.

I det BIT som skiljenämnden i *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic* var upprättad genom fanns inte en lagvalsklausul intagen. När ett BIT inte har någon lagvalsklausul intagen kan man inte utläsa att parterna till avtalet avsåg att EU-rätten skulle tillämpas, när en av dem inte ens blivit medlem i EU vid tiden för det bilaterala avtalets ingående. EU-rätten ansågs således inte vara tillämplig lag enligt det bilaterala investeringsavtalet, även om den kan komma att bli relevant lag för en tvists materiella delar. Även om *Achmea* var tillämpligt på skiljeklausulen,

¹³¹ *GPF GP Sàrl v. Republic of Poland; A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic.*

lyfter skiljenämnden att den inte automatiskt ogiltigförklarar en skiljeklausul. En sådan klausul måste sägas upp i behörig ordning enligt VCLT.¹³²

7.3 Skiljedomar meddelade genom EU-interna ECT-förfaranden

Även gällande ECT har frågan om tillämplig lag för lagvalsklausulerna varit uppe till bedömning. I *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy* var skiljenämnden tydlig med att det är skillnad mellan vilken lag som var tillämplig på tvistens materiella frågor och vilken lag som var tillämplig vid bedömningen av skiljenämndens behörighet. Lagvalsklausulen i artikel 26.6 ECT är tillämplig på tvistens materiella frågor och är inte de rättsregler som ska tillämpas när skiljenämnden avgör huruvida den är behörig att pröva tvisten. För behörighetsfrågan är tillämplig lag dels skiljeklausulen i artikel 26 ECT, som ska tolkas i enlighet med VCLT som en internationell traktat. Dels *lex arbitri* som sätter de yttre gränserna för en skiljenämnds behörighet, i detta fall svensk rätt eftersom skiljenämnden hade sitt säte i Stockholm. Yttre gränser kan vara begränsningar i skiljedomsrätt i *lex arbitri* eller att skiljeavtalet är ogiltigt. Eftersom EU-rätten är en del av svensk rätt kan även EU-rätten genom *lex arbitri* skapa sådana yttre gränser för skiljenämndens behörighet. Skiljenämnden kom däremot fram till att varken artiklarna 267 och 344 FEUF, principen om ömsesidigt förtroende, principen om EU-rättens autonomi, EU-domstolens slutsatser i *Achmea* eller medlemsstaternas efterföljande deklARATIONER medförde begränsningar i dess behörighet.¹³³

Skiljenämnder upprättade genom ECT har även gjort flera distinktioner mellan den bestämmelse som var föremål för prövning i *Achmea* och artikel 26 ECT. *Achmea* berörde ett specifikt EU-internt BIT, medan ECT är ett multilateralt avtal.¹³⁴ Lagvalsklausulen i artikel 26.6 ECT är annorlunda än den som var uppe till prövning i *Achmea* och som *Achmea* till stor del kretsade

¹³² *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic* punkt 366–369, 374–375, 379–385.

¹³³ *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy* punkt 350–444.

¹³⁴ *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic* punkt 396; *CEF Energia B.V. v. Italian Republic* punkt 92, 95–96.

kring; ”rules and principles of international law”, som är en av de rättskällor som är intagna i artikel 26.6 ECT, var inte ämnat att inkludera EU-rätt utan syftar på folkrätten. En skiljenämnd under artikel 26 ECT har således inte fått i uppdrag att tolka och tillämpa EU-rätt som i *Achmea*.¹³⁵

Det har även framhävts att *Achmea* har begränsad tillämpning och gäller endast ”en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna som artikel 8”¹³⁶ i det BIT som var uppe till prövning i *Achmea*. Detta stänger inte dörren för multilaterala avtal som ECT som inte är ingångna endast mellan medlemsstater utan är ett blandat avtal ingånget av såväl EU som eget organ som samtliga EU-medlemsstater och stater som inte är medlemmar i EU.¹³⁷ Detta överensstämmer med generaladvokatens slutsats i sitt förslag till avgörande om att ECT och dess skiljeklausul gäller mellan EU:s medlemsstater. EU-domstolen hade möjlighet att adressera generaladvokatens slutsats om ECT, men valde att inte nämna ECT i sitt avgörande. Skiljenämnder har därför tillämpat generaladvokatens yttrande om ECT.¹³⁸

7.4 Slutsatser

Till skillnad från nationella domstolar har skiljenämnder alltså funnit att en stats erbjudande genom ett EU-internt BIT till en investerare att inleda skiljeförfarande är fortsatt giltigt och tillämpligt. De argument som lyfts för denna slutsats kommer diskuteras närmre nedan. Flera skiljedomar är emellertid föremål för ogiltighets- och klanderprocesser, och de slutsatser som dragits om skiljenämndernas behörighet bör därför beaktas med viss försiktighet. Det är även värt att ha i åtanke att även om det kan konstateras att EU-rätten medför att en skiljedom inte är verkställbar, kan andra domstolar utanför EU komma till en annan slutsats. Det finns därmed ett syfte för skiljenämnder att

¹³⁵ *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic* punkt 397; *CEF Energia B.V. v. Italian Republic* punkt 96.

¹³⁶ C-284/16 *Achmea* punkt 62.

¹³⁷ *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic* punkt 398; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy* punkt 428–429.

¹³⁸ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain* punkt 679–682; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. et al. v. Kingdom of Spain* punkt 220; *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic* punkt 399; *CEF Energia B.V. v. Italian Republic* punkt 76, 97; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy* punkt 432.

inta ett folkrättsligt istället för ett EU-rättsligt perspektiv vid bedömningen av dess behörighet, eftersom verkställighet kan sökas på annan plats.

Vänder man sig till frågan om lagval kan man konstatera att skiljenämnderna har en poäng med att lagvalsklausuler ofta syftar till att reglera det materiella i tvisten och inte det processuella. För att återkoppla till avsnitt 2.2 så måste ett lagval för skiljeavtalet uttryckligen avse skiljeavtalet enligt svensk rätt. Ett lagval som inte är specificerad anses som regel avse den materiella delen av tvisten. Innehåller ett BIT en lagvalsklausul är den sällan specificerad, varvid den enligt svensk rätt presumeras avse tvistens materiella del. Enligt svensk rätt hade därmed artikel 8.6 i det BIT som var föremål för prövning i *Achmea* avsett tvistens materiella del, och inte giltigheten av skiljeavtalet. Det är samtidigt inte det som EU-domstolen hävdar i *Achmea*, utan den tar sikte på att EU-rätten kan komma att tolkas och tillämpas i förfarandet genom en sådan lagvalsklausul.

Det skiljenämnden i *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy* framhåller om tillämplig lag i tvister under ECT stämmer även för tvister under ett BIT med säte i Sverige. Eventuella ospecificerade lagvalsklausuler intagna i avtalet gäller för de materiella frågorna i tvisten. För de processuella frågorna, som den om skiljenämndens behörighet, får man studera tvingande regler i *lex arbitri*, för svensk rätts del LSF, samt vad parterna har avtalat om som inte strider mot de tvingande bestämmelserna. Har parterna inte avtalat om tillämplig lag för skiljeavtalet gäller svensk rätt som *lex arbitri* när det ska avgöras om skiljeavtalet var giltigt. Som tidigare nämnts i 2.2 så har Svea hovrätt vid frågan om ett giltigt skiljeavtal träffats mellan parter som tvistat under ECT tillämpat VCLT som tolkningsregler. Eftersom ett BIT också är en internationell traktat är det sannolikt att VCLT även ska tillämpas vid tolkningen av ett skiljeavtal som uppstått genom ett sådant avtal, som framhävts i skiljedomar. Högsta domstolen har å andra sidan i sitt protokoll till EU-domstolen konstaterat att allmänna avtalsrättsliga regler ska tillämpas vid tolkningen av om ett giltigt skiljeavtal ingåtts, men har inte närmre utvecklat något resonemang om

det.¹³⁹ I och med att skiljebundenhet mellan parterna inte anses uppkomma genom själva skiljeklausulen som är intagen i den internationella traktaten utan genom att en investerare accepterar erbjudandet genom att inleda skiljeförfarande är det inte säkert att VCLT ska utgöra de tillämpliga tolkningsprinciperna. Själva skiljeavtalet är inte intaget i en internationell traktat utan är en kombination av erbjudandet i en internationell traktat och en påkallandeskrift av investeraren. Det får därmed anses råda viss oklarhet om vilka tolkningsprinciper som ska tillämpas när man ska tolka ett skiljeavtal i en investeringsvist med säte i Sverige. EU-domstolens dom *Achmea* för dock inget resonemang om detta. Eftersom EU-domstolen vid tolkningar inte är ovan vid att använda sig av VCLT går det med viss säkerhet att konstatera att detta inte är vad domen träffar och uttrycker principer kring.

Det lär inte finnas några indikationer i själva skiljeklausulen i ett BIT eller i ECT som tyder på att EU-rätten var ämnad att tillämpas på förfarandet eller skiljeavtalet, främst med tanke på att dessa avtal ingåtts innan båda stater var medlemmar i EU. Har skiljenämnden sitt säte inom EU, till exempel i Sverige, får emellertid EU-rätten betydelse även för processuella frågor och för skiljeavtalet, om inte annat avtalats. Det faktum att en skiljenämnd verkar i en internationell rättsordning medför inte en annan bedömning. De principer som kan utläsas ur *Achmea* får likt tidigare rättspraxis av EU-domstolen som omnämnts i 2.3 en processuell betydelse. Tvingande regler i *lex arbitri* ska skiljeförfarandet förhålla sig till för att inte riskera att skiljedomen den meddelar blir föremål för en klander- eller ogiltighetstalan. De skiljenämnder som kommit fram till denna slutsats hade emellertid sina säten i Schweiz, alltså utanför EU, och i Storbritannien, som när domen meddelades var i övergångsperioden efter att ha lämnat EU. Slutsatserna kan därmed mycket väl vara korrekta i deras förfaranden, men är mindre korrekt i ett förfarande med säte i Sverige.

¹³⁹ Högsta domstolen, protokoll 2020-02-04 i mål nr T 1569-19 punkt 40.

Som skiljenämnden i *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic* framhåvt så kan EU-rätten bli aktuell att tillämpa i tvistens materiella del, även utan en lagvalsklausul som den i artikel 8.6. Såväl ett skiljeförfarande under ett BIT med en sådan lagvalsklausul som ett skiljeförfarande under ett BIT utan en sådan lagvalsklausul kan alltså komma att tolka och tillämpa EU-rätt i tvistens materiella del. EU-domstolens konstaterande i *Achmea* om att EU-rätten kan komma att tolkas och tillämpas avsåg själva tvisten, vilket lär avse den materiella delen. Det är därmed inte avgörande vad parterna har avsett i skiljeklausulen för att EU-rätten kan komma att tolkas och tillämpas.

Skiljedomar ger stöd för att ECT inte omfattas av principerna i *Achmea*. Det faktum att medlemsstaterna i 16 januari-deklarationen hänvisade till dem när de tog ställning för ECT stärker till viss del deras tolkning av *Achmea*, åtminstone på så sätt att frågan inte slutligen avgjorts. Detta kan anses gälla särskilt när Sverige är säte för skiljeförfarandet, eftersom Sverige undertecknade deklarationen med denna hållning.

EU-domstolens avgörande i *Achmea* utgick från förhållandena i fallet. Det faktum att lagvalsklausulen i ECT inte är likadan som den i *Achmea* är emellertid inte den avgörande faktorn. En skiljenämnd under ECT kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt, och EU-rätten blir, likt under skiljeförfaranden genom ett BIT, aktuellt som *lex arbitri* om sätet är inom EU. Många förhållanden i *Achmea* kan därmed översättas till ett skiljeförfarande under ECT. Den stora distinktionen är dock, som framhävts av skiljenämnder, att ECT inte är ett avtal endast mellan medlemsstaterna. Det är därmed inte säkert att ett skiljeförfarande under ECT kränker de EU-rättsliga principer EU-domstolen lyfter i *Achmea*, såsom principen om lojalt samarbete eftersom ECT kan ses som ett lojalt samarbete inom EU. Eftersom dessa principer intar en central roll i EU-domstolens avgörande går det inte att automatiskt hävda att ECT omfattas av detta resonemang när det är ett EU-rättsligt samarbete och inte ett bilateralt samarbete. Detta särskilt också med tanke på att generaladvokaten yttrade sig för ECT, medan EU-domstolen inte adresserade det.

8 Sammanfattande synpunkter

Genom EU-domstolens dom *Achmea* och Bundesgerichtshofs avgörande går det att konstatera att EU-rätten utgjorde hinder mot skiljeklausulen i det BIT som prövades. Skulle ett skiljeförfarande med säte i Sverige inledas som grundar sig på en skiljeklausul i ett EU-internt BIT och som innehåller en lagvalsklausul som den i *Achmea* är det tydligt att det inte föreligger ett giltigt skiljeavtal mellan parterna, förutsatt att staten gör en sådan invändning i tid. Vad som däremot är mindre klart är om detta även föreligger utan några av de särskilda omständigheter som förelåg i *Achmea*, såsom utan en sådan lagvalsklausul, utan en invändning mot behörigheten eller om det är ett EU-internt ECT-förfarande istället.

EU-domstolen gör inte en utförlig bedömning av lagvalsklausulen i artikel 8.6 i det BIT som var uppe till prövning i *Achmea*. Det har dock konstaterats att det är risken att EU-rätten kan komma att tolkas och tillämpas i en EU-intern investeringstvist som för EU-domstolen vidare i sitt resonemang och slutligen till domslutet som medför att EU-rätten utgör hinder mot en sådan skiljeklausul. Att EU-rätten kan komma att tolkas och tillämpas i ett sådant förfarande får anses vara en sådan relevant omständighet som ska föreligga för att principerna i *Achmea* ska bli aktuella. Frågan som därmed uppstått har varit huruvida detta medför att en sådan lagvalsklausul måste finnas intagen eller inte. Där har olika argument för såväl som mot lyfts av olika rättskällor. De två nationella domstolar som tillämpat *Achmea* har båda bedömt en skiljeklausul med en sådan lagvalsklausul, och har därmed inte behandlat frågan specifikt. Bundesgerichtshof har emellertid antytt att en skiljenämnd även utan en sådan lagvalsklausul har att beakta EU-rätten. Likaså har doktrin hänvisat till att tvingande EU-rätt inte kan undvikas genom lagval. Även en skiljenämnd har hävdat att EU-rätten kan komma att beaktas utan en sådan lagvalsklausul. En sådan lagvalsklausul är således inte en förutsättning för att EU-rätten kan komma att tolkas och tillämpas i ett skiljeförfarande. Då EU-domstolen endast använder lagvalsklausulen för att ta fasta på att EU-

rätten kan komma att tolkas och tillämpas, vilket får anses vara det relevanta, så lär en sådan lagvalsklausul inte vara en nödvändig omständighet för att *Achmea* ska vara tillämplig. Detta vinner även stöd i EU-kommissionens meddelande och samtliga deklARATIONER gjorda av medlemsstaterna, även om dessa källors betydelse kan ifrågasättas. Med detta sagt så har det dock hävdats att EU-rätten ska tolkas och tillämpas i förfarandet för att detta ska bli aktuellt. EU-domstolen uttrycker sig dock endast genom ordet ”kan”, vilket således tyder på att man tar fasta på möjligheten att EU-rätten tolkas och tillämpas, inte att den rent faktiskt gör det i det enskilda fallet. Vidare så för inte EU-domstolen något resonemang om det materiella i tvisten utan håller sig endast till tvistens processuella delar, vilket även nationella domstolar gjort när de tillämpat principerna. Det som även talar för denna bedömning är att EU-domstolen tar fasta på viktiga EU-rättsliga principer. Dessa kan komma att vara lika aktuella även utan en sådan lagvalsklausul och endast med risken att EU-rätten kan komma att tolkas och tillämpas. Med detta sagt tyder det mesta således på att det inte förutsätts att en sådan lagvalsklausul är intagen i ett EU-internt BIT för att *Achmea* ska vara tillämplig.

Utifrån domslutet i *Achmea* och nationella domstolars tillämpning av domens principer är det tydligt att *Achmea* tar sikte på själva skiljeavtalet mellan parterna. EU-domstolen bygger till exempel inte vidare på sin praxis om *ordre public*, och för som tidigare nämnts inte något resonemang om tvistens materiella delar som signalerar att tvisten inte är skiljedomsrättslig. Även EU-kommissionens meddelande och medlemsstaternas deklARATIONER tar sikte på att själva erbjudandet inte är giltigt. Det görs inga uttalanden om giltigheten av ett eventuellt senare samtycke till skiljeförfarande som det konkludenta handlande av Polen som är uppe till prövning i Högsta domstolen just nu. Dessa frågor är, som Svea hovrätt fann, typiskt sett skiljedomsrättsliga, och inget medför en ogiltigförklaring på grund av *ordre public* genom dessa omständigheter. I och med att *Achmea* tar sikte på själva skiljeklausulen i EU-interna investeringstvister talar mycket för att bestämmelser som att det inte finns något formkrav eller att skiljeavtalet är föremål för preklusion är till-

lämpliga på sådana förfaranden. EU-domstolen har i tidigare prejudikat uttalat sig om interna processuella regler. I en dom har domstolen uttryckt att EU-rätten inte medför att en nationell domstol ska underlåta att tillämpa interna processuella regler och då hänvisat till en tidsfrist att väcka klandertalan. I ett annat prejudikat har EU-domstolen uttryckt att obalansen i en konsumenttvist medför att en bestämmelse om att en invändning om skiljeavtalets giltighet ska göras inom viss tid inte utgjorde hinder mot prövningen. EU-domstolen hänvisade inte till dessa principer i *Achmea*. I *Achmea* hade dock Slovakien presenterat sin invändning i tid, till skillnad från Polen i *PL Holdings*. Det kan konstateras att Polen inte kan anses vara i en skyddsvärd position som en konsument, varvid det inte kan anses motiverat att göra ett undantag från regler om att en viss invändning ska presenteras i tid. Detta talar starkt för att interna processuella regler som den om preklusion inte hindras av EU-rätten. Detta går emellertid inte att säga med säkerhet förrän EU-domstolen meddelat förhandsavgörande i målet.

I takt med att stater ratificerar upphävningsavtalet minskar dock antalet EU-interna BITs. Genom sådan upphävning råder det ingen osäkerhet om huruvida skiljeklausulen är giltig eller inte, vilket det får anses göra idag med tanke på att skiljenämnder fortsatt finner sig behöriga att pröva EU-interna tvister. Det finns dock en möjlighet att sådana skiljedomar trots *Achmea* kan verkställas utanför EU. Med Sverige som säte för skiljeförfarandet är det dock tydligt att EU-rätten får en betydelse genom *lex arbitri* och utgör hinder mot sådana erbjudanden till investerare i EU-interna BITs.

Gällande EU-interna ECT-förfaranden har det konstaterats att sådana förfaranden på många sätt liknar de skiljeförfaranden som upprättas genom ett EU-internt BIT. EU-rätten kan komma att tolkas och tillämpas i den materiella delen av tvisten, samma omständigheter föreligger för att en sådan skiljenämnd inte ska anses utgöra en domstol i en medlemsstat, dessa förfaranden är också endast föremål för en begränsad prövning i nationell domstol och skiljebundenhet uppstår genom att en investerare antar det erbjudande staten

genom avtalet har meddelat. Samtidigt är såväl EU som nästan alla medlemsstater part till ECT, vilket gör att det inte är en tvistlösningsmekanism som endast medlemsstater ingått som undandrar tvisten från att säkerställa EU-rättens fulla verkan. EU-domstolen nämner inte ECT eller andra multilaterala avtal utan fokuserar i *Achmea* på ett EU-internt BIT. EU-domstolen erinrar däremot om att ett internationellt avtal som upprättar en domstol som tolkar avtalets bestämmelser, som ECT lär anses vara, som princip inte är oförenligt med EU-rätten, så länge EU-rättens autonomi iaktas. I *Achmea* undergrävdes EU-rättens autonomi och principen om lojalt samarbete, bland annat på grund av att avtalet inte ingåtts av EU utan av medlemsstaterna och för att organet inte var en del av EU:s domstolssystem. Det är inte säkert att detta är över-sättbart till ECT eftersom det har ingåtts av EU, vilket kan innebära att det även är en del av EU:s domstolssystem.

Generaladvokatens yttrande i frågan talar för att ECT inte omfattas av principerna i *Achmea*. Generaladvokaten gjorde samtidigt en helt annan bedömning än EU-domstolen i övriga frågor, vilket försvagar tolkningskällans betydelse. EU-kommissionen har meddelat att ECT omfattas, men även vikten av denna tolkningskälla kan ifrågasättas. Majoriteten av EU:s medlemsstater har gjort samma bedömning som EU-kommissionen. Sverige är dock en av de medlemsstater som ansett att det inte är på sin plats att säga att *Achmea* även omfattar ECT när skiljenämnder kommit till en annan bedömning och ett pågående mål avgörs i nationell domstol. För svensk rätts del lär ett sådant uttalande av regeringen endast vara ett uttryck för en politisk vilja. Ett sådant uttalande är således inte bindande för en svensk domstol.

Det faktum att EU-domstolen dömer utifrån förhållandena i det enskilda fallet talar starkt för att ECT inte automatiskt kan anses omfattas av domen. I och med att de EU-rättsliga principerna som EU-domstolen återger i *Achmea* har en så pass central roll är det svårt att säga att *Achmea* ska tillämpas på EU-interna ECT-förfaranden. Detta särskilt med tanke på att det enda EU-domstolen återger kring andra avtal än just detta BIT är ett uttryck för att det som princip inte är oförenligt med EU-rätten. Med tanke på att det är själva formen

på skiljeavtalet som emellertid omfattas av EU-domstolens dom, är det möjligt att samma bedömning kan komma att göras i framtiden. Som rättsläget ser ut idag går det dock inte att med säkerhet dra den slutsatsen, utan det kräver ett förtydligande av EU-domstolen.

Den generella rättsregeln som kan dras från *Achmea* är således att en medlemsstats erbjudande till investerare i ett EU-internt BIT inte är giltigt. Denna rättsregel får anses gälla samtliga EU-interna BITs. Omständigheterna i ett ECT-förfarande skiljer sig dock så pass mycket att principerna i *Achmea* i nuläget inte kan anses omfatta sådana skiljeförfaranden.

Angående domens betydelse i ett processuellt hänseende, har det konstaterats att *Achmea* handlar om formen för skiljeavtalet som erbjuds i ett EU-internt BIT. Mycket talar därmed för att svenska processuella bestämmelser om skiljeavtal därmed är fortsatt tillämpliga. Så länge ett samtycke inhämtas så en gemensam partsvilja föreligger, likt ett kommersiellt skiljeförfarande, kan en investerare inleda skiljeförfarande mot en medlemsstat eftersom *Achmea* inte tar sikte på skiljedomsrätt eller *ordre public*.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Sverige

Prop. 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande.

Prop. 2017/18 En modernisering av lagen om skiljeförfarande.

EU-kommissionen

Kommissionens meddelande – Skydd för EU-interna investeringar, KOM(2018) 547 slutlig.

Övrigt

Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, Bryssel 15 januari 2019, tillgänglig på <ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en> (besökt 2020-11-11).

Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January on the Enforcement of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, Bryssel 16 januari 2019, tillgänglig på <www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf> (besökt 2020-11-10).

Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019 on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, Bryssel 16 januari 2019, tillgänglig på <2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf#!DocumentBrowse> (besökt 2021-02-26).

Övriga källor

International Energy Charter, ‘Members and Observers to the Energy Charter Conference’ <www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/> (besökt 2020-12-21).

Europeiska kommissionen, 'Commission presents EU proposal for modernising Energy Charter Treaty' <trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148> (besökt 2021-01-26).

Europeiska rådet, 'Europeiska unionens fördrag och avtal: Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union' <www.consilium.europa.eu/sv/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en> (besökt 2021-03-04).

UNCTAD Investment Policy Hub, 'Investment Dispute Settlement Navigator: A.M.F. Aircraftleasing v. Czech Republic' <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/764/a-m-f-aircraftleasing-v-czech-republic> (besökt 2021-01-06).

UNCTAD Investment Policy Hub, 'Investment Dispute Settlement Navigator: Europa Nova v. Czechia' <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/528/europa-nova-v-czechia> (besökt 2021-01-06).

UNCTAD Investment Policy Hub, 'Investment Dispute Settlement Navigator: Griffin v. Poland' <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/614/griffin-v-poland> (besökt 2021-01-06).

Litteratur

Baltag, Crina – Dudas, Stefan: 'Chapter 3: Achmea, Arbitral Tribunals and the ECT: Modernisation or Regression?', i: Stanič, Ana – Baltag, Crina (red.), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra -EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*. Kluwer Law International 2020 s. 23–42.

Bernitz, Ulf – Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*. 6 uppl., Nordstedts juridik 2018.

Bernitz, Ulf: 'Europarätten', i: Bernitz, Ulf m.fl. (red.), *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*. 15 uppl., Nordstedts Juridik 2020 s. 57–89.

Bilanová, Anna – Kudrna, Jaroslav: 'Achmea: The End of Investment Arbitration as We Know It?', i: Mistelis, Loukas – Lavranos, Nikos (red.), *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3 2018. Brill-Nijhoff 2018 s. 261–281.

Blanck, John I.: 'Slovak Republic v. Achmea BV: The Death Knell for Intra-EU BITs?'. *ASIL Insights* 2018, vol. 22 nr 8, tillgänglig på <www.asil.org/insights/volume/22/issue/8/slovak-republic-v-achmea-bv-death-knell-intra-eu-bits> (besökt 2020-12-26) (cit. Blanck, Slovak Republic v. Achmea BV: The Death Knell for Intra-EU BITs?).

Dolzer, Rudolf – Schreuer, Christoph: *Principles of International Investment Law*. 2 uppl., Oxford University Press 2012.

Fanou, Maria: 'Intra-European Union investor-State arbitration post-*Achmea*: RIP? An assessment in the aftermath of the Court of Justice of the European Union, Case C-284/16, *Achmea*, Judgement of 6 March 2018, EU:C:2018:158'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2019, vol. 26 nr 2, s. 316–340.

Gáspár-Szilágyi, Szilárd – Usynin, Maxim: 'Chapter 2: The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's *Achmea* Judgment', i: Mistelis, Loukas – Lavranos, Nikos (red.), *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 4 2019. Brill-Nijhoff 2019 s. 29–65.

Hess, Burkhard: 'The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice'. *MPILux Research Paper Series* 2018, nr 3.

Hettne, Jörgen – Otken Eriksson, Ida (red.): *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. 2 uppl., Nordstedts juridik 2011.

Hjertstedt, Mattias: 'Beskrivningar av rättsdogmatisk metod – Om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt', i: Mannelquist, Ruth – Ingmanson, Staffan – Ulander-Wänman, Carin (red.), *Festskrift till Örjan Edström*. Juridiska institutionen, Umeå universitet 2019 s. 165–173.

Jareborg, Nils: 'Rättsdogmatik som vetenskap'. *SvJT* 2004 s. 1–10.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria – Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Studentlitteratur 2018 s. 21–46.

Lindell, Bengt: *Alternativ till rättskipning: förhandling, medling, processförlikning, tvistlösningsnämnder och skiljeförfarande*. Iustus förlag 2020.

Lindskog, Stefan: *Skiljeförfarande*. 1 maj 2020, JUNO.

McLachlan, Campbell – Shore, Laurence – Weiniger, Matthew: *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. 2 uppl., Oxford University Press 2017.

Nagy, Csongor István: 'Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After *Achmea*: "Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back"'. *German Law Journal* 2018, vol. 19 nr 4, s. 981–1016 (cit. Nagy, Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After *Achmea*).

Nagy, Csongor István: 'Introduction: Intra-EU BITs after *Achmea* – a cross-cutting issue', i: Nagy, Csongor István (red.), *Investment Arbitration in Central and Eastern Europe – Law and Practice*. Edward Elgar Publishing 2019 s. 1–13 (cit. Nagy, Intra-EU BITs after *Achmea* – a cross-cutting issue).

Reichel, Jane: 'EU-rättslig metod', i: Nääv, Maria – Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Studentlitteratur 2018 s. 109–142.

Sabahi, Borzu – Rubins, Noah – Wallace, Don Jr.: *Investor-State Arbitration*. 2 uppl., Oxford University Press 2019.

Talus, Kim – Särkänne, Katariina: 'Chapter 2: Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investments in the EU', i: Stanič, Ana – Baltag, Crina (red.), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra -EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*. Kluwer Law International 2020 s. 9–22.

Thornton, Jennifer: 'Chapter 10: How Do You Solve a Problem Like Achmea?: The Enforcement of Intra-EU Investment Agreement Awards in US Courts', i: Stanič, Ana – Baltag, Crina (red.), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra -EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*. Kluwer Law International 2020 s. 163–178.

Triantafylou, Epaminontas E. – Pusztai, David: 'Chapter 4: Achmea, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law: The Way Forward', i: Stanič, Ana – Baltag, Crina (red.), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra -EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*. Kluwer Law International 2020 s. 43–62.

Wierzbowski, Marek – Gubrynowicz, Aleksander: 'Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions', i: Binder, Christina m.fl. (red.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press 2009 s. 544–560.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-102/81 *Nordsee mot Reederei Mond*, EU:C:1982:107.

C-109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening, som för talan för Danfoss*, EU:C:1989:383.

C-126/97 *Eco Swiss*, EU:C:1999:269.

C-125/04 *Denuit och Cordenier*, EU:C:2005:69.

C-295/04 – C-298/04 *Manfredi m.fl.*, EU:C:2006:461.

C-555/13 *Merck Canada*, EU:C:2014:92.

C-168/05 *Mostaza Claro*, EU:C:2006:675.

C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, EU:C:2014:1754.

GA Wathelet i C-284/16 *Achmea*, EU:C:2017:699.

C-284/16 *Achmea*, EU:C:2018:158.

Sverige

Högsta domstolen

NJA 2010 s. 508.

NJA 2012 s. 790.

NJA 2013 s. 578.

NJA 2015 s. 438.

Högsta domstolen, protokoll 2020-02-04 i mål nr T 1569-19.

Svea hovrätt

Republiken Kazakstan mot Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati och Terra Raf Trans Trading Ltd. Svea hovrätt, dom 2016-12-09 i mål nr T 2675-14.

Republiken Polen mot PL Holdings S.á.r.l. Svea hovrätt, dom 2019-02-22 i mål nr T 8538-17 och T 12033-17.

Konungariket Spanien mot Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR, mål nr T 4658-18 (pågående mål).

Konungariket Spanien mot Foresight Luxembourg Solar 1 S.á.r.l. m.fl. Svea hovrätt, mål nr T 1626-19 (pågående mål).

Republiken Italien mot Athena Investments A/S (tidigare Greentech Energy Systems A/S) m.fl. Svea hovrätt, mål nr T 3229-19 (pågående mål).

Republiken Italien mot CEF Energia B.V. Svea hovrätt, mål nr T 4236-19 (pågående mål).

Tyskland

Bundesgerichtshof, Högsta förbundsdomstolen i Tyskland

Republiken Slovakien mot Achmea B.V. BGH, 31 oktober 2018, I ZB 2/15, ECLI:DE:BGH:2018:311018BIZB2.15.0.

Skiljeförfaranden

Säte i Schweiz

WA Investments-Europa Nova Limited v. Czech Republic, PCA Mål nr. 2014-19, Award, 15 maj 2019, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/528/europa-nova-v-czechia> (besökt 2021-01-03).

Voltaic Network GMBH v. Czech Republic, PCA Mål nr. 2014-20, Award, 15 maj 2019, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/530/voltaic-network-v-czechia> (besökt 2021-01-03).

Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. Czech Republic, PCA Mål nr. 2014-21, Award, 15 maj 2019, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/529/photovoltaik-knopf-v-the-czech-republic> (besökt 2021-01-03).

I.C.W. Europe Investments Limited v. Czech Republic, PCA Mål nr. 2014-22, Award, 15 maj 2019, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/531/i-c-w-v-czechia> (besökt 2021-01-03).

A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic, PCA Mål nr. 2017-15, Final Award, 11 maj 2020, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/764/a-m-f-aircraftleasing-v-czech-republic> (besökt 2021-01-03).

Säte i Storbritannien

GPF GP Sàrl v. Republic of Poland, SCC Mål nr. V 2014/168, Final Award, 29 april 2020, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/614/griffin-v-poland> (2021-01-03).

Säte i Sverige

PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland, SCC Mål nr. V 2014/163, Partial Award, 28 juni 2017, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/613/pl-holdings-v-poland> (besökt 2020-11-26).

Foresight Luxembourg Solar I S.À.R.L. et al. v. Kingdom of Spain, SCC Mål nr. V 2015/150, Final Award, 14 november 2018, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/837/foresight-and-others-v-spain> (besökt 2020-11-25).

Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic, SCC Mål nr. V 2015/095, Final Award, 23 december 2018, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/634/greentech-and-no-venergia-v-italy> (besökt 2020-11-25).

CEF Energia B.V. v. Italian Republic, SCC Mål nr. V 2015/158, Award, 16 januari 2019, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/770/cef-energia-v-italy> (besökt 2020-11-26).

Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italian Republic, SCC Mål nr. V 2016/32, Final Award, 25 mars 2020, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/830/sun-reserve-v-italy> (besökt 2021-01-02).

Säte i Tyskland

Eureko B.V. v. The Slovak Republic, PCA Mål nr. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 oktober 2010, tillgänglig på <pca-cpa.org/en/cases/28/> (besökt 2020-11-25).

Achmea B.V. v. The Slovak Republic, PCA Mål nr. 2008-13, Final Award, 7 december 2012, tillgänglig på <pca-cpa.org/en/cases/28/> (besökt 2020-11-25).

Övrigt

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Mål nr. ARB/14/1, Award, 16 maj 2018, tillgänglig på <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/593/masdar-v-spain> (besökt 2021-01-03).