



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Philip Sänneskog

## Skiljeförfaranden vid EU-interna investeringstvister

En analys av rättslägets utveckling efter domen C-284/16 Achmea

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Ulf Maunsbach

Termin: VT 2023

# Innehållsförteckning

<b>Abstract</b> .....	2
<b>Sammanfattning</b> .....	4
<b>Förord</b> .....	5
<b>Förkortningar</b> .....	6
<b>1 Inledning</b> .....	8
<b>1.1 Bakgrund</b> .....	8
<b>1.2 Syfte och frågeställningar</b> .....	9
<b>1.3 Avgränsningar</b> .....	9
<b>1.4 Metod och material</b> .....	11
<b>1.5 Disposition</b> .....	14
<b>2 Investeringstvister och skiljeförfaranden</b> .....	16
<b>2.1 Historisk bakgrund</b> .....	16
<b>2.2 Modern tid</b> .....	17
<b>2.3 EU:s perspektiv</b> .....	18
<b>2.4 Skiljeförfarande som tvistlösningsmetod</b> .....	19
<b>3 Achmea</b> .....	21
<b>3.1 Bakgrund</b> .....	21
<b>3.2 Domskal</b> .....	22
3.2.1 Tolkar skiljenämnden unionsrätt? .....	24
3.2.2 Är skiljenämnden en del av unionens domstolssystem? .	24
3.2.3 Likheter med kommersiella skiljeförfaranden .....	26
<b>3.3 Tolkningar i doktrin</b> .....	28
3.3.1 Distinktionen mellan investeringsskiljeförfaranden och kommersiella skiljeförfaranden .....	29
<b>4 Energistadgefördraget</b> .....	33
<b>4.1 Tidsfristklausulen</b> .....	34
<b>4.2 Komstroy</b> .....	35
<b>4.3 EU:s försök att modernisera ECT</b> .....	37
<b>5 Ad hoc-skiljeförfaranden</b> .....	41
<b>5.1 PL Holdings</b> .....	41
<b>6 Analys och slutsatser</b> .....	48
<b>Käll- och litteraturförteckning</b> .....	53
<b>Rättsfallsförteckning</b> .....	58

# Abstract

In C-284/16 *Achmea*, the European Court of Justice ruled that an arbitration clause in a bilateral investment treaty between two member states of the European Union was invalid and that the arbitral award resulting from the arbitration should therefore be declared invalid. The Court stated that arbitration clauses in investment agreements between two member states constitute an agreement to remove a dispute concerning the interpretation and application of Union law from the court system that the Union built up through its treaties. Therefore, such a clause contravenes Articles 267 and 344 TEU and undermines the autonomy of the EU legal order.

The ruling sent shock waves throughout the EU, but left many questions open to interpretation. It has now been five years since the judgment was handed down and the EU Court of Justice has both strengthened and clarified the precedent that was introduced in *Achmea*. It is clear that the principles from *Achmea* are not only to be applied in cases where the circumstances are directly comparable to those in *Achmea*, but that the precedent has a wide scope in its applicability. Through the *Komstroy* judgment, the European Court of Justice has made it clear that intra-EU investment disputes under the multilateral Energy Charter Treaty shall not be resolved by arbitration, and that the treaty's arbitration clause is invalid between the Union's member states.

After *Achmea* and *Komstroy*, the institutions of the EU have been working to dissolve all intra-EU BITs, and to modernize the Energy Charter Treaty to make it compatible with the EU legal order. The dissolution of intra-EU BITs was effective, but the EU failed to gain sufficient support for its modernization proposal and the future of the Energy Charter Treaty is therefore still uncertain. Several of the EU's member states have expressed their intentions to leave the treaty. There are strong signs that the EU Commission plans to propose to the member states to leave the treaty in a coordinated manner, something the EU Parliament has encouraged. The Commission's official stance is still that they are working to get their modernization proposal passed, but a change in the Commission's stance is expected in 2023.

In the *PL Holdings* judgment, the European Court of Justice confirmed the strength of the precedent rule from *Achmea* when they ruled that an ad hoc arbitration agreement, with identical wording as an invalid arbitration clause between two Member States and which was entered into in order to be able to enforce the invalid clause, is also invalid. In practice, this means that the precedent rule in *Achmea* overrules § 34, section two, in the Swedish

Arbitration Act and that the general preclusion rule in Swedish law cannot be used to exclude an investment dispute from the EU legal order.

## Sammanfattning

I C-284/16 *Achmea* slog EU-domstolen fast att en skiljeklausul i ett bilateralt investeringsavtal mellan två medlemsstater i den Europeiska unionen var ogiltigt och att den skiljedom som följde av avtalet därav skulle ogiltigförklaras. Domstolen ansåg att skiljeklausuler i investeringsavtal mellan två medlemsstater utgör en metod för att undandra en tvist som rör tolkning och tillämpning av unionsrätt från det domstolssystem som unionen byggt upp genom fördragen. Därför strider en sådan klausul mot artiklarna 267 och 344 i FEU och undergräver autonomi i EU:s rättsordning.

Domen sände chockvågor genom EU, men lämnade många frågor öppna för tolkning. Det har nu gått fem år sedan domen föll och EU-domstolen har både befast och förtydligat den prejudikatregel som introducerades i *Achmea*. Det står klart att principerna från *Achmea* inte enbart ska tillämpas i sådana fall där omständigheterna är direkt jämförbara med de i *Achmea*, utan att prejudikatet har ett brett tillämpningsområde. Genom domen *Komstroy* har EU-domstolen klargjort att EU-interna investeringstvister under det multilaterala energistadgefördraget inte får lösas genom skiljeförfarande, och att fördragets skiljeklausul därav är ogiltig mellan unionens medlemsstater.

Efter *Achmea* och *Komstroy* har EU:s institutioner arbetat med att upplösa alla EU-interna BIT, och modernisera energistadgefördraget för att göra det förenligt med unionsrätten. Upplösandet av EU-interna BIT gick effektivt, men EU misslyckades med att få tillräckligt stöd för sitt moderniseringsförslag och framtiden för energistadgefördraget är därför ännu osäker. Flera av EU:s medlemsstater har uttryckt sina intentioner att lämna fördraget. Det finns även starka tecken på att EU-kommissionen planerar att föreslå för medlemsstaterna att koordinerat lämna fördraget, något EU-parlamentet står bakom. EU-kommissionens officiella hållning är fortfarande att de arbetar för att få igenom sitt moderniseringsförslag, men en stor förändring i EU-kommissionens inställning väntas under 2023.

I domen *PL Holdings* befaste EU-domstolen kraften i prejudikatet från *Achmea* när de slog fast att ett *ad hoc*-skiljeavtal, med identisk ordalydelse som en ogiltig skiljeklausul mellan två medlemsstater och som ingåtts för att kunna tillämpa den ogiltiga klausulen, även det är ogiltigt. I praktiken innebär detta att prejudikatregeln i *Achmea* står över 34 § andra stycket i lagen om skiljeförfarande och att den allmänna preklusionsregeln i svensk rätt inte kan användas för att undandra en investeringstvist från unionens domstolssystem.

# Förord

Ett förord betraktas ofta som slutet på någonting. En lång process som har kommit till sin ända. Men i skrivande stund är det verkligen inte så jag känner. Jag må ha lagt flera månader på denna uppsats, men dessa månader har samtidigt bara varit en början på min långa karriär inom juridiken. Parallellt med skrivandet har jag arbetat, sprungit runt på anställningsintervjuer, hittat lägenhet i en helt ny stad och nu till och med påbörjat min första anställning inom juridiken. Därför går mitt första tack till alla på Advokatfirman Aldo som gett mig en otrolig möjlighet, men även tagit emot mig med öppna armar.

Mitt andra tack följer samma tema och riktas till varenda kollega jag haft på Stadium Center Syd de senaste fyra åren. Kollegor som har varit fantastiska på att ge mig något annat att tänka på än lagparagrafer vid precis rätt stunder. Jag må ha valt en annan karriär, men en del av mig kommer alltid stå kvar där nere på skoavdelningen i Lödde.

Min tid på juristprogrammet har varit en hektisk historia där jag flugit runt mellan Lund, Helsingborg, Budapest och till slut landat i Göteborg. Uppsatsen hade aldrig varit möjlig utan alla människor som hjälpt mig på vägen. Framst vill jag tacka min underbara familj som lagt många timmar på att hjälpa mig flytta fram och tillbaka mellan städer och länder, och inte minst stöttat mig i alla mina svåraste stunder. Ett stort tack måste också riktas till min handledare Ulf Maunsbach vars avslappnade handledning i början av processen fick mycket av min inledande stress över arbetet att avta. Jag vill också tacka James, Nesim och Filip. Dessa grabbar har både underlättat mitt plugg, men också gett mig fantastiska resor och mängder av skratt. Vidare vill jag tacka Thijs för underbara utflykter och långa diskussioner om allt och ingenting under sena kvällar i Budapest med omnejd. Jag ser fram emot när vi ses igen.

Som nämnt ovan ser jag inte detta förord som ett avslut, utan som en början. Min tid på juristprogrammet må avslutas här, men vänskaperna och möjligheterna jag har fått längs vägen har bara börjat. Så istället för att avsluta med ett sista stort tack, avslutar jag med att välkomna framtiden med ett leende på läpparna.

Göteborg den 23 maj 2023.

*Philip Sänneskog*

## Förkortningar

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 Achmea and on Investment Protection in the European Union, Bryssel 16 januari 2019
Achmea	EU-domstolens dom C-284/16 <i>Achmea</i> , EU:C:2018:158
AG	Advocate general, generaladvokat vid Europeiska unionens domstol
BGH	Bundesgerichtshof, Tysklands federala högsta domstol
BIT	Bilateralt investeringsavtal
ECT	Energistadgefördraget, the Energy Charter Treaty, Lissabon 17 december 1994, SÖ 1997:57
EKMR	Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
Euratom	Europeiska atomenergigemenskapen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
EU-parlamentet	Europaparlament
EU-rådet	Europeiska unionens råd
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Genentech	EU-domstolens dom C-567/14 <i>Genentech</i> , EU:C:2016:526
ICJ	International Court of Justice

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
Komstroy	EU-domstolens dom C-741/19 <i>République de Moldavie</i> , EU:C:2021:655
MIT	Multilateralt investeringsavtal
NAFTA	North American Free Trade Agreement
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
Novenergia	Svea hovrätts dom 2022-12-13 i mål nr T 4658-18.
PL Holdings	EU-domstolens dom C-109/20 <i>PL Holdings</i> , EU:C:2021:875
Prop.	Proposition
SCC	Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den 6 mars 2018 meddelade EU-domstolen sin dom i mål C-284/16 *Achmea* och förändrade den europeiska investeringsrätten i grunden. Domstolen fann en skiljeklausul i ett bilateralt investeringsavtal ogiltig eftersom den var oförenlig med grunderna för unionens rättsordning och undergrävde dess autonomi. Domen innebar en kursändring i investeringsrätten, men väckte också väldigt många frågor. Domstolen fick kritik för att ha varit otydliga med hur långtgående den nya prejudikatregeln var. Domen är nu mer än fem år gammal och EU-domstolen har haft tid att klargöra några av de frågetecken som uppstod. *Achmeas* prejudikatregel har tillämpats i praktiken vid flertalet tillfällen i både nationella domstolar och i EU-domstolen. Bland skiljenämnderna möttes domen av ett stort motstånd, där flera skiljenämnder ansåg sig behöriga att pröva investeringstvister även efter att domen meddelats. Skiljenämnder avgjorde mål där behörigheten grundades på olika BIT och på energistadgefördraget.<sup>1</sup>

Som nämnt ovan var frågorna kring *Achmeas* konsekvenser många. En fråga som lyftes var vid vilka situationer prejudikatregeln ska tillämpas på ett skiljeförfarande under ett BIT. I doktrin ansågs det att domstolen varit otydlig kring om prejudikatet enbart var tillämpligt på BIT med skiljeklausuler som har samma eller liknande ordalydelse som den i det BIT som var aktuellt i *Achmea*.<sup>2</sup> En annan tolkning var att *Achmea* skulle tillämpas så att EU-interna skiljeförfaranden med behörighet i ett BIT aldrig var förenliga med unionsrätten. I sådant fall uppstod frågan om denna princip också gällde för det multilaterala investeringsavtalet ECT.

EU-kommissionen har länge uttryckt ett misstycke mot EU-interna investeringsskiljeförfaranden och EU-interna BIT. Efter *Achmea* intensifierade EU-kommissionen sitt arbete med att få medlemsstaterna att upphäva alla sina EU-interna BIT. Parallellt pågick ett arbete med att modernisera ECT och i samband med moderniseringen få ett slut på EU-interna skiljeförfaranden med behörighet hänförlig till fördraget. I uppsatsen analyseras EU-kommissionens arbete kring ECT och EU-intern tvistlösning som en del i att analysera utvecklingen av rättsläget för EU-interna skiljeförfaranden.

---

<sup>1</sup> Jfr följande skiljedomar: *Landesbank Baden-Württemberg (LBBW) et al. v. Kingdom of Spain*; *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic*; *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain* och *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*.

<sup>2</sup> Jfr Bilanová och Kudrna, s. 262 ff.; Jfr Hess, s. 9 f.; Jfr Nagy, s. 3 ff.

Under 2021 kom två nya rättsfall med stark koppling till principerna i *Achmea*. *Komstroy* förtydligade hur prejudikatet skulle tolkas på skiljeförfaranden under ECT. *PL Holdings* rörde möjligheten till *ad hoc*-skiljeförfaranden som fördes på samma villkor som fastställdes i en ogiltig skiljeklausul. Dessa rättsfall har bidragit till att göra rättsläget tydligare än det var i det direkta efterspelet till *Achmea*, men framtiden för EU-interna skiljeförfaranden är fortfarande osäker.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att utreda rättsläget kring möjligheten att använda skiljeförfarande som tvistlösningsmekanism vid investeringstvister inom EU. Rättsområdet har varit i förändring sedan EU-domstolen meddelade dom i *Achmea*. Domen är central för förståelsen av rättsläget och därför görs en omfattande analys av domen. Syftet med uppsatsen är att få en helhetsbild av rättsläget och på vilket sätt det har förändrats. Därför utreds rättsläget före och efter *Achmea*. Domens tillämplighet var omtvistad i det direkta efterspelet till att den meddelades. För en grundlig genomgång av rättsläget krävs därför att både doktrin och domstolens efterföljande domar inom rättsområdet utreds. Eftersom rättsområdet i skrivande stund utvecklas syftar uppsatsen också till att skapa en förståelse för den riktning som rättsläget rör sig i och därmed bidra med insikter om framtiden för EU-interna investeringstvister.

För att uppsatsens syften ska uppnås utreds följande frågeställningar:

1. Vilken påverkan hade *Achmea* på rättsläget angående EU-interna investeringstvister och hur har rättsläget förändrats sedan domen meddelades?
2. Finns det fortfarande utrymme för att använda skiljeförfarande som tvistlösningsmetod för tvister under ECT?
3. Kan EU-domstolens praxis rörande investeringstvister komma att få konsekvenser för ordinära kommersiella skiljeförfaranden av EU-intern karaktär?

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen fokuserar på skiljeförfaranden vid EU-interna investeringstvister. Tvister som inte är EU-interna diskuteras endast i begränsad utsträckning. Investeringstvister vid nationella domstolar lyfts enbart för att nyansera analysen av skiljeförfaranden, men någon redogörelse för nationella förfaranden återfinns ej i uppsatsen. Avsnitt 2.1 i uppsatsen hanterar

investeringsrättens historia och syftar till att ge kontext till de förändringar som skett i modern tid. En historisk genomgång är inte uppsatsens huvudfokus och avsnittet är därför kortfattat. Uppsatsen innefattar en utredning av gällande rätt och är därför mer framåtblickande än tillbakablickande.<sup>3</sup>

Uppsatsen lägger ett stort fokus på de tre rättsfallen *Achmea*, *Komstroy* och *PL Holdings*, eftersom de är mycket centrala för rättsutvecklingen. Andra rättsfall från EU-domstolen och nationella domstolar kommer att lyftas i uppsatsen, men inte redogöras för i detalj. Uppsatsen har ett fokus på domar från EU-domstolen. Dels eftersom EU-domar står högst i unionens normhierarki, dels för att en grundlig genomgång av nationella domar i hela unionen vore mycket tidskrävande och i praktiken omöjlig inom ramen för detta arbete med hänsyn till den stora mängden olika språk som domarna skrivs på. Av samma anledning lyfts svensk nationell rätt för att ge uppsatsen relevans i en svensk kontext, men samma sak görs inte för övriga EU-länder.

*Komstroy* innehåller långa utläggningar kring tolkningsfrågor om definitioner i ECT. Det innefattar tolkning av fördragets artiklar och en utförlig utläggning om varför EU-domstolen förklarar sig behörig att döma i målet trots att det handlar om ett skiljeförfarande mellan ett land som inte är medlem i EU och en investerare från en stat som inte heller är unionsmedlem. Domstolens resonemang i dessa frågor redogörs inte för i detalj. Uppsatsens syfte är att utreda rättsläget för EU-interna skiljeförfaranden vid investeringstvister och ECT:s relevans för denna utredning sträcker sig inte utöver möjligheten till EU-interna skiljeförfaranden under fördragets skiljeklausul. Därför har fokuset under uppsatsens utredning av *Komstroy* lagts på de delar där EU-domstolen förklarar ECT:s tvistlösningsmekanismer och dessas förenlighet med unionsrätten.<sup>4</sup>

Uppsatsen utgår från en EU-rättslig frågeställning. Det finns en mängd olika rättsområden som påverkas av *Achmea* men i detta fall har jag valt att koncentrera uppsatsen kring EU-rätten för att kunna utreda den grundligt. Därav läggs inte något särskilt fokus på perspektiv som rör andra rättsområden, exempelvis folkrättsliga frågor.

Internationella centralorganet för biläggande av investeringstvister (ICSID) och dess verksamhet redogörs inte för i detalj i uppsatsen. ICSID är en oberoende internationell organisation och ett ledande internationellt institut för skiljeförfarande inom internationell investeringsrätt. ICSID grundades år

---

<sup>3</sup> För en djupare inblick i investeringsrättens historia är Dolzer, Kriebaum och Schreuers bok läsvärd.

<sup>4</sup> För den läsare som är intresserad av definitions- eller tolkningsfrågorna rekommenderas att läsa domen C-741/19 *République de Moldavie* i sin helhet.

1966 av Världsbanken genom konventionen om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat. ICSID har blivit den mest centrala institutionen inom rättsområdet, med 154 stater som ratificerat ICSID-konventionen. Bara under 2019 administrerade institutionen 306 olika förfaranden.<sup>5</sup> Frågan om investeringstvister ska lösas genom ICSID eller ett annat skiljeorgan är intressant men behöver en helt egen uppsats för att besvaras ordentligt.<sup>6</sup>

## 1.4 Metod och material

Uppsatsen utreder gällande rätt för investeringstvister inom Europeiska unionen. Mer specifikt om möjligheterna för investerare och stater att lösa investeringstvister genom skiljeförfarande. För att utreda gällande rätt i en svensk kontext används den rättsdogmatiska metoden som beskriver gällande rätt med ledning av de vedertagna rättskällorna.<sup>7</sup> Genom den rättsdogmatiska metoden utgår författaren i regel från en konkret problemformulering som i sig analyseras för att kunna säkerställa att den är utformad korrekt och kan få ett givande svar.<sup>8</sup>

Den rättsdogmatiska metoden använder sig av de klassiska rättskällorna såsom lagstiftning, praxis, förarbeten och doktrin. Eftersom uppsatsen främst hanterar ett EU-rättsligt problem, om än delvis i en svensk kontext, så grundar sig en stor del av uppsatsen i unionsrätten. I de delar som hanterar svensk rätt har en klassisk svensk rättsdogmatisk metod använts. Vad gäller huvuddelen av uppsatsen vilken rör unionsrätten, används en EU-rättslig metod med avstamp i de EU-rättsliga rättskällorna. Efter Sveriges anslutning till EU har unionsrätten blivit en del av den svenska normhierarkin och vid normkonflikter har svenska domstolar en skyldighet att tillämpa EU:s rättsregler över den nationella rätten.<sup>9</sup> Det finns inte någon konsensus i doktrin kring hur den EU-rättsliga metoden skiljer sig från en mer traditionell rättsdogmatisk metod. Den EU-rättsliga metoden tar, likt den rättsdogmatiska, avstamp i de etablerade rättskällorna inom det specifika rättsområdet för att utreda gällande rätt.<sup>10</sup> I mitt arbete med uppsatsen har jag utgått från de rättskällor som är vedertagna inom den kontext jag har arbetat i. Det är viktigt att skilja på de klassiska rättskällorna i Sverige och i EU, eftersom dessa skiljer sig från varandra. EU-rätten har sitt eget autonoma system, men i en utredning av gällande unionsrätt är det fullt möjligt att göra

---

<sup>5</sup> Se Kryvoi, s. 15.

<sup>6</sup> För en utförlig fördjupning kring denna fråga rekommenderas Joel Dahlquist Cullborgs doktorsavhandling.

<sup>7</sup> Se Sandgren, s. 51.

<sup>8</sup> Se Kleineman, s. 23 f.

<sup>9</sup> Se Bernitz och Kjellgren, s. 100–114.

<sup>10</sup> Jfr Kleineman, s. 21 ff; Jfr Reichel, s. 109 ff; jfr Hettne och Otken Eriksson, kapitel 1.

sin analys genom de rättskällor som är erkända i den EU-rättsliga kontexten. På det viset har arbetet med den EU-rättsliga metoden varit jämförbart med den traditionella rättsdogmatiken under arbetet med uppsatsen och det finns därför ingen anledning att dra en stark distinktion mellan metoderna.

Unionsrätten utgör en egen rättsordning som är överordnad den nationella rätten och integrerad i den. Enskilda medborgare kan åberopa unionsrätten inför nationella domstolar.<sup>11</sup> EU-rättens normhierarki består av tre delar. Högst upp i hierarkin återfinns primärrätten och de allmänna rättsprinciper som framgår av EU-domstolens rättspraxis men som inte är kodifierade i primärrätten. Primärrätten utgörs av unionens fördragsverk genom fördraget om Europeiska unionen (FEU), fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan). I unionens fördragsverk ingår också de protokoll, förklaringar och anslutningsfördrag som tillhör de två fördragen och stadgan. Den andra delen i unionens normhierarki är sekundärrätten. Den är underordnad primärrätten och de allmänna rättsprinciperna som framgår av EU-domstolens praxis. Sekundärrätten består av den lagstiftning och rättsbildning som EU:s institutioner fått kompetens till genom fördragen. En av unionens huvuduppgifter är att närmare utforma unionens lagstiftning inom ramen för vad fördragen föreskriver. Den mest centrala formen av rättsakter inom sekundärrätten är förordningar, direktiv och beslut. Sekundärrätten utgör bindande rättskällor. Även prejudikat från EU-domstolens rättspraxis anses utgöra bindande rättskällor. Under sekundärrätten återfinns den tredje delen i unionens normhierarki vilket är den icke-bindande normgivningen. Den är enbart vägledande.<sup>12</sup>

Inom ramen för uppsatsens ämne återfinns det viktigaste materialet i primärrätten och EU-domstolens rättspraxis. Artiklarna 267 och 344 FEUF är mycket centrala och hur artiklarna ska tolkas har förtydligats i EU-domstolen. Domen *Achmea* intar en central roll och tillfogas stor vikt i uppsatsen. Domen rör allmänna rättsprinciper och bör ses som en del av det högsta lagret inom unionens normhierarki. Även de uppföljande domarna *Komstroy* och *PL Holdings* är av stor vikt för uppsatsen. Dessa domar följde av *Achmea* och utvecklade den rättspraxis som domstolen där uttryckte. För att analysera och tolka EU-domstolens rättspraxis och gällande rätt används den icke-bindande normgivning som finns på ämnet i kombination med EU-rättslig doktrin. Eftersom ämnet hanteras i sekundärrätten i mycket begränsad omfattning är dessa typer av vägledande källor givande för att förstå hur gällande rätt ska tolkas, även om de inte utgör bindande rättskällor. Här rör det sig om mjuk normgivning från EU:s institutioner, främst EU-kommissionen, som inte är

---

<sup>11</sup> Se Hydén, H. och Hydén, T., s. 168.

<sup>12</sup> Se Bernitz och Kjellgren, s. 48–62; jfr Hettne och Otken Eriksson, s. 39 ff.

bindande men som ändå kan utgöra tolkningsunderlag och i vissa fall ha en styrande roll i tolkningen av unionsrätten.<sup>13</sup> Även generaladvokatens förslag till avgörande i *Achmea* har redovisats och diskuterats. Förslaget är inte bindande för EU-domstolen, men används för att få kompletterande perspektiv på rättsfrågorna i målet. Generaladvokatens förslag ger i många fall mer utförlig information om bakgrund och de olika parternas argumentation. Eftersom EU-domstolen inte uttrycker skiljaktiga meningar på samma sätt som svenska domstolar gör kan generaladvokatens förslag till dom i många fall bidra med värdefulla perspektiv på målet som skiljer sig från domstolens slutgiltiga domskäl.<sup>14</sup>

Eftersom EU-domstolens rättspraxis är den viktigaste rättskällan för uppsatsen bör domstolens ställning i unionens rättssystem utvecklas något. EU-domstolen har en framskjuten ställning inom unionen och skiljer sig mycket från den svenska Högsta domstolen i hur den är tillåten att "skapa rätt". EU-domstolens grundläggande uppgift enligt artikel 19.1 FEU är att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen. Eftersom tolkningen av EU-rätten ofta kan vara otydlig har nationella domstolar en skyldighet att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen. Domstolens rättspraxis är mycket omfattande och utgör en synnerligen central del av EU-rätten. Domstolen har generellt sett en mer framträdande roll som rättsgestaltande organ än vad som gäller för svenska domstolar. Delvis som en följd av att unionsrätten är ung finns det luckor i rättsordningen och EU-domstolen har som uppgift att fylla ut dessa. På detta vis har unionens rättsliga struktur formats, i stora delar genom domstolens omfattande rättspraxis.<sup>15</sup>

För att nyansera tolkningen av EU-domstolens domar används doktrin. Det bör påpekas att det skrevs mycket i doktrin direkt efter *Achmea* och att det är en omöjlighet att hänvisa till allt material och på så vis ge en fullständig bild. En del av det som skrevs i det direkta efterspelet till *Achmea* är redan utdaterat eftersom EU-domstolen har förtydligat sin praxis i efterföljande domar, delar av detta material lyfts ändå upp för att ge en förståelse för de olika tolkningar som gjordes av domen när den meddelades. Efter *Komstroy* och *PL Holdings* har det också skrivits mycket i doktrin men inte alls i samma utsträckning, delvis på grund av att domarna ligger nära i tiden. Eftersom rättsområdet fortfarande är i förändring är det av stor vikt att de källor som används är uppdaterade.

Eftersom denna uppsats till stor del rör EU-rätt och inte endast svensk rätt så strävar uppsatsen efter att väga in doktrin från sakkunniga som verkar i olika

---

<sup>13</sup> Se Bernitz och Kjellgren, s. 210 f.

<sup>14</sup> Se Bernitz och Kjellgren, s. 201.

<sup>15</sup> Ibid, s. 60 ff.

medlemsstater. Om materialet hade varit uteslutande från svenska källor så hade två problem uppstått. Det första vore att det skulle finnas en brist på material med konsekvensen att värdefulla perspektiv skulle gås miste om. Det andra problemet hade varit att uppsatsen inte hade gett en helhetsbild av rättsläget, utan enbart målat upp det i en svensk kontext.

I utredningen av EU:s arbete för att modernisera ECT har en ovanlig källa använts. Här åsyftas ett "non-paper" som EU-kommissionen skickat till medlemsstaterna efter att deras moderniseringsförslag inte fått tillräckligt stöd bland medlemsstaterna och voteringen kring detta skjutits upp. Dokumentet har inte publicerats av EU-kommissionen utan har läckt ut genom media. Det finns tillgängligt att läsas i sin helhet.<sup>16</sup> Ett non-paper är ett informellt dokument som läggs fram i stängda förhandlingar med EU-institutioner för att arbeta fram en överenskommelse. Den som lägger fram ett non-paper åtar sig inte att följa det som står i dokumentet. Det är endast ett sätt att se motpartens reaktioner och diskutera åsikter. Ett sådant paper kan dock föranleda en positionsförändring som ännu inte blivit offentlig.<sup>17</sup> I uppsatsen används dokumentet inte för att bevisa att EU-kommissionen har svängt i frågan om en modernisering av ECT, men för att visa att det blivit mer sannolikt att de kommer att ändra åsikt i framtiden. Dokumentet, i kombination med uttalanden från talespersoner för EU-kommissionen, visar att EU-kommissionen åtminstone överväger att ändra sin position. I min mening kan ett non-paper inte användas som en källa för att bevisa en parts position i en fråga, men ett sådant dokument har ändå ett värde och kan lyftas för att nyansera en analys. Det är samtidigt viktigt att vara medveten om och tydlig med att dokumentet inte ensamt utgör en stark eller trovärdig källa.

## 1.5 Disposition

Uppsatsens andra kapitel syftar till att förklara den kontext som föranledde *Achmea*. Först ges en historisk bakgrund som leder in till en förklaring om hur den internationella investeringsrätten förändrats innan den uppmärksammade domen meddelades. Här lyfts också den inställning EU hade gentemot investerings-skiljeförfaranden under åren före domen. Avsnittet målar upp de generella särdrag som finns för den här typen av tvister, för att ge läsaren en förståelse som kommer att vara till hjälp under resten av uppsatsen.

Uppsatsens tredje kapitel granskar domen *Achmea*. Omständigheterna i målet, domskälen och reaktionerna i doktrin analyseras.

---

<sup>16</sup> Se EURACTIV.

<sup>17</sup> Se Teasdale.

Uppsatsens fjärde kapitel behandlar ECT och hur tvisterna under fördragets tillämpningsområde påverkas av *Achmea*. I kapitlet undersöks delar av domen *Komstroy* där EU-domstolen förtydligade hur principerna i *Achmea* förhåller sig till ECT. I avsnittet analyseras också EU:s arbete med att modernisera fördraget.

Uppsatsens femte kapitel behandlar *PL Holdings* och möjligheterna till *ad hoc*-skiljeförfaranden. Eftersom det skiljeförfarande som var aktuellt i målet hade sitt säte i Sverige görs en kort redovisning av relevant svensk lagstiftning.



## 2 Investeringstvister och skiljeförfaranden

Uppsatsen redogör för gällande rätt vid EU-interna investeringstvister. För att göra det krävs en förklaring av de investeringsavtal som tvisterna grundar sig i. Uppsatsen rör ett rättsområde som nyligen genomgått stora förändringar. För att förstå dessa krävs det att ämnet sätts i en historisk kontext. Avsnitt två kommer redogöra för huvuddragen i internationella investeringsavtal och dess tvistlösningsmekanismer. Dessa kommer sättas i en historisk kontext med en kort genomgång av rättsområdets utveckling fram till de stora förändringar som domen *Achmea* förde med sig. Dessa förändringar och dess konsekvenser redogörs för i uppsatsens senare avsnitt.

### 2.1 Historisk bakgrund

Internationell investeringsrätt har sin historia i den tidiga folkrätten. Under 1900-talet utvecklades metoder för att undvika att gränsöverskridande investeringar ledde till diplomatiska kriser mellan stater som exproprierar utländska investeringar och investerarens hemstat som vill skydda sina medborgare. Skiljeförfaranden började användas som en metod för att flytta konflikten från staterna med sina nationella intressen i åtanke till ett mer neutralt sinnat skiljeorgan.<sup>18</sup> Redan på slutet av 1700-talet fanns olika former av skiljeförfaranden mellan stater och investerare och i början av 1900-talet började dessa skiljeförfaranden sprida sig till en internationell kontext. 1930 beslutade en skiljenämnd att Sovjetunionen skulle betala skadestånd till Lena Goldfields Limited för expropriering som skedde under den ryska revolutionen. Under denna tid fanns det fortfarande ett stort motstånd mot att utländska investerare skulle vara berättigade till skadestånd vid expropriation. Ett exempel går att finna i Mexiko under år 1938 när staten nationaliserade USA-ägda delar av landets jordbruks- och oljeindustrier. Den amerikanska utrikesministern Cordell Hull skrev i ett brev till sin mexikanska motpart att folkrätten tillåter expropriation av utländsk egendom men att den i sådana fall kräver snabb, adekvat och effektiv kompensation. Mexiko motsatte sig den amerikanska positionen. Trots flera konflikter av detta slag utvecklades det under denna tid en internationell minimumstandard för investeringstvister som innebar en vidsträckt uppfattning om att utlänningar ska vara skyddade mot oacceptabla åtgärder från värdnationen.<sup>19</sup>

Den internationella investeringsrätten formades till stor del av den avkolonisering som skedde under 1900-talet. Många nya, självständiga stater

---

<sup>18</sup> Se Förenta nationerna, s. 13 f.

<sup>19</sup> Se Dolzer, Kriebaum och Schreuer, s. 2–6.

vidtog åtgärder för att stärka sitt självbestämmande och motverka inflytande från de tidigare kolonialmakterna, och kolonialmakterna ville skydda sina investeringar och medborgare från expropriering.<sup>20</sup> Efter andra världskriget enades FN:s generalförsamling om en kompromiss i resolution 1803 där det föreskrevs att utländska investerare hade rätt till lämplig ersättning vid expropriering eller förstatligande av dess egendom.<sup>21</sup> Efter att Sovjetunionen föll började många länder i Latinamerika överge det socialistiska perspektivet på äganderätten och rörde sig bort från sin tidigare inställning om att värna finansiell självständighet. I stället växte en position fram som kallas för *Washington Consensus* där fokus ligger på privata investeringars betydelse för en nations tillväxt. Med en betoning på konkurrens, kapitalförflyttning, teknologi, förbättrat ledarskap genom företagande och åtkomst till större marknader skulle utländska investeringar gynna utvecklingsländer, industrialiserade länder och hela världsekonomin. I samband med detta började många länder i Latinamerika ingå bilaterala investeringsavtal (BIT) med USA och andra nationer. Det ledde till att BIT och multilaterala investeringsavtal (MIT) blev en internationell standard under 90-talet. Två exempel från denna tid är ECT och NAFTA som är stora multilaterala investeringsavtal. Även utvecklingsländer började ingå investeringsavtal med varandra, och idag finns tusentals olika BIT som gäller mellan stater runt om i världen.<sup>22</sup>

När investeringsavtal började växa fram under efterkrigstiden fanns enbart möjlighet till tvistlösning mellan de avtalsslutande staterna *ad hoc* eller genom ICJ. Den första gången ett BIT innehöll en klausul som möjliggjorde skiljeförfarande mellan värdnationen och investeraren var 1969 i ett BIT mellan Tchad och Italien. Sedan dess har denna typ av förfarande utvecklats till den klart vanligaste tvistlösningsmekanismen i bilaterala och multilaterala investeringsavtal.<sup>23</sup>

## 2.2 Modern tid

Moderna investeringstvister grundar sig i bilaterala eller multilaterala investeringsavtal som innehåller skiljeklausuler. Det kan användas olika skiljeorgan att hänvisa tvisterna till. Vilket eller vilka skiljeorgan som kan eller ska väljas för eventuell tvistlösning kan finnas föreskrivet i avtalet, men det är inte ett krav. En skiljeklausul är giltig även om varken skiljeinstitut eller säte för skiljenämnden är specificerat i avtalet. Oavsett vilket skiljeorgan som väljs finns det några gemensamma särdrag för denna typ av tvistlösning, till exempel kan parterna själva välja skiljenämndens sammansättning, säte

---

<sup>20</sup> Se Dolzer, Kriebaum och Schreuer, s. 4–7.

<sup>21</sup> Se artikel 1(4) FN:s Generalförsamling, resolution 1803.

<sup>22</sup> Se Dolzer, Kriebaum och Schreuer, s. 6–10.

<sup>23</sup> *Ibid.*, s. 9.

och vilken lag som är tillämplig. Skiljenämnderna prövar själva sin behörighet. Skiljenämnderna bestämmer även tillämpliga lagar och regler i de fall när parterna inte har gjort något lagval i avtal. Skiljeförfaranden erbjuder också betydligt starkare möjlighet till sekretess under och efter förfarandet än ett vanligt domstolsförfarande gör.<sup>24</sup>

I skiljeförfaranden som rör investeringar grundar sig behörigheten på ett BIT eller MIT som ingåtts mellan minst två stater, där en skiljeklausul inkluderats. Trots detta är det i de flesta fall en investerare, som inte är en avtalsslutande part, som inleder ett skiljeförfarande baserat på ett sådant avtal. Detta skiljer sig från ordinära kommersiella skiljeförfaranden där processen inleds av en part till det avtal som behörigheten grundar sig på. Ett skiljeförfarande kräver samtycke från båda parter, och i kommersiella skiljeförfaranden är avtalet ett uttryck för parternas samtycke. I en investeringstvist är investeringsavtalet ett sätt för de avtalsslutande staterna att lämna ett stående anbud om skiljeförfarande till investerare som faller in under avtalets tillämplighet. Avtalet är ett uttryck för statens samtycke till skiljeförfarande. Om investeraren sedan väljer att på något sätt uttrycka sitt samtycke, antingen genom en skriftlig förklaring eller genom att inleda ett förfarande, så finns giltiga viljeuttryck från båda parter.<sup>25</sup>

### 2.3 EU:s perspektiv

I Lissabonfördraget från 2009 uttryckte EU att de hade exklusiv kompetens gällande utländska investeringar i unionen.<sup>26</sup> Det förtydligades i ett yttrande om FTA mellan EU och Singapore. EU-domstolen slog fast att EU har exklusiv kompetens för direkta utländska investeringar och att delad kompetens gäller mellan EU och medlemsstaterna för alla andra typer av investeringar.<sup>27</sup> För tvistlösning mellan investerare och värdnation gäller delad kompetens mellan EU och medlemsstaterna. Redan 2006, i ett brev till en skiljenämnd som dömde i ett skiljeförfarande mellan en nederländsk investerare och Tjeckien, uttryckte EU-kommissionen stöd för Tjeckiens position om att skiljenämnden inte var behörig att döma i tvisten. EU-kommissionen beskrev i brevet att det fanns betydande hinder mot att referera denna typ av EU-interna investeringstvister till ett skiljeorgan. EU-kommissionen uteslöt inte möjligheten till skiljeförfarande vid denna typ av tvister rakt ut, men under efterföljande år utvecklades EU-kommissionens ståndpunkt i frågan till en fast uppfattning om att EU-interna investeringsskiljeförfaranden inte är förenliga med unionsrätten. Trots det har skiljenämnder konstant avvisat argument mot deras jurisdiktion baserade på

---

<sup>24</sup> Se Dolzer, Kriebaum och Schreuer, s. 346.

<sup>25</sup> Se Dolzer, Kriebaum och Schreuer, s. 360 ff; Se Sabahi, Rubins och Wallace, s. 310 ff.

<sup>26</sup> Ibid, s. 14.

<sup>27</sup> Se EU-domstolens yttrande 2/15, 16 maj 2017.

EU-rättslig problematik och gång på gång förklarat sig behöriga att avgöra denna typ av tvister.<sup>28</sup> På senare tid har EU:s institutioner intensifierat arbetet mot EU-interna BIT.<sup>29</sup> EU:s motstånd mot unionsinterna BIT har kulminerat i ett antal domar från EU-domstolen som kommer att redogöras för i uppsatsen, där *Achmea* är den första och mest utmärkande.

## 2.4 Skiljeförfarande som tvistlösningsmetod

Skiljeförfarandet är ett alternativ till den statliga rättskipningen som är accepterat i en absolut majoritet av världens länder. Genom bestämmelserna i New York-konventionen är det möjligt att få en skiljedom erkänd och verkställd i nästan hela världen. Ett skiljeavtal innebär även ett rättegångshinder i allmän domstol. Av dessa anledningar är skiljeförfarandet den mest betydande privata rättsskipningsformen.<sup>30</sup> Utöver de goda möjligheterna till verkställighet finns det ett antal anledningar till att många föredrar ett skiljeförfarande framför en domstolsprocess. Ett skiljeförfarande går i de flesta fall snabbare än en domstolsprocess. Det finns betydligt bättre möjligheter till sekretess och processen är mer flexibel. Dessutom kan parterna avtala om tillämplig lag och fritt välja domare till skiljenämnden. Parterna kan också avtala om vart skiljenämnden ska ha sitt säte vilket kan vara en stor fördel vid internationella förfaranden. En nackdel som Lindell lyfter fram med att välja ett skiljeförfarande är att rättssäkerheten kan eftersättas eftersom det inte finns några lagfästa garantier för att ett privat förfarande ska tillhandahålla en rättssäker prövning.<sup>31</sup> Det bör dock nämnas att för länder som har implementerat EKMR i sin lagstiftning är konventionens artiklar även tillämpliga när skiljeförfarande används som tvistlösningsmetod. En annan nackdel med skiljeförfarande som tvistlösningsmetod är att det är betydligt dyrare än ett vanligt domstolsförfarande, något som i tvister mellan parter med stora summor på spel kan vägas upp av att förfarandet går fortare än domstolsprocessen vilket leder till mindre förluster hänförliga till den tid som processen upptar.<sup>32</sup> Vid internationella skiljeförfaranden är möjligheten att bestämma tillämplig lag och sätet för förfarandet redan vid avtalslutandet en fördel eftersom det bidrar till bättre förutsägbarhet. I en sådan situation vet parterna om var en eventuell process skulle föras och vilken lag som skulle vara tillämplig vid tvisten innan den har uppstått.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> Se Laazouzi s. 294.

<sup>29</sup> Jfr Dolzer, Kriebaum och Schreuer, s. 366 f.

<sup>30</sup> Se Maunsbach, Bramstång och Lindskoug, s. 247.

<sup>31</sup> Se Lindell, s. 715 f.

<sup>32</sup> Ibid, s. 715 f.

<sup>33</sup> Se Maunsbach, Bramstång och Lindskoug, s. 248.

När det gäller internationella investeringstvister är tvisten mellan en investerare och en stat. I dessa situationer kan ett skiljeförfarande vara attraktivt för att investeraren inte ska behöva processa i motpartens nationella domstolar. En domstolsprocess i en investeringstvist riskerar att skapa spänningar mellan värdnationen och det land som investeraren har sin hemvist i. Spänning kan uppstå om en domstolsprocess politiseras, eller om investerarens hemstat upplever att dess medborgare blir orättvist behandlad i motpartens nationella domstolar. Ett skiljeförfarande garanterar opartiskhet i större utsträckning i denna typ av situationer eftersom båda parter får vara delaktiga i valet av skiljemän och skiljenämnden är oberoende från statligt inflytande.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Se Förenta nationerna, s. 13 ff.

## 3 Achmea

Den 6 mars 2018 meddelade EU-domstolen dom i mål C 284/16 *Achmea*. Domen rörde en begäran om förhandsavgörande från Tysklands Bundesgerichtshof (BGH) i en tvist mellan Achmea BV och Slovakien. Tvisten rörde en ansökan om att ogiltigförklara en skiljedom med säte i Tyskland vars behörighet var baserad på en skiljeklausul i ett BIT som först gällde mellan Nederländerna och Tjeckoslovakien, sedan mellan Nederländerna och Slovakien. Avtalet slöts år 1991, trädde i kraft 1992 och ett år senare övertog Slovakien de skyldigheter som de haft under avtalet under den tid landet var enat med Tjeckien. Enligt avtalets artikel 8(2) ska en tvist inom ramen för avtalet lämnas till avgörande av en skiljenämnd om den inte har lösts i godo sex månader efter begäran av en part.<sup>35</sup>

Uppsatsens tredje kapitel behandlar domen *Achmea* grundligt. Först beskrivs bakgrunden till tvisten, sedan EU-domstolens prövning. Slutligen görs en genomgång av de olika reaktioner och tolkningar som följde domen i doktrin.

### 3.1 Bakgrund

Achmea är en del av en försäkringskoncern i Nederländerna. Under 2004 öppnade Slovakien upp sin marknad både för inhemska och utländska aktörer att tillhandahålla privata sjukförsäkringar. Achmea upprättade ett slovakiskt dotterbolag som erhöll nödvändigt godkännande som sjukförsäkringsinstitution och började erbjuda sjukförsäkringsskydd på den slovakiska marknaden. Två år senare vände Slovakien i frågan och upphävde delvis sin avreglering av marknaden för sjukförsäkringar. År 2007 förbjöds utdelning av vinster från privata sjukförsäkringar. Sådan utdelning tilläts på nytt år 2011 efter att Slovakiens författningsdomstol funnit att förbudet varit grundlagsvidrigt. Under 2008 ansåg Achmea att Slovakiens regleringar av marknaden hade vållat bolaget skada och inledde ett skiljeförfarande mot staten med tillämpning av skiljeklausulen i artikel 8 i det BIT som gällde mellan Nederländerna och Slovakien. Slovakien ansåg att skiljenämnden saknade behörighet eftersom artikel 8 i avtalet var oförenlig med unionsrätten. Den tyska skiljenämnden ogillade invändningen. 2012 dömdes Slovakien genom skiljedom att betala 22,1 miljoner euro i skadestånd till Achmea.<sup>36</sup> Slovakien överklagade skiljedomen till den regionala överdomstolen och yrkade på att den skulle upphävas, vilket ogillades. Därefter överklagade de till BGH i Tyskland, som hänsköt en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen. Frågorna som ställdes löd:

---

<sup>35</sup> Se C-284/16 *Achmea*, punkt 4.

<sup>36</sup> Se *Ibid*, punkt 6–12.

- 1) Utgör artikel 344 FEUF hinder för tillämpningen av en bestämmelse i ett bilateralt investeringsskyddsavtal mellan medlemsstaterna i unionen (ett så kallat EU-internt BIT) enligt vilken en investerare i en avtalsslutande stat vid en tvist om investeringar i den andra avtalsslutande staten får inleda ett skiljeförfarande mot sistnämnda stat, när investeringsskyddsavtalet ingicks före den ena avtalsslutande statens anslutning till unionen, men skiljeförfarandet inletts först därefter?

Om den första frågan besvaras nekande:

- 2) Utgör artikel 267 FEUF hinder för tillämpningen av en sådan bestämmelse?

Om den första och andra frågan besvaras nekande:

- 3) Utgör artikel 18 första stycket FEUF under de omständigheter som anges i den första frågan hinder för en sådan bestämmelse?<sup>37</sup>

EU-domstolen ansåg att de första två frågorna skulle prövas tillsammans.<sup>38</sup> Efter att ha besvarat dessa ansåg de att det inte fanns anledning att besvara den tredje frågan, med hänsyn till svaret på de första två frågorna.<sup>39</sup>

## 3.2 Domsäl

När domstolen prövade de två första frågorna tillsammans gällde prövningen hur artikel 267 och 344 i FEUF skulle tolkas. Artikel 267 FEUF lyder:

Europeiska unionens domstol ska vara behörig att meddela förhandsavgöranden angående

- a) tolkningen av fördragen,
- b) giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, organ eller byråer.

När en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat får den domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

---

<sup>37</sup> C-284/16 *Achmea*, punkt 23.

<sup>38</sup> Se C-284/16 *Achmea*, punkt 31.

<sup>39</sup> *Ibid*, punkt 61.

När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den nationella domstolen föra frågan vidare till domstolen.

Om en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat i fråga om en frihetsberövad person, ska domstolen meddela sitt avgörande så snart som möjligt.

Artikel 344 FEUF lyder:

Medlemsstaterna förbinder sig att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen.

Enligt domstolens yttrande 2/13 om unionens anslutning till Europakonventionen får ett internationellt avtal inte inkräkta på fördragens fastslagna behörighetsordning och genom det på autonomi i unionens rättsordning. Domstolen framhåller att detta särskilt stadgas i artikel 344 FEUF genom vilken medlemsstaterna förbinder sig att inte lösa tvister om tolkning eller tillämpning av fördragen på annat sätt än vad som bestämts genom dem. Domstolen nämner att medlemsstaterna besitter en skyldighet att använda de förfaranden för tvistlösning som upprättats genom unionsrätten, och att iaktta EU-domstolens befogenheter.<sup>40</sup>

Domstolen hänvisade till detta resonemang genomgående i *Achmea* och lyfte upp att unionsrätten kännetecknas av att den härrör från en autonom källa, nämligen fördragen. Domstolen belyste särskilt att unionsrätten har företräde framför medlemsstaternas rättsordningar och att en stor mängd bestämmelser inom unionsrätten har direkt effekt gentemot medlemsstaterna och dess medborgare.<sup>41</sup> Direkt effekt innebär att EU-lag kan åberopas inför nationell domstol även om den inte har införlivats i den nationella lagstiftningen. Första gången EU-domstolen lyfte upp att unionens lagstiftning har direkt effekt var i domen *Van Gend en Loos* som meddelades 1963.<sup>42</sup> Sammanfattningsvis menade EU-domstolen i ovan resonemang från *Achmea* att unionsrätten bygger på ett grundläggande antagande att alla medlemsstater delar en mängd gemensamma värden med varandra som ligger till grund för hela unionen och dess rättsordning. Det innebär att medlemsstaterna delar ett ömsesidigt förtroende för att de gemensamma värdena erkänns och verkställs genom unionsrätten. Domstolen betonade att medlemsstaterna, enligt principen om lojalt samarbete som kan utläsas ur artikel 4.3 första stycket FEU, är skyldiga

---

<sup>40</sup> Se EU-domstolens yttrande 2/13, punkt 201–202.

<sup>41</sup> Se C-284/16 *Achmea*, punkt 33.

<sup>42</sup> Se Bernitz och Kjellgren, s. 115 ff; Jmf C-26/62 *Van Gend en Loos*.



att ta ansvar för att unionsrätten tillämpas och att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de fullgör de skyldigheter som följer av fördragen eller av unionens institutioner.<sup>43</sup>

Efter att ha lagt stor vikt på de gemensamma värden som gör unionsrätten unik belyste EU-domstolen att fördragen har infört ett särskilt domstolssystem som ska säkerställa att unionslagstiftningen tolkas konsekvent och enhetligt. Systemet ska se till att unionsrättens särdrag och autonomi bevaras. Förfarandet för förhandsavgörande som fastställs i artikel 267 är kärnan i unionens domstolssystem, genom förfarandet kan EU-domstolen skydda den enhetliga tolkningen av unionsrätten och dess specifika karaktär.<sup>44</sup>

Domstolen lyfte två frågor som de var tvungna att kontrollera för att kunna ta ställning till om den aktuella skiljeklausulen var kompatibel med unionsrätten. Den första var om den aktuella skiljenämnden kunde komma att tolka och/eller tillämpa unionsrätt. Om svaret var ja behövde domstolen utreda om en skiljenämnd som inrättas i enlighet med det BIT som var aktuellt i målet kunde anses vara en domstol i en medlemsstat i den mening som avses i artikel 267 FEUF. Det skulle innebära att den ingår i unionens domstolssystem.

### 3.2.1 Tolkar skiljenämnden unionsrätt?

Domstolen var tydlig i sin bedömning att tvister som ska avgöras av den skiljenämnd som utses enligt skiljeklausulen i det bilaterala avtalet avser tolkning och tillämpning av unionsrätten. Detta eftersom avtalets artikel 8.6 fastslog att skiljenämnden skulle beakta gällande rätt i den berörda avtalsslutande staten och i den stat som utgjorde sätet för skiljenämnden. Nämnden skulle också beakta eventuella avtal mellan de avtalsslutande staterna som kunde anses vara relevanta. Domstolen påpekade att unionsrätten måste anses utgöra både en del av gällande rätt i samtliga medlemsstater såväl som en rätt som härrör från ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna. Därför var det otvetydigt att den skiljenämnd som avsågs i avtalets artikel 8 kunde komma att tolka och tillämpa unionsrätt och genom det även tolka och tillämpa de grundläggande värden som EU:s rättsordning är uppbyggd på.<sup>45</sup>

### 3.2.2 Är skiljenämnden en del av unionens domstolssystem?

---

<sup>43</sup> Se C-284/16 *Achmea*, punkt 33–35.

<sup>44</sup> *Ibid*, punkt 35 & 37.

<sup>45</sup> *Ibid*, punkt 40–42.

I målet *Parfums Christian Dior* har EU-domstolen slagit fast att det inte finns något giltigt skäl för att en domstol som är gemensam för flera medlemsstater - baserad på ett internationellt avtal - inte skulle kunna hänskjuta tolkningsfrågor till EU-domstolen (på den tiden EG-domstolen). Domstolen motiverade detta med att Beneluxdomstolen som var aktuell i *Parfums Christian Dior* var ett led i förfarandet vid de nationella domstolarna och domstolens uppgift var att säkerställa en enhetlig tillämpning av de tre Beneluxstaternas gemensamma rättsregler. Det överensstämmer med syftet bakom artikel 267 om förhandsavgöranden. Syftet med artikeln är att säkerställa unionsrättens enhetliga tolkning. Därav ansågs Beneluxdomstolen inte bara tillåten att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen utan skyldig att göra så om tveksamheter uppstod kring tolkningen av unionsrätten likt den skyldighet de nationella domstolarna har enligt principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 första stycket FEU.<sup>46</sup>

I fallet *Achmea* betonade EU-domstolen att den aktuella skiljenämnden skiljde sig markant från Beneluxdomstolen. Dess syfte var inte att säkerställa den enhetliga tolkningen av de avtalsslutande ländernas rättsordning. Skiljenämnden utgjorde inte heller en del av domstolssystemet i vare sig Nederländerna eller Slovakien. Ett av de viktigaste skälen bakom skiljeklausulen var det faktum att skiljenämndens jurisdiktion utgjorde ett undantag i förhållande till de nationella domstolarna. Därför slog EU-domstolen fast att skiljenämnden inte var en del av domstolssystemet i en medlemsstat och den var därför inte behörig att begära förhandsavgöranden.<sup>47</sup>

Domstolens slutsatser skiljde sig från de resonemang som generaladvokat Wathelet lade fram i sitt förslag till avgörande. AG betonade att domstolen tidigare slagit fast att en skiljenämnd som i sig inte är permanent kan vara av stadigvarande karaktär om skiljeförfarandet som metod för tvistlösning har blivit institutionaliserat. Det kan göras genom att skiljenämnden inrättas med stöd i lag och har en stadigvarande behörighet. I *Merck Canada* rörde målet en *ad hoc*-skiljenämnd vars stadigvarande karaktär inte befästes av något skiljedomsinstitut. Trots det fann EU-domstolen att den stadigvarande karaktären återfanns i det faktum att skiljeförfarande inrättats som enda metod för tvistlösning för den aktuella tvisten i nationell portugisisk lagstiftning. AG ansåg att skiljenämnden i *Merck Canada* var jämförbar med skiljenämnder som inrättats med behörighet i det BIT mellan Nederländerna och Slovakien som var aktuellt i *Achema*.<sup>48</sup> Generaladvokatens tolkning av *Parfums Christian Dior* skiljde sig också från den tolkning av rättsfallet som EU-

---

<sup>46</sup> Se C-337/95 *Parfums Christian Dior*, punkt 21–25.

<sup>47</sup> Se C-284/16 *Achmea*, punkt 45–49.

<sup>48</sup> Se AG Wathelet i C-284/16 *Achmea*, punkt 100–105; Jfr C-555/13 *Merck Canada*, punkt 24; Jfr C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, punkt 25–26.

domstolen uttryckte i *Achmea*. Han ansåg att skiljenämnder som tillsatts med behörighet i artikel 8 i det BIT som var aktuellt i målet har inrättats som ett tvistlösningssystem av Nederländerna och Slovakien. Skiljenämnden ska därför anses vara en domstol i en medlemsstat på samma sätt som Beneluxdomstolen ansågs vara det i *Parfums Christian Dior*.<sup>49</sup> EU-domstolens tolkning skilde sig som ovan nämnt markant från denna argumentation. Den tydligaste förklaringen till de olika tolkningarna är EU-domstolens argument att Beneluxdomstolen säkerställer tolkningen av de avtalslutande ländernas rättsordning, vilket inte skiljenämnden kan anses göra. Domstolen gör inget resonemang kring *Merck Canada* i sina domskäl, vilket får beskrivas som olyckligt eftersom ett sådant resonemang hade bidragit till förståelsen för varför domstolens dom gick i en helt annan riktning än generaladvokatens förslag.

EU-domstolen valde efter sin slutsats att skiljenämnden inte är en del av en medlemsstats domstolssystem att utreda om en skiljedom från den aktuella skiljenämnden var underkastad kontroll av en domstol i en medlemsstat som kunde säkerställa att unionsrättsliga frågor som skiljenämnden prövat kunde hänskjutas till EU-domstolen för ett förhandsavgörande. Här påpekades att skiljeklausulen slog fast att skiljenämndens beslut skulle vara slutgiltiga. Skiljenämnden skulle fastställa sina egna förfaranderegler och välja sitt säte vilket i sin tur bestämde vilken nationell lagstiftning som var tillämplig på förfarandet vid den nationella domstolsprövningen av skiljedomens giltighet. Eftersom den aktuella skiljenämnden hade sitt säte i Tyskland så var det tysk lag som var tillämplig. Enligt tysk lag kunde Slovakien väcka talan om ogiltighet av skiljedomen vid tysk domstol. EU-domstolen konstaterade att den tyska domstolen endast fick göra en sådan prövning i den utsträckning det var tillåtet enligt nationell lagstiftning, i det aktuella fallet tillät den tyska civilprocesslagen endast en begränsad prövning av antingen skiljeavtalets giltighet eller *ordre public*-problematik vid erkännande och/eller verkställighet av skiljedomen.<sup>50</sup>

### 3.2.3 Likheter med kommersiella skiljeförfaranden

EU-domstolen har i tidigare praxis rörande kommersiella skiljeförfaranden slagit fast att krav som hänför sig till skiljeförfarandets effektivitet motiverar att en prövning av skiljedomar är av begränsad karaktär och att en skiljedom endast kan upphävas i undantagsfall. Domstolen betonade i samband med detta att en nationell domstol ska upphäva en skiljedom om den innebär ett åsidosättande av nationella regler som hänförs till grunderna för den nationella rättsordningen. Eftersom unionsrätten utgör en del av gällande lag

---

<sup>49</sup> Se AG Wathelet i C-284/16 *Achmea*, punkt 126–131.

<sup>50</sup> Se C-284/16 *Achmea*, punkt 50–53.

i samtliga medlemsstater och har företräde framför nationell rätt så måste en skiljedom enligt ovan nämnt resonemang upphävas om den innebär ett åsidosättande av unionsrätten. Historiskt har EU-domstolen tillåtit kommersiella skiljeförfaranden trots att prövningen av dessa är begränsad, så länge grundläggande unionsrättsliga regler kan beaktas vid prövningen och kan göras till föremål för en begäran från den nationella domstolen om förhandsavgörande från EU-domstolen.<sup>51</sup>

I *Achmea* drog EU-domstolen en distinktion mellan vanliga kommersiella skiljeförfaranden och skiljeförfaranden baserade på skiljeklausuler i bilaterala investeringsavtal. Domstolen betonade att kommersiella skiljeförfaranden har sitt ursprung i den gemensamma partsviljan. Det ställdes i kontrast mot en klausul i ett BIT där medlemsstaterna har samtyckt till att undandra tvister från sina egna domstolars behörighet. Eftersom dessa tvister kan avse tolkning av unionsrätt så innebär en sådan klausul mellan medlemsstater att staterna bryter mot sina skyldigheter att lösa unionsrättsliga tvister genom det system för rättsmedel som är fastställt i artikel 19.1 andra stycket FEU. Domstolen betonade därför att de överväganden som tidigare gjorts kring kommersiella skiljeförfaranden inte kan överföras till skiljeklausuler motsvarande den som var fråga för prövning i *Achmea*.<sup>52</sup>

Vid en samlad bedömning av samtliga ovan redogjorda resonemang ansåg EU-domstolen att de medlemsstater som var avtalsslutande parter till det BIT som målet handlade om, eller jämförbara sådana, hade upprättat en mekanism för tvistlösning som kunde innebära att investeringstvister avgjordes på ett sätt som inte säkerställer unionsrättens fulla verkan.<sup>53</sup> Domstolen besvarade de hänskjutna frågorna på följande sätt:

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 om främjande och ömsesidigt skydd för investeringar mellan Konungariket Nederländerna och Tjeckiska och Slovakiska federativa republiken, 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 skiljedomstol, vars behörighet den medlemsstaten är skyldig att godta.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Se C-126/97 *Eco Swiss*, punkt 34–41; Se C-168/05 *Mostaza Claro*, punkt 34–35 & 39.

<sup>52</sup> Se C-284/16 *Achmea*, punkt 55.

<sup>53</sup> *Ibid*, punkt 56.

<sup>54</sup> C-284/16 *Achmea*, sista stycket.

Med hänsyn till svaret på de första två sammanslagna frågorna fann domstolen ingen anledning att besvara den tredje tolkningsfrågan.<sup>55</sup> EU-domstolens förhandsavgörande ledde till att BGH i det nationella förfarandet ogiltigförklarade skiljedomen.<sup>56</sup>

### 3.3 Tolkningar i doktrin

De tolkningar som gjordes i doktrin i det direkta efterspelet till *Achmea* kan delas in i två läger. Den ena sidan ansåg att domen förändrade europeisk investeringsrätt i grunden, den andra sidan argumenterade för att *Achmea* skulle få en begränsad räckvidd. Som argument för att *Achmea* hade långtgående konsekvenser lyftes att prejudikatet skulle leda till att inga skiljeklausuler i EU-interna BIT är möjliga att tillämpa från ett EU-rättsligt perspektiv. Det nämndes också att dessa skiljeklausuler hade varit ogiltiga sedan tidpunkten när unionsrätten började gälla i de två avtalslutande medlemsstaterna, och inte enbart sedan domen i *Achmea* föll.<sup>57</sup> Burkhard Hess beskrev i en artikel att det inte finns någon framtid för EU-interna BIT. Han lyfte också att *Achmea* inte lämnade rum för EU-interna investeringsavtal oavsett om avtalet inte refererar till unionsrätten som tillämplig lag. Detta eftersom EU-domstolen i *Achmea* tydligt uttryckt att unionsrätten måste tillämpas i skiljeförfaranden varje gång den är tillämplig, även om skiljeklausulen inte hänvisar till unionsrätten som lagval. Eftersom unionsrätten är brett tillämplig på investeringar inom EU:s inre marknad är det i praktiken omöjligt att ha ett EU-internt BIT där en skiljenämnd inte ska tillämpa unionsrätt.<sup>58</sup> Från denna sida i doktrin fanns även en tro på att resonemangen i *Achmea* var tillämpliga på investeringstvister hänförliga till det multilaterala energistadgefördraget.<sup>59</sup>

I den del av doktrin där det argumenterades för att *Achmea* skulle ha en mer begränsad räckvidd lyfte många att EU-domstolen väger in omständigheterna i varje specifikt fall i sina domar och att domstolen kan komma att särskilja omständigheterna i ett enskilt fall från omständigheterna i ett kommande fall trots att målen vid första anblick verkar jämförbara.<sup>60</sup> Det lyftes att domen i *Achmea* kan vara ett resultat av specifika omständigheter i fallet och detaljerna i det aktuella BIT som gällde mellan Nederländerna och Slovakien. Därför argumenterades det för att *Achmea* inte tvunget skulle ha konsekvenser för andra BIT där omständigheterna eller detaljerna i avtalet skiljer sig i något hänseende. Ett exempel som lyftes var att *Achmea* rörde ett

---

<sup>55</sup> Se C-284/16 *Achmea*, punkt 61.

<sup>56</sup> Se I ZB 2/15, BGH; Se Cordero-Moss s. 21.

<sup>57</sup> Se Bilanová och Kudrna s. 262 f.

<sup>58</sup> Se Hess s. 9 f.

<sup>59</sup> Se Bilanová och Kudrna s. 268 f.

<sup>60</sup> Se Nagy, s. 3.

ad hoc-skiljeförfarande, vilket skiljer sig från institutionella förfaranden genom exempelvis ICSID. En stor mängd BIT innehåller skiljeklausuler som hänvisar till institutionella förfaranden, dessa skulle i sådant fall kunna vara undantagna från *Achmeas* följder.<sup>61</sup> Det argumenterades också, i den restriktiva delen av doktrin, för att det särskilda scenariot i *Achmea* ledde till att en betydande del av konflikten rörde unionsrätt. Det påpekades att EU-domstolen lade stor vikt i sina domskäl på att skiljenämnden hade tolkat och tillämpat unionsrätten. Det kan tänkas ett scenario under det BIT som gällde mellan Nederländerna och Slovakien där EU-rätten inte var lika involverad i tvisten. Inte minst skulle det kunna uppstå tvister under andra EU-interna BIT där EU-rätt tillämpas i mycket begränsad utsträckning, eller inte ens alls. I dessa fall skulle inte *Achmea* påverka möjligheten till skiljeförfarande, och dessa skiljeklausuler skulle således fortfarande vara giltiga.<sup>62</sup> I denna del av doktrin argumenterades det också för att *Achmeas* prejudikatregel endast skulle omfatta EU-interna BIT och att domen därför inte skulle komma att påverka skiljeförfaranden under energistadgefördraget.<sup>63</sup>

I skrivande stund har det gått nästan fem år sedan domen i *Achmea* föll och EU-domstolen har haft möjlighet att utveckla sina resonemang från *Achmea* vid flera tillfällen. Det har blivit mer tydligt att *Achmea* har vidsträckta konsekvenser för investeringsrätten inom unionen. Följande kapitel i uppsatsen kommer att besvara många av de frågor som väcktes i doktrin direkt efter *Achmea* och redogöra för hur rättsutvecklingen har sett ut de senaste fem åren.

### 3.3.1 Distinktionen mellan investeringskiljeförfaranden och kommersiella skiljeförfaranden

Giuditta Cordero-Moss har i en artikel beskrivit hur hon anser att EU-domstolens distinktion mellan kommersiella skiljeförfaranden och skiljeförfaranden i investeringstvister var för svag och otydlig. Hon betonade att de skäl som EU-domstolen nämnde som förklaring till varför investeringsskiljenämnderna inte kan anses vara en del av medlemsstaternas domstolssystem även kan appliceras på ordinära kommersiella skiljeförfaranden som tolkar unionsrätt. Dessa skäl innefattar att nämndens dom är slutgiltig, att nämnden applicerar sina egna förfaranderegler, att den kan välja tillämplig nationell rätt genom att bestämma sitt säte och att de nationella domstolarnas kontroll av skiljedomen är begränsad. Cordero-Moss betonade att den enda riktiga distinktionen som gjordes mellan de två typerna av skiljeförfaranden rörde partsviljan. EU-domstolen betonade i *Achmea* att kommersiella skiljeförfaranden ingås fritt i avtal mellan två parter vilket blir

---

<sup>61</sup> Ibid, s. 4 f.

<sup>62</sup> Se Pusztai och Triantafilou, s. 45 f.

<sup>63</sup> Se Hartkamp, s. 201.

ett tydligt uttryck för deras partsvilja. Skiljeklausuler i investeringstvister är baserade på ett BIT eller jämförbart avtal där en stat erbjuder en investerare att vid en potentiell framtida tvist acceptera skiljeförfarande som tvistlösningsmetod. Cordero-Moss skrev att partsviljan uttrycks på olika vis, men att båda typerna av överenskommelse om skiljeförfarande är ett uttryck för partsviljan. I investeringssammanhang uttrycker staterna sin vilja i den stunden de signerar ett BIT med en skiljeklausul, och sedan har investeraren ett fritt val att acceptera denna tvistlösningsmetod eller att väcka talan vid nationell domstol. Investeraren är inte bunden att genomgå ett skiljeförfarande förrän denne uttryckligen accepterat ett sådant.<sup>64</sup>

En synpunkt som lyftes i efterspelet till *Achmea* var att domskälen inte var tillräckligt utvecklade och att resonemang som lyftes i generaladvokatens förslag till avgörande inte bemöttes, trots att domstolens dom gick emot AGs förslag till dom. Generaladvokaten lyfte upp att skiljenämnden var den domstol som var bäst lämpad att lösa en tvist mellan investerare och stater på grundval av det BIT som var aktuellt i målet. Detta eftersom nationella domstolar regelbundet ställer upp villkor för investerare som direkt vill åberopa internationell rätt. Dessa villkor är ofta omöjliga att uppfylla i praktiken. Nationella domstolar uppställer även tidsfrister som ofta är oförenliga med investerarens näringsverksamhet och med de betydande summor som står på spel i tvisten.<sup>65</sup> AG drog i sitt förslag till dom många jämförelser till kommersiella skiljeförfaranden som EU-domstolen tidigare tillåtit. Han betonade att den domstolskontroll som fanns på plats för att kontrollera att skiljenämnden i *Achmea* inte undergräver unionsrättens autonomi var tillräcklig för att allmänna domstolar skulle kunna säkerställa att unionsrättens principer följs. Det betonades att domstolskontrollen i förevarande situation var fullt jämförbar med den som vanligen finns för kommersiella skiljeförfaranden.<sup>66</sup> En del av kritiken som riktades mot *Achmea* i doktrin handlade om att domstolens resonemang kring vad som skiljer investeringsskiljeförfaranden från kommersiella sådana var fokuserat på partsviljan. Distinktionen blir svag när det inte finns en vidare förklaring till varför skiljeförfaranden i investeringsammanhang utgör ett otillåtet undantag från unionens domstolssystem när kommersiella skiljeförfaranden inte utgör ett sådant otillåtet undantag. Detta trots att många länder inte gör någon skillnad på nivån av domstolskontroll som appliceras vid de två typerna av skiljeförfaranden. I Tyskland, där skiljenämnden i *Achmea* hade sitt säte, görs ingen sådan skillnad.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Se Cordero-Moss s. 20 ff.

<sup>65</sup> Se AG Wathelet i C-284/16 *Achmea*, punkt 206 & 265.

<sup>66</sup> Jfr AG Wathelet i C-284/16 *Achmea*, punkt 240–272.

<sup>67</sup> Se Trittmann och Tzionas, s. 57 f.

I en egen analys beskrev Christopher Vajda, en domare vid EU-domstolen, sin tolkning av skillnaden i domstolens praxis mellan kommersiella skiljeförfaranden och investeringsskiljeförfaranden. Enligt honom ska stor vikt läggas vid EU-domstolens institutionella autonomi och deras arbete för att skydda denna. Vajda ansåg att skillnaden mellan domstolens praxis för kommersiella skiljeförfaranden i *Eco Swiss* och den för investeringsskiljeförfaranden i *Achmea* ligger i det hot som förfarandet utgör mot domstolens institutionella autonomi. I kommersiella skiljeförfaranden ingår två parter i en överenskommelse om att lösa en tvist utanför det vanliga domstolssystemet. Det kan godkännas av EU-domstolen eftersom medlemsländerna, och i förlängningen EU-domstolen genom förfarandet med förhandsavgöranden, har möjlighet att utöva domstolskontroll över skiljeförfarandet vilket innebär att processen inte blir helt undantaget från unionens rättsordning. Här har båda parter uttryckt sin vilja att lösa tvisten genom detta förfarande. I ett EU-internt BIT skapar två medlemsstater en möjlighet för en stor mängd investerare, som inte uttryckt någon partsvilja i avtalet, att lösa en tvist utanför det vanliga domstolssystemet. Den stora skiljepunkten är att medlemsstaterna är skyldiga enligt artikel 19(1) FEU att vara lojala till det domstolssystem som följer av fördragen och trots det upprättar de ett system för att undandra tvister från unionens rättsordning. Att medlemsstater upprättar ett sådant system bedöms bryta mot artikel 19(1) och det utgör därför ett betydligt större hot mot EU-domstolens institutionella autonomi än kommersiella skiljeförfaranden utgör. Genom att hota EU-domstolens institutionella autonomi undergräver det autonomi i unionens rättsordning, som domstolen uttryckt i *Achmea*.<sup>68</sup>

Min personliga analys är att oron över att EU-domstolen skulle utvidga tolkningen kring skiljeförfarandens oförenlighet med unionsrätten till att omfatta kommersiella skiljeförfaranden är aningen överdriven. Jag håller med om att domstolens distinktion mellan investeringsskiljeförfaranden och kommersiella sådana är oroväckande vag. Däremot har inte EU:s institutioner visat några tendenser till att vara på väg att förbjuda kommersiella skiljeförfaranden. Tvärtom har domstolen i sin praxis konstant skyddat rätten till skiljeförfaranden i kommersiella tvister. Vad gäller investeringsrätten har EU-kommissionen under lång tid motsatt sig skiljeförfaranden som tvistlösningsmetod och *Achmea* måste i min mening tolkas i den kontexten. Ett förbud för kommersiella skiljeförfaranden framstår som betydligt mer osannolikt än förbudet för investeringsskiljeförfaranden var när det kom. *Achmea* låg i linje med argument som EU-kommissionen har uttryckt under många år.<sup>69</sup> Det är dock inte omöjligt att föreställa sig ett framtida scenario där EU försöker stärka domstolskontrollen vid kommersiella

---

<sup>68</sup> Se Vajda, s. 78.

<sup>69</sup> För mer om EU-kommissionens inställning före *Achmea* se avsnitt 2.4.



skiljeförfaranden. Ett tecken på att unionen rör sig i denna riktning är domen i *Genentech* där domstolen uttryckte en mer expansiv tolkning av vilken domstolskontroll som krävs i relation till kommersiella skiljeförfaranden som tolkar EU-rätt. Domstolen uttryckte att det behövde tillämpas en mer omfattande kontroll än de nationella franska domstolarna hade gjort i målet. Hur omfattande kontrollen skulle vara uttrycktes inte med någon tydlighet.<sup>70</sup> EU-domstolen hade kunnat introducera en gemensam standard för domstolskontroll i kommersiella och investeringsskiljeförfaranden genom *Achmea*, men de valde en annan väg vilket gjorde distinktionen mellan de två förfarandena än mer otydlig.<sup>71</sup> Det är värt att betona att alla argument som rör att EU:s inställning till kommersiella skiljeförfaranden skulle ändras av *Achmea* blir mycket spekulativa. Jag delar Trittman och Tzionas uppfattning att rättsläget för kommersiella skiljeförfaranden hade gynnats av en dom från EU-domstolen om vilka krav som ska ställas på domstolskontrollen, för att förtydliga om rättsläget indirekt har eller kommer att påverkas av *Achmea*.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Se Trittman och Tzionas, s. 56 f; Jfr C-567/14 *Genentech*.

<sup>71</sup> Jfr Trittman och Tzionas, s. 55 ff.

<sup>72</sup> Jfr Trittman och Tzionas, s. 62 f.

## 4 Energistadgefördraget

Energistadgefördraget är ett multilateralt investeringsavtal som förhandlades fram under början av 90-talet, under åren efter kalla kriget. Fördraget är undertecknat av över 50 stater, främst stater från Europa och Asien.<sup>73</sup> Det är världens mest åberopade avtal i tvister mellan utländska investerare och värdstater. Fördraget skyddar investeringar i energisektorn och syftar främst till att öka rättssäkerheten och stabiliteten i gränsöverskridande energiinvesteringar vilka generellt är utsatta för en omfattande politisk risk.<sup>74</sup>

Energistadgefördraget har blivit allt mer kontroversiellt på senare år i takt med att EU i allt högre utsträckning börjat satsa på förnybara energikällor och grön omställning vilket har lett till att utländska investerare i fossila energislag regelbundet stämt stater som tar gröna initiativ. 2019 hade ECT åberopats vid minst 128 olika tillfällen i diverse skiljeförfaranden mellan investerare och stater. Skiljeklausulerna i fördraget syftade från början till att skydda investerares rättigheter i länder med svaga rättssystem. Sedan tidigt 2010-tal har dock en stor majoritet av skiljeförfaranden inom ramen för ECT varit EU-interna sådana, där en investerare från en av unionens medlemsstater väcker talan mot en annan medlemsstat. Det har väckt en debatt rörande om fördraget är förenligt med unionsrätten.<sup>75</sup>

Energistadgefördragets kompatibilitet med unionsrätten sattes på sin spets när EU-domstolen släppte sin banbrytande dom i *Achmea*-målet. Eftersom EU-domstolen slog fast att bilaterala investeringsavtal inte kunde ge skiljenämnder jurisdiktion över EU-interna investeringstvister där EU-rätt tolkas eller tillämpas väcktes det frågetecken kring vad som gällde för de EU-interna investeringstvister där skiljenämndernas jurisdiktion grundades på ECT, som är ett multilateralt investeringsavtal. Eftersom domstolen inte gjorde någon direkt hänvisning till om prejudikatet i *Achmea* även är tillämpligt på ECT så blev rättsläget angående fördragets förenlighet med unionsrätten otydligare. Hur långtgående tolkning som skulle göras av prejudikatet i *Achmea* var en fråga som ledde till olika åsikter både i doktrin och mellan EU:s medlemsstater. Arthur Hartkamp skrev efter domen om hur EU var drivande under skapandet av ECT och att det därav vore märkligt att praxis från *Achmea*, som handlar om bilaterala investeringsavtal, även ska gälla på det multilaterala fördraget ECT.<sup>76</sup> Efter det att domen i *Achmea* meddelades dröjde det inte länge förrän EU:s medlemsstater ingick ett plurilateralt avtal om att säga upp sina EU-interna BIT. Sverige gjorde sin

---

<sup>73</sup> Se International Energy Charter.

<sup>74</sup> Se Verburg, s. 426 ff.

<sup>75</sup> Se Herranz-Surrallés, s. 355 ff.

<sup>76</sup> Se Hartkamp, s. 201.

utfästelse om detta tillsammans med Finland, Luxemburg, Malta och Slovenien den 16 januari 2019.<sup>77</sup> I samband med utfästelsen uttryckte den svenska regeringen att de inte var beredda att tolka domskälen i *Achmea* på så sätt att prejudikatet omfattar investeringstvister under ECT. En tolkning som ett antal andra medlemsländer och EU-kommissionen hade gjort. Sverige, tillsammans med de övriga medlemsstaterna som delade Sveriges tolkning, ansåg att det inte var uppenbart i EU-domstolens domskäl att ECT bör omfattas av prejudikatet. De nämnde också att en anledning till motviljan att göra den tolkningen var att ECT:s förenlighet med unionsrätten var föremål för en pågående rättslig prövning.<sup>78</sup> Den rättsliga prövning som den svenska regeringen syftade på avgjordes senare av EU-domstolen i målet *Komstroy*, som redogörs för nedan.<sup>79</sup>

## 4.1 Tidsfristklausulen

En av de mest kontroversiella delarna av ECT är tidsfristklausulen i fördragets artikel 47(3). Artikeln lyder:

Bestämmelserna i detta fördrag skall fortsätta att gälla, under en period av 20 år från det att en fördragsslutande parts frånträde trätt i kraft, för investeringar som gjorts i en sådan fördragsslutande parts område av andra fördragsslutande parters investerare liksom för investeringar i andra fördragsslutande parters områden gjorda av en sådan fördragsslutande parts investerare.

Klausulen innebär att fördragets bestämmelser, inklusive de om tvistlösning, gäller mot den frånträdande staten i 20 år efter att statens frånträde från fördraget trätt i kraft. I enkla ordalag tar det 20 år för ett utträde att få genomslag i praktiken. Antonios Kouroutakis har kritiserat denna typ av tidsfristklausuler i en studie gjord på begäran av Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor. Han påpekar att klausulerna skapar en förankringseffekt som binder de avtalsslutande staterna under en lång tid. Det påverkar framtida lagstiftare som får en begränsad möjlighet att påverka lagar och avtal som innehåller sådana klausuler. Det minskar flexibiliteten vilket blir problematiskt eftersom det är omöjligt att inse alla framtida förutsättningar och förändringar i omständigheter vid den tidpunkt när klausulerna skrivs. Kouroutakis skriver också att ECT innehåller en komplicerad process för att ändra eller göra tillägg till fördraget vilket ytterligare förstärker fördragets förankringseffekt.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Se 16 januari-deklarationen.

<sup>78</sup> Se Regeringskansliet.

<sup>79</sup> Se avsnitt 4.2.

<sup>80</sup> Se Kouroutakis, s. 7 f.

## 4.2 Komstroy

Den 2 september 2021 kom EU-domstolens dom i en begäran om förhandsavgörande framställd av Paris appellationsdomstol. Målet gällde giltigheten av en fransk skiljedom i ett mål mellan Komstroy LLC som var en ukrainsk investerare, och Republiken Moldavien. Eftersom tvisten var mellan en stat som inte är medlem i EU och en investerare från en annan icke-medlemsstat uppstod frågor om EU-domstolens behörighet att döma. Kortfattat motiverade domstolen sin behörighet med att det i situationer där en bestämmelse i ett internationellt avtal kan tillämpas på situationer som omfattas av unionsrätten föreligger det ett unionsrättsligt intresse av att bestämmelsen tolkas på ett enhetligt sätt.<sup>81</sup>

För uppsatsens syfte är *Komstroy* främst intressant genom de resonemang domstolen för om energistadgefördraget och dess skiljeklausulers förenlighet med unionsrätten i ljuset av *Achmea*. Domstolen upprepade sin praxis från *Achmea* vid ett flertal tillfällen i *Komstroy*. Domstolen betonade att ett flertal prejudicerande fall slagit fast att ett internationellt avtal inte får inkräkta på befogenhetsordningen som slagits fast i EU-fördragen. Om ett avtal inkräktar på fördragen så inkräktar det på autonomi i unionens rättsordning och bryter mot artikel 344 FEUF. Domstolen upprepade sina resonemang från *Achmea* om att EU-domstolen har exklusiv behörighet att slutgiltigt tolka unionsrätten och att förfarandet för förhandsavgörande i artikel 267 FEUF syftar till att säkra domstolens exklusiva behörighet. Domstolen angav att det var med bakgrund av dessa resonemang, och med beaktande av prejudikatet i *Achmea*, som den skulle pröva om en tvist likt den i det aktuella målet kunde bli föremål för ett skiljeförfarande med tillämpning av artikel 26.2 c ECT.<sup>82</sup>

Eftersom ECT är ett avtal som ingåtts av Europeiska rådet enligt artiklarna 217 och 218 FEUF så är fördraget en rättsakt som beslutats av en av unionens institutioner. Ett sådant avtal är att anse som en unionsrättsakt. Det innebär att en skiljenämnd som tolkar bestämmelserna i ECT genom det även tolkar unionsrätten. Trots detta kan inte skiljenämnden anses utgöra en del av domstolssystemet i en medlemsstat utan dess domsrätt fungerar som ett undantag från Frankrikes nationella rättssystem och därmed från unionens domstolssystem som fastställs i fördragen och särskilt i artikel 267 FEUF. Här drog EU-domstolen en rak jämförelse till den skiljenämnd som var aktuell i *Achmea*. Domstolen fortsatte sin jämförelse med *Achmea* när den konstaterade att en skiljedom under ECT är slutgiltig, samt att nationella domstolar endast kan genomföra en begränsad prövning av dess giltighet. Domstolen upprepade återigen att jämförelser med ordinära kommersiella

---

<sup>81</sup> Se C-741/19 *République de Moldavie*, punkt 29; jfr punkt 21–38 för domstolens resonemang om sin behörighet i helhet.

<sup>82</sup> *Ibid*, punkt 42–47.

skiljeförfaranden inte kunde göras gällande eftersom dessa har sitt ursprung i den gemensamma partsviljan. Med bakgrund av dessa resonemang slog domstolen fast att om skiljeklausulen i artikel 26 ECT tilläts tillämpas på investeringstvister skulle det innebära att unionen och de medlemsstater som är parter i ECT har inrättat en mekanism för tvistlösning som kan innebära att unionsrättens fulla verkan inte säkerställs.<sup>83</sup>

Domstolen nämnde att ECT är ett multilateralt avtal, men påpekade att skiljeklausulen i artikel 26 syftar till att reglera bilaterala förbindelser mellan två fördragsslutande parter, vilket gör artikeln jämförbar med skiljeklausulen i det bilaterala investeringsavtal som var aktuellt i *Achmea*. Domstolen betonade att medlemsstaterna kan vara skyldiga att delta i ett skiljeförfarande genom artikel 26 i ECT gentemot investerare i stater som är parter till avtalet men inte medlemmar i EU, men att bevarandet av unionsrättens autonomi utgör hinder för att sådana skyldigheter ska uppstå mellan två medlemsstater i EU.<sup>84</sup> Domstolen sammanfattade sitt resonemang i denna fråga i punkt 66:

Mot bakgrund av det anförda finner domstolen att artikel 26.2 c i energistadgefördraget ska tolkas så, att den inte är tillämplig på tvister mellan en medlemsstat och en investerare från en annan medlemsstat angående en investering som sistnämnda investerare gjort i den förstnämnda medlemsstaten.<sup>85</sup>

Att domstolen gjorde detta klarläggande om EU-interna tvister under ECT, trots att den aktuella tvisten i målet inte var EU-intern, går att tolka som att EU-domstolen haft en stark vilja att förtydliga hur ECT förhåller sig till *Achmeas* prejudikatsregel och att fördraget inte är ett undantag från domstolens nya praxis. I doktrin efter domen fanns en uppfattning om att EU-domstolen valt ett olämpligt fall för att förtydliga att prejudikatet från *Achmea* omfattar ECT. I en artikel lyfte Fouchard och Thieffry fram att frågan om EU-interna skiljeförfaranden inte var en del av frågorna som ställts av den nationella domstolen, att tvisten inte var EU-intern och att det fanns invändningar mot domstolens behörighet. Författarna medgav att målet i ett tidigt skede i processen kapades av EU-kommissionen och diverse medlemsstater som ville uttrycka sina åsikter om konsekvenserna av *Achmea* vilket satte press på domstolen att förtydliga sin praxis.<sup>86</sup> Generaladvokat Szpunar valde i sitt förslag till avgörande att göra ett långt resonemang kring förhållandet mellan *Achmea* och ECT, vilket ytterligare förstärkte domstolens

---

<sup>83</sup> Se C-741/19 *République de Moldavie*, punkt 23 & 49–60.

<sup>84</sup> *Ibid*, punkt 64–65.

<sup>85</sup> *Ibid*, punkt 66.

<sup>86</sup> Se Fouchard och Thieffry.

behov att snabbt förtydliga hur fördraget påverkas av principerna från domen.<sup>87</sup>

Den franska klimatjournalisten Joël Cossardeaux skrev en artikel efter att domen i *Komstroy* hade meddelats. I artikeln beskrev han hur EUs institutioner under en tid oroat sig över hur investerare i fossila energikällor stämmer medlemsstater över klimatsatsningar vilket riskerar att hämma EU gröna satsningar. I artikeln beskrev Pascal Canfin, ordförande för EU-parlamentets klimatkommitté, hur domen i *Komstroy* tenderar att deaktivera de skadliga effekter som ECT har på EU:s klimatagenda.<sup>88</sup>

### 4.3 EU:s försök att modernisera ECT

Redan under förhandlingarna som föranledde energistadgefördraget uttryckte EU-kommissionen en oro över fördragets förenlighet med unionsrätten vid EU-interna tvister, men de fick inte igenom ett undantag i fördragstexten.<sup>89</sup> Som ovan nämnt har EU:s gröna omställning lett till fler EU-interna investeringstvister där fördraget är tillämpligt. Efter *Achmea* blev det tydligt att ECT behövde förändras för att vara förenligt med unionsrätten, vilket förstärktes ytterligare av domen i *Komstroy*. EU-kommissionen har arbetat med att reformera ECT och lagt fram ett förslag på ändringar. Den 24 juni 2022 presenterade EU-kommissionen att de hade nått ett principavtal för ett moderniserat ECT. EU-kommissionen beskrev hur förändringarna skulle främja hållbara investeringar i energisektorn genom ett mer enhetligt och tidsenligt regelverk. Förslaget skulle fortsatt erbjuda ett starkt investeringsskydd men samtidigt avspegla de klimatmål som ska uppnås enligt Parisavtalet. Kärnan i moderniseringsförslaget var att stater under fördraget skulle ha möjligheten att exkludera nya investeringar relaterade till fossila bränslen från reglerna om investeringsskydd och samtidigt fasa ut de investeringar relaterade till fossila bränslen som redan finns på plats i en snabbare takt än vad som är tillåtet genom ECT:s tidsfristklausul i artikel 47(3) som träder i kraft när ett land lämnar avtalet. Redan existerande investeringar skulle enligt de nya reglerna kunna fasas ut under en tioårsperiod. Det moderniserade fördraget skulle också slå fast att en investerare från en specifik regionalekonomisk organisation inte kan väcka en investeringstvist vid skiljenämnd mot en värdstat i samma regionala ekonomiska zon. Det här betyder i praktiken att det nya förslaget skulle förbjuda EU-interna investeringsskiljeförfaranden och därmed vara förenligt med EU-domstolens praxis från *Achmea*. Det moderniserade fördraget ändrar ECT:s definition av investering och investerare så att investeraren måste ha

---

<sup>87</sup> Se AG Szpunar i C-741/19 *République de Moldavie*, punkt 51–90 för hela resonemanget.

<sup>88</sup> Se Cossardeaux.

<sup>89</sup> Se Verburg, s. 431 ff.

ett betydande ekonomiskt intresse i värdstaten. Detta för att undvika att företag som EU-kommissionen beskriver som "brevlådebolag" åtnjuter investeringskydd under ECT. EU-kommissionen vill se till att enbart seriösa aktörer skyddas av det uppdaterade fördraget så att det blir svårare att missbruka investeringskyddet för att kräva stater på skadestånd.<sup>90</sup>

EU-kommissionen hade uppmanat EU-rådet att anta en gemensam position kring moderniseringsförslaget innan votering skulle genomföras vid Energistadgekonferensen den 22 november 2022.<sup>91</sup> Under de två månader som föregick voteringen vädrades många åsikter om att moderniseringsförslaget var otillräckligt. Det ledde till att Spanien inledde ett förfarande för att helt lämna ECT i mitten av oktober vilket sedan följdes av att Nederländerna, Frankrike, Tyskland och Polen antingen inledde eller förklarade sina intentioner att inleda liknande förfaranden, trots EU-kommissionens försök att övertyga staterna om att det är bättre att vara medlemsstat till ett reformerat ECT än att lämna under originalfördragets regler. Italien blev redan 2016 det första EU-landet att lämna fördraget.<sup>92</sup> Med så många stora stater i opposition till moderniseringsförslaget valde EU-kommissionen att i sista stund begära att voteringen som skulle ägt rum den 22 november skulle skjutas upp till tidigast april 2023.<sup>93</sup> Bara två dagar efter att voteringen skulle hållits antog EU-parlamentet en resolution om resultatet av moderniseringen av ECT. EU-parlamentet beaktade att EU-rådet inte lyckats uppnå den kvalificerade majoritet som krävdes för att rösta igenom moderniseringsförslaget och uppmanade EU-kommissionen med kraft att omedelbart inleda processen för ett samordnat EU-utträde från ECT. De uppmanade också EU-rådet att stödja förslaget om utträde. EU-parlamentet vill se ett avtal som utesluter tillämpningen av ECT:s tidsfristsklausul frivilligt mellan de parter som sluter avtalet.<sup>94</sup>

EU-kommissionen har i skrivande stund inte tagit något beslut om att lämna ECT men i ett läckt dokument till medlemsstaterna har EU-kommissionen beskrivit att det lämpligaste alternativet framgent vore att EU, dess medlemsstater och Euratom tillsammans och koordinerat lämnar fördraget. Det beskrivs i dokumentet som oundvikligt för EU och Euratom att lämna. I dokumentet nämner EU-kommissionen tre argument för ett koordinerat uttåg. Det första argumentet är att det inte längre framstår möjligt att modernisera ECT under dagens förutsättningar. Eftersom ett ECT utan ändringar inte är förenligt med unionsrätten eller unionens satsningar på förnybar energi

---

<sup>90</sup> Se Directorate-General for Trade: *Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty*; Jfr Directorate-General for Trade: *EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty*.

<sup>91</sup> Se Lee, Sullivan KC och Tyrrell s. 1 ff.

<sup>92</sup> Se Business & Human Rights Resource Centre.

<sup>93</sup> Se Lee, Sullivan KC och Tyrrell s. 1.

<sup>94</sup> Se Europaparlamentets resolution 2022/2934(RSP), punkt 16–22.

beskrivs det som både juridiskt och politiskt ohållbart för EU att vara en del av ett ECT som inte moderniserats. Det andra argumentet som nämns är att en stor del av fördragets artiklar faller under EU:s exklusiva kompetens vilket innebär att medlemsstater som vill vara kvar som fördragsslutande parter endast kan vara det om unionen tillåter det. Det beskrivs inte som sannolikt att unionens institutioner skulle ha en positiv inställning till det. Det tredje argumentet handlar om att uttåget ska vara koordinerat vilket motiveras av artikel 4(3) FEU och principen om lojalt samarbete. Under principen är medlemsstaterna skyldiga att avstå från handlingar som kan riskera unionsrättens autonomi eller fulla verkan. ECT i sin nuvarande form riskerar enligt prejudikatet från *Komstroy* unionsrättens autonomi och därför finns starka skäl för medlemsstaterna att koordinerat lämna fördraget. Dokumentet beskrivs som ett "non-paper" som syftar till att vägleda en diskussion med medlemsstaterna kring de alternativ till lösning som finns framgent.<sup>95</sup>

Förutom alternativet som innebar ett koordinerat uttåg ur fördraget nämner EU-kommissionen två andra alternativ som unionen har. Det ena är att EU och Euratom lämnar fördraget men att några enskilda medlemsstater som uttrycker vilja får unionens godkännande att stanna kvar i fördraget. EU-kommissionen nämner att alternativet skulle medföra signifikant komplexitet och administrativ börda. Det sista alternativet som läggs fram av EU-kommissionen är att ett moderniseringsförslag röstas igenom och att EU och Euratom sedan lämnar fördraget för att minimera tidsfristklausulens skadeverkningar. EU-kommissionen beskriver det sista alternativet som svårt att genomföra eftersom det skulle strida mot de offentliga uttalanden som en mängd medlemsstater redan gjort kring moderniseringsprocessen och dess intentioner att lämna fördraget. Sammanfattningsvis står ett koordinerat uttåg ur fördraget som EU-kommissionens huvudförslag i det läckta dokumentet till medlemsstaterna vilket innebär att EU-kommissionen ändrat sig kring moderniseringsprocessen. En talesperson för EU-kommissionen har efter dokumentet läcktes bekräftat att ett koordinerat uttåg ur ECT är det alternativ de rekommenderat till medlemsstaterna.<sup>96</sup>

I det läckta dokumentet skrev EU-kommissionen om de juridiska konsekvenserna av att dra sig ur fördraget. De betonade att praxis från *Achmea* och *Komstroy* innebär att ECT inte är och aldrig har varit tillämpligt på EU-interna investeringstvister. Det innebär att tidsfristklausulen endast är tillämpligt på investeringstvister under fördraget där minst en av parterna inte är medlem i unionen. Denna typ av investeringar skulle vara skyddade i 20 år efter att utträdet trätt i effekt. Nya investeringar från utländska investerare i ett EU-land eller från en EU-intern investerare i ett icke-medlemsland skulle

---

<sup>95</sup> Se Abnett; Jfr EURACTIV där dokumentet går att läsa i sin helhet.

<sup>96</sup> Se Abnett; Jfr EURACTIV.



inte vara skyddade under fördraget efter att utträdet trätt i kraft. EU-kommissionens bedömning är att investeringsskydd likt det i ECT inte är nödvändigt för att attrahera investeringar till unionen eftersom unionen har en hög nivå av rättssäkerhet och god tillgång till rättvisa. EU:s energimarknad beskriver EU-kommissionen som dynamisk och väldigt attraktiv. Därför bör ett uttåg ur fördraget inte ha någon större effekt på investeringsbeslut från Japan, Storbritannien, Schweiz, Azerbajdzjan eller något annat icke-EU land som är medlem till ECT. EU-kommissionen nämner att även om ECT aldrig varit tillämpligt i EU-interna tvister så har skiljenämnder regelbundet uttryckt en annan åsikt och ansett sig ha jurisdiktion i tvisterna. Här lyfter EU-kommissionen att ett avtal mellan EU, dess medlemsstater och Euratom som bekräftar att ECT inte gäller mellan de avtalsslutande parterna kan minimera risken att skiljenämnder använder ECT och tidsfristklausulen för att förklara sig behöriga att avgöra investeringstvister inom unionen. EU-kommissionen nämner att ett sådant avtal håller på att förhandlas fram. EU-kommissionen anser att ett avtal hade varit gynnsamt även mellan EU och de fördragsslutande stater som inte är unionsmedlemmar för att tidsfristklausulen skulle upphöra att gälla även mellan dem. Ett sådant avtal beskrivs som komplicerat eftersom de stater som inte är medlemmar i unionen inte har uttryckt en positiv inställning till en sådan överenskommelse.<sup>97</sup>

Vid tidpunkten som uppsatsen lämnas in, den 21 maj 2023, har inget officiellt beslut eller någon ny inställning kommunicerats från EU-kommissionen.

---

<sup>97</sup> Se EURACTIV.

## 5 Ad hoc-skiljeförfaranden

### 5.1 PL Holdings

Efter *Achmea* har det uppstått en del frågor om gränsdragning och i vilken utsträckning nationell rätt är förenlig med domens prejudikat. En av dessa frågor togs upp i domen *PL Holdings* där Högsta domstolen i Sverige begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Målet rörde giltigheten av en skiljedom meddelad i Sverige mellan PL Holdings Sàrl och Republiken Polen. Skiljedomen rörde en investeringstvist baserad på ett investeringsavtal mellan Belgien och Luxemburg å ena sidan och Polen på andra sidan. PL Holdings är ett bolag registrerat i Luxemburg och bildat i enlighet med gällande rätt i Luxemburg. Mellan 2010 och 2013 förvärvade PL Holdings aktier i två polska banker som slog samman och bolaget kom att äga 99 procent av aktierna i den fusionerade banken. I juli 2013 tog den polska finanstillsynsmyndigheten beslutet att upphäva den rösträtt som PL Holdings hade i banken genom sina aktier och att sedan tvångsförsälja aktierna. Det ledde till att PL Holdings den 28 november 2014 inledde ett skiljeförfarande mot Polen med åberopande av artikel 9 i investeringsavtalet mellan Belgien, Luxemburg och Polen.<sup>98</sup> Skiljedomens säte blev Sverige vilket innebar att svensk lag, såväl som unionsrätten, var tillämplig. Redan två dagar efter PL Holdings påkallelsekraft svarade Polens representanter i en skrivelse till SCC där de uttryckte sin avsikt att bestrida att Polen på ett giltigt sätt hade samtyckt till skiljeförfarandet. Den 7 augusti 2015 gav PL Holdings in sitt käromål och den 15 november samma år bestred Polen skiljenämndens behörighet i sitt svaromål med motiveringen att de inte ansåg att PL Holdings var att betrakta som en investerare i den mening som investeringsavtalet avser. I en inlaga den 27 maj 2016 åberopade Polen att skiljeklausulen i artikel 9 i investeringsavtalet stred mot unionsrätten.<sup>99</sup> Inlagan skickades fyra dagar efter att begäran om förhandsavgörande i målet *Achmea* kommit in till EU-domstolen. I en särskild skiljedom den 28 juni 2017 förklarade skiljenämnden sig behörig att avgöra målet och fann att Polen hade brutit mot investeringsavtalet och att PL Holdings därför hade rätt till skadestånd. Tre månader senare förpliktade skiljenämnden Polen att betala skadestånd till PL Holdings och ersätta dess juridiska kostnader i målet genom sin slutgiltiga skiljedom. Samma dag som den slutgiltiga skiljedomen meddelades väckte Polen klandertalan vid Svea hovrätt.<sup>100</sup>

Till stöd för sin klandertalan lyfte Polen liknande argument som de EU-domstolen under denna tid utredde i målet *Achmea*. Polen lyfte att artiklarna

---

<sup>98</sup> Se C-109/20 *PL Holdings*, punkt 12–15.

<sup>99</sup> *Ibid*, punkt 16–19.

<sup>100</sup> *Ibid*, punkt 20–22.

267 och 344 FEUF hindrar att EU-interna investeringstvister mellan investerare och värdstat väcks vid skiljenämnd. Polens argument var att detta faktum ledde till att artikel 9 stred mot unionsrätten och att skiljedomar meddelade med stöd av skiljeklausulen strider mot grunderna för unionens rättsordning och ska förklaras ogiltiga i enlighet med svensk nationell rätt i 33 § första stycket punkterna 1 och 2 i lag (1999:116) om skiljeförfarande. Polen lyfte genom detta ett argument för ogiltighet genom att domen påstods strida mot *ordre public*. Polen invände också att om den frist som återfinns i 34 § andra stycket i lagen om skiljeförfarande skulle leda till att Polens invändningar om skiljenämndens behörighet inte kan prövas, så är paragrafen i den svenska lagen inte tillämplig eftersom den hindrar unionsrättens fulla verkan.<sup>101</sup>

PL Holdings bestred Polens argument och ansåg att artikel 9 i investeringsavtalet utgör ett giltigt anbud om skiljeförfarande från Polens sida som PL Holdings hade antagit genom att väcka talan vid SCCs skiljedomsinstitut. De ansåg också att Polen hade invänt mot skiljeavtalets giltighet för sent. PL Holdings lyfte att även om skiljeklausulen i artikel 9 varit ogiltig så har ett *ad hoc*-skiljeavtal uppstått i enlighet med tillämplig svensk rätt till följd av parternas agerande i tvisten. Detta eftersom PL Holdings lämnat ett anbud om skiljeförfarande under samma villkor som återfinns i artikel 9 vid tidpunkten när de väckte talan och att Polen har accepterat anbudet genom sitt konkludenta handlande på grund av att de inte invände mot skiljenämndens behörighet enligt detta avtal inom den tid som föreskrivs i nationell rätt.<sup>102</sup>

Domen i *Achmea* hade redan meddelats när Svea hovrätt lämnade sitt avgörande om skiljedomens giltighet och de behövde därför väga in EU-domstolens nya prejudikat i sina resonemang. Hovrätten konstaterade att de principer som EU-domstolen slog fast i *Achmea* är tillämpliga och att det medför att artikel 9 i investeringsavtalet är ogiltigt mellan medlemsstaterna. Det får som följd att Polens anbud om skiljeförfarande till investerare som följer av avtalet är ogiltigt. Hovrätten fann, trots detta, att ogiltigheten inte hindrar att en medlemsstat och en investerare ingår skiljeavtal i enskilda fall och hovrätten bedömde därför att parterna i målet hade ingått ett *ad hoc*-skiljeförfarande genom sitt agerande i tvisten.<sup>103</sup>

Eftersom skiljeförfarandet hade sitt säte i Sverige gällde svensk rätt som *lex arbitri*.<sup>104</sup> Tillämplig lag är lagen om skiljeförfarande. 33 § punkt 2 i lagen om skiljeförfarande fastslår att en skiljedom är ogiltig om domen eller det sätt

---

<sup>101</sup> Se C-109/20 *PL Holdings*, punkt 23–24.

<sup>102</sup> *Ibid*, punkt 27–28.

<sup>103</sup> Se NJA 2022 s. 965, punkt 18.

<sup>104</sup> Se Sabahi, Rubins och Wallace, s. 84.

på vilket den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige.

34 § andra stycket första meningen i lagen om skiljeförfarande lyder: “En part har 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.” Denna mening utgör den allmänna preklusionsregeln som innebär en presumtion om att en part som deltar i ett skiljeförfarande utan att genast göra invändning mot skiljemännens behörighet har godtagit att skiljenämnden avgör tvisten.<sup>105</sup> I förarbetena till lagen om skiljeförfarande framgår att preklusionsregeln inte innebär att en parts underlåtenhet att protestera mot en viss procedur direkt medför att denne förlorat sin klanderrätt. Ett konstaterande att passiviteten är att uppfatta som ett avstående från klander krävs, men ett sådant konstaterande ligger enligt lagstiftaren ofta nära till hands.<sup>106</sup> Det var med denna bakgrund Svea hovrätt fann att det saknades grund att ogiltigförklara skiljedomarna mellan PL Holdings och Polen. Hovrätten ansåg att det saknades grund att ogiltigförklara domarna enligt 33 § i lagen om skiljeförfarande eftersom skiljenämnden hade sin behörighet i ett giltigt *ad hoc*-skiljeavtal som hade uppstått mellan parterna genom dess agerande. Hovrätten ansåg inte heller att det fanns anledning att upphäva skiljedomarna genom 34 § första stycket eftersom Polen hade framställt sin invändning mot skiljeavtalet senare än vad som krävs enligt paragrafens andra stycke.<sup>107</sup>

Hovrättens dom överklagades till Högsta domstolen som vilandeförklarade målet och begärde förhandsavgörande från EU-domstolen där tolkningsfrågan löd:

Innebär artiklarna 267 och 344 i FEUF, såsom de tolkades i [domen av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158)], att ett skiljeavtal är ogiltigt om det har ingåtts mellan en medlemsstat och en investerare – när det i ett investeringsavtal finns en skiljeklausul som är ogiltig på grund av att avtalet ingåtts mellan två medlemsstater – genom att medlemsstaten, sedan investeraren påkallat skiljeförfarande, som ett resultat av statens fria vilja avstår från att göra gällande invändningar mot behörigheten?<sup>108</sup>

EU-domstolen nämnde att den behövde omformulera den hänskjutna frågan för att kunna ge ett användbart svar som skulle möjliggöra för den nationella

---

<sup>105</sup> Se Cars, kommentar nummer 132.

<sup>106</sup> Se Prop. 1998/99:35, s. 233.

<sup>107</sup> Se NJA 2022 s. 965, punkt 19.

<sup>108</sup> C-109/20 *PL Holdings*, punkt 33.

domstolen att avgöra målet. Den nationella domstolen fann att skiljeklausulen i artikel 9 i investeringsavtalet var ogiltig eftersom artikeln undergräver unionsrättens autonomi och dess enhetliga tillämpning. EU-domstolen betonade att det innebär att inget skiljeförfarande kan inledas med stöd av skiljeklausulen. PL Holdings inledde från början ett skiljeförfarande med stöd av artikel 9 i investeringsavtalet men hävdade sedan att bolagets påkallelsekrift skulle utgöra ett nytt anbud om skiljeförfarande eftersom artikel 9 inte var giltig mellan parterna och att Polen har accepterat detta anbud genom konkludent handlande på grund av att de inte invänt mot skiljenämndens behörighet inom den tidsram som föreskrivs i nationell rätt. Genom PL Holdings nya anbud och Polens agerande som utgör en accept ska ett nytt *ad hoc*-skiljeavtal ha ingåtts mellan parterna. Detta avtal ersatte artikel 9, men övriga artiklar i investeringsavtalet tolkades och tillämpades av skiljenämnden.<sup>109</sup>

Med dessa omständigheter i beaktande valde EU-domstolen att tyda tolkningsfrågan som att den hänskjutande domstolen ställt frågan för att:

(...) få klarhet i huruvida artiklarna 267 och 344 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som tillåter en medlemsstat att med en investerare från en annan medlemsstat ingå ett *ad hoc*-skiljeavtal som gör det möjligt att fortsätta ett skiljeförfarande som inlemts med stöd av en skiljeklausul med samma innehåll som detta avtal, vilken återfinns i ett internationellt avtal ingånget mellan dessa båda medlemsstater och vilken är ogiltig på grund av att den strider mot nämnda fördragsartiklar.<sup>110</sup>

EU-domstolen betonade i början av sin utredning att det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma de faktiska omständigheterna i målet och att EU-domstolen endast har att avgöra tolkningsfrågan. Bedömningen kring om Polen har uttryckt en vilja att acceptera ett *ad hoc*-skiljeavtal eller om de misslyckats att bestrida skiljenämndens behörighet i tid ska alltså göras av Högsta domstolen i Sverige. EU-domstolen ska endast avgöra huruvida ett sådant *ad hoc*-avtal är förenligt med unionsrätten i det fall att den nationella domstolen finner att ett giltigt avtal har ingåtts.<sup>111</sup>

EU-domstolen upprepade i *PL Holdings* sin praxis från *Achmea* och hänvisade till både *Achmea* och *Komstroy* löpande i domskälen. Det betonades hur den aktuella typen av skiljeklausuler i investeringsavtal undandrar tvister som kan avse tillämpning av unionsrätt från de möjligheter

---

<sup>109</sup> Se C-109/20 *PL Holdings*, punkt 34–36.

<sup>110</sup> C-109/20 *PL Holdings*, punkt 37.

<sup>111</sup> Se C-109/20 *PL Holdings*, punkt 38–39 & 43.

till överklagande som enligt artikel 19.1 andra stycket FEU ska finnas när unionsrätt tillämpas. Ett sådant avtal motverkar unionsrättens fulla verkan. EU-domstolen betonade att Polen och EU bekräftat i artikel 4.1 i avtalet om upphävande av EU-interna BIT att skiljeklausuler som återfinns i investeringsavtal mellan medlemsstater, likt den i artikel 9 från investeringsavtalet mellan Belgien, Luxemburg och Polen, inte kunde utgöra grund för skiljeförfarande sedan dagen för Polens anslutande till EU den 1 maj 2004. Om en medlemsstat tilläts att hänskjuta en tvist som rör unionsrätt till ett skiljeorgan med samma egenskaper som återfinns i en ogiltig skiljeklausul i ett BIT eller jämförbart investeringsavtal skulle det innebära att medlemsstaten kunde kringgå sina skyldigheter enligt fördragen och prejudikatet i *Achmea*. Ett sådant *ad hoc*-skiljeavtal skulle ha samma verkan som den ogiltiga skiljeklausulen och vore därmed ett sätt att låta dess verkningar bestå trots ogiltigheten.<sup>112</sup>

EU-domstolen uttryckte att ett godkännande av ett *ad hoc*-skiljeavtal i *PL Holdings* kan få långtgående konsekvenser. Det skulle innebära att alla påkallelser om skiljeförfaranden som grundar sig på ogiltiga skiljeklausuler skulle kunna utgöra anbud, som i sin tur kan anses accepteras genom konkludent handlande enbart på den grund att den svarande medlemsstaten inte anfört specifika argument mot förekomsten av ett *ad hoc*-skiljeavtal. Domstolen påpekade att grunden för ett skiljeorgans giltighet inte kan vara beroende av hur parterna agerar. Om en medlemsstat uttryckt en vilja att erkänna en skiljenämnds behörighet på samma villkor som återfinns i ett investeringsavtal, skulle denna vilja sammanfalla med den vilja som uttryckts när den ursprungliga skiljeklausulen infördes och skulle i sådant fall inte kunna ligga till grund för skiljenämndens behörighet. Eftersom det ursprungliga viljeuttrycket inte uttryckts på ett vis som överensstämmer med unionsrättens autonomi kan inte heller viljeuttryck som sammanfaller med det ursprungliga, baserat på samma grunder, göra så.<sup>113</sup>

I avtalet om upphävande av bilaterala investeringsavtal mellan Europeiska unionens medlemsstater artikel 7(b) åtar sig medlemsstaterna som är parter i ett investeringsavtal på grundval av vilket ett skiljeförfarande har inletts och är pågående att begära att den nationella domstolen upphäver eller avstår från att erkänna och verkställa skiljedomen.<sup>114</sup> EU-domstolen betonade att denna regel är tillämplig på skiljeklausuler som är ogiltiga men som fullföljs med stöd av ett *ad hoc*-skiljeavtal som ingåtts i enlighet med nationell rätt vars innehåll är identiskt med den ursprungliga skiljeklausulen. Varje försök att kringgå en skiljeklausuls ogiltighet är i sig oförenligt med grundläggande

---

<sup>112</sup> Se C-109/20 *PL Holdings*, punkt 45–48.

<sup>113</sup> *Ibid*, punkt 49–51.

<sup>114</sup> Se Avtalet om upphävande av bilaterala investeringsavtal mellan Europeiska unionens medlemsstater.

principer som reglerar unionens rättsordning och själva grunden för det aktuella *ad hoc*-skiljeavtalet är i sådant fall rättsstridig.<sup>115</sup>

EU-domstolen besvarade den hänskjutna frågan på följande vis:

Artiklarna 267 och 344 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som tillåter en medlemsstat att med en investerare från en annan medlemsstat ingå ett *ad hoc*-skiljeavtal som gör det möjligt att fortsätta ett skiljeförfarande som inletts med stöd av en skiljeklausul med samma innehåll som detta avtal, vilken återfinns i ett internationellt avtal ingånget mellan dessa båda medlemsstater och vilken är ogiltig på grund av att den strider mot nämnda fördragsartiklar.<sup>116</sup>

Med stöd av förhandsavgörandet beslutade Högsta domstolen att förklara skiljedomen ogiltig enligt 33 § andra punkten i lagen om skiljeförfarande. Bestämmelsen fastslår att en skiljedom är ogiltig om skiljedomen eller det sätt på vilket den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige. Det innebär att en skiljedom kan förklaras ogiltig om den strider mot *ordre public*.<sup>117</sup>

Högsta domstolen inledde sitt resonemang kring ogiltighet med att beskriva hur *ordre public* är en allmän princip som leder till att ett utländskt avgörande ska vägras erkännande och verkställighet om följderna av avgörandet uppenbart strider mot grunderna för den svenska rättsordningen. Domstolen betonade att *ordre public*-regler i allmänhet ges en snäv tillämpning i svensk rätt.<sup>118</sup> Reglerna om *ordre public* omfattar enbart vad förarbetena beskriver som "höggradigt stötande fall".<sup>119</sup> Principen om *ordre public* finns till för att skydda svensk rättsordning mot de negativa följder som kan följa av att utländska regler och avgöranden får genomslag i landet. Men principen avser också att värna de viktigaste grundsatserna i den svenska rättsordningen. Högsta domstolen betonade att unionsrätten är en del av den svenska rättsordningen och att de förhandsavgöranden som EU-domstolen lämnat rörande investeringstvister och medlemsstaternas försök att undandra dessa från unionens rättsordning måste anses utgöra grundläggande rättsprinciper. Ett avgörande som strider mot dessa förhandsavgöranden strider i förlängningen mot *ordre public* i Sverige.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> Se C-109/20 *PL Holdings*, punkt 53–55.

<sup>116</sup> C-109/20 *PL Holdings*, sista stycket.

<sup>117</sup> Se NJA 2022 s. 965, punkt 59–61.

<sup>118</sup> *Ibid*, punkt 52–53.

<sup>119</sup> Se Prop. 1998/99:35, s. 140.

<sup>120</sup> Se NJA 2022 s. 965, punkt 54–56.

HD:s val att ogiltigförklara domen med hänvisning till processuell *ordre public* har fått kritik i doktrin. Exempelvis skrev Michael Bogdan i en artikel att det troligtvis hade räckt för domstolen att hänvisa till skiljedomens oförenlighet med EU-rätten utan att ge sig in i ett *ordre public*-resonemang. Bogdan menade att ett sådant resonemang kan leda till kasuistisk prövning med oförutsägbara resultat.<sup>121</sup>

Efter förhandsavgörandet i *PL Holdings*, en dag innan HD:s dom föll den 14 december 2022, dömde Svea hovrätt i ett annat mål mellan Novenergia II, ett företag med bas i Luxemburg, och spanska staten. Målet rörde ett skiljeförfarande där behörigheten grundades på ECT. Hovrätten vägde in praxis från *Achmea*, *Komstroy* och *PL Holdings* och fann att skiljedomen inte var giltig.<sup>122</sup> Det är ett tydligt tecken på att EU lyckats övertyga svenska domstolar om att ECT faller in under *Achmeas* prejudikatregler, något som den svenska regeringen inte var beredd att göra någon utfästelse kring i det direkta efterspelet till *Achmea*.<sup>123</sup> I en kommentar beskrev Bruno Gustafsson hur domarna i *PL Holdings* och *Novenergia* tyder på att investerare går en svår framtid till mötes när de försöker försvara skiljedomar i investeringstvister vid svenska domstolar.<sup>124</sup> Sverige har länge varit ett populärt land att välja som säte för skiljeförfaranden, inte minst genom SCC:s skiljedomsinstitut. Men de två domarna visar att Sverige inte motsätter sig EU-kommissionens inställning eller EU-domstolens prejudikat och att svenska domstolar är beredda att åsidosätta eller ogiltigförklara EU-interna skiljedomar som baseras på både bilaterala investeringsavtal och energistadgefördraget.

---

<sup>121</sup> Se Bogdan, s. 263.

<sup>122</sup> Se Svea hovrätt, dom 2022-12-13 i mål nr T 4658-18, avsnitt 6.4.

<sup>123</sup> Se Regeringskansliet.

<sup>124</sup> Se Gustafsson.



## 6 Analys och slutsatser

Uppsatsen har redogjort för det rådande rättsläget gällande europeiska investeringstvister och särskilt för möjligheten att använda skiljeförfarande som tvistlösningsmetod i EU-interna situationer. Tre viktiga rättsfall har analyserats grundligt. Uppsatsens syfte var att redogöra för gällande rätt och utläsa vilken riktning rättsläget rör sig i. För att uppnå uppsatsens syfte ställdes tre frågeställningar som arbetet med uppsatsen har utgått från. Dessa var:

1. Vilken påverkan hade *Achmea* på rättsläget angående EU-interna investeringstvister och hur har rättsläget förändrats sedan domen meddelades?
2. Finns det fortfarande utrymme för att använda skiljeförfarande som tvistlösningsmetod för tvister under ECT?
3. Kan EU-domstolens praxis rörande investeringstvister komma att få konsekvenser för ordinära kommersiella skiljeförfaranden av EU-intern karaktär?

Som framkommit ovan är rättsläget i förändring, vilket innebär att ett definitivt svar på frågeställningarna inte är möjligt. Däremot finns det flertalet slutsatser som går att dra i dagsläget.

Efter *Achmea* fortsatte skiljenämnder att förklara sig själva behöriga och det fanns osäkerhet kring hur långtgående konsekvenser prejudikatet skulle ha på den EU-interna investeringsrätten.<sup>125</sup> EU-domstolen har fortsatt på den inslagna vägen och befast prejudikatet i *Achmea* genom *Komstroy* och *PL Holdings*. De uppföljande rättsfallen har också förtydligat osäkerheten kring *Achmeas* konsekvenser för ECT och täckt igen potentiella kryphål som uppstått genom nationell lagstiftning. Domstolen har tydligt visat att de menade allvar med domen i *Achmea*, och att EU-interna investeringstvister som processas genom skiljeförfarande inte är förenliga med unionsrättens autonomi eller dess fulla verkan. Det närmar sig i skrivande stund fem år sedan förhandsavgörandet i *Achmea* meddelades, och följderna har börjat visa sig i praktiken. Under 2022 ogiltigförklarades två EU-interna investeringsskiljedomar med säte i Frankrike av nationell domstol genom *ordre public* med hänvisning till EU-domstolens praxis.<sup>126</sup> Det är ännu svårt att dra några slutsatser kring om skiljenämnder kommer att börja följa EU-

---

<sup>125</sup> Jfr Georgaki; Jfr följande skiljedomar: *Landesbank Baden-Württemberg (LBBW) et al. v. Kingdom of Spain*; *Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic*; *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain* och *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*.

<sup>126</sup> Jfr *Slot v. Poland* och *Strabag et al. v. Poland*.

domstolens praxis eller fortsätta att förklara sig själva behöriga att avgöra EU-interna investeringstvister. *Komstroy* och *PL Holdings* förändrar inte de argument som skiljenämnderna haft för sin behörighet, men rättsfallen visar att domstolen är fast besluten att stoppa dessa förfaranden. De nationella domstolarna inom unionen är skyldiga att döma efter EU-domstolens praxis, vilket nu sker i flera ovan nämnda fall. Det bör därför bli tydligt för investerare och skiljenämnder att skiljedomar i investeringsmål inte är skyddade från överklagan till nationella domstolar och att de därför riskerar att ogiltigförklaras om dess behörighet grundar sig på ett avtal som inte är förenligt med *Achmea*. Ett skiljeförfarande är dyrt och om det överklagas till nationella domstolar ökar kostnaderna ytterligare. Om investeraren vet på förhand att domen inte kommer att upprätthållas i domstolarna så finns det starka skäl att undvika skiljeförfarande som tvistlösningsmetod framöver. Generaladvokaten uttryckte i sitt förslag till dom i *Achmea* att de nationella domstolarna ofta har villkor och tidsfrister som försvårar för investerare att föra sin talan, vilket har gjort skiljeförfarande till ett mer attraktivt forum för tvistlösning.<sup>127</sup> Även om det inte går att dra några direkta slutsatser kring om skiljenämnder kommer att fortsätta döma i investeringstvister så går det att konstatera att deras motstånd mot *Achmea* var starkt under tiden som följde domen. Det som går att konstatera är att det sedan domen presenterades har blivit svårare att motivera skiljenämndernas behörighet. Det har också blivit betydligt mindre attraktivt för investerare att välja skiljeförfarande som metod för tvistlösning i investeringstvister eftersom både EU-domstolen och nationella domstolar inom unionen har visat sig fast beslutna att ogiltigförklara de skiljedomar som meddelas i strid med principerna i *Achmea*.

Gällande rättsläget inom EU-rätten har många av de frågor som uppstod efter *Achmea* fått svar. Domen ska inte tolkas restriktivt och är tillämplig på alla EU-interna BIT, inte enbart sådana som är direkt jämförbara med det BIT mellan Nederländerna och Slovakien som var i fokus i *Achmea*. Eftersom skiljeklausuler i EU-interna bilaterala investeringsavtal bedöms vara ett sätt för medlemsstater att undandra en tvist från den rättsordning som fastslagits genom fördragen, så är inga sådana skiljeklausuler förenliga med unionsrätten. Efter domen gjordes många tolkningar i doktrin som var restriktiva, men EU-domstolen har tydligt visat att de restriktiva tolkningarna underskattade prejudikatets omfattning.

Genom *Komstroy* har EU-domstolen förtydligat att principerna som uttryckes i *Achmea* även omfattar skiljeklausulen i energistadgefördraget i alla EU-interna situationer. Domstolen anser inte att det multilaterala investeringsavtalet skiljer sig på något väsentligt vis från EU-interna BIT som

---

<sup>127</sup> Se AG Wathelet i C-284/16 *Achmea*, punkt 206 & 265.

skulle göra att fördraget inte omfattas av domstolens nya praxis. Argument som att fördraget var av en särskild art har inte stoppat domstolen från bedömningen att EU-interna skiljeförfaranden under ECT undergräver autonomi i unionens rättsordning och hindrar dess fulla verkan. Det går att dra slutsatsen att det ur ett EU-rättsligt perspektiv efter *Komstroy* inte finns någon möjlighet att använda skiljeförfarande som metod för tvistlösning vid en investeringstvist hänförlig till ECT. Det betyder inte att investerare inte kommer att inleda sådana förfaranden. Det betyder inte heller att alla skiljenämnder i dessa förfaranden kommer att förklara sig obehöriga att döma i framtiden. Men det betyder att alla delar av EU:s domstolssystem kommer att vara skyldiga att ogiltigförklara de skiljedomar som följer av denna typ av förfaranden. Detta faktum bör ha en avskräckande effekt på många investerare som vill inleda skiljeförfarande mot en medlemsstat under fördragets artiklar.

Det bör nämnas att uppsatsen inte har gått in på möjligheten att välja ett EU-externt säte för en EU-intern tvist och således fullfölja ett skiljeförfarande som inte faller under unionens domstolskontroll. Därför dras inga slutsatser om hur effektivt ett sådant förfarande skulle kunna vara för att kringgå prejudikatet i *Achmea*. Det kan nämnas att en sådan skiljedom bör möta stora problem om den ska verkställas i en medlemsstat.

EU-interna skiljeförfaranden under ett BIT eller MIT ser ut att bli ett minskande problem för unionens institutioner i framtiden. Den här slutsatsen baseras på att EU:s medlemsstater har sagt upp sina EU-interna BIT. Därav kommer mängden nya förfaranden som inleds genom dessa avtal kraftigt minska eftersom de inte längre är i kraft. Förfaranden under ECT kan fortfarande inledas i strid mot den gällande unionsrätt som befästes i *Komstroy*. Men EU:s institutioner, i synnerhet EU-kommissionen, arbetar hårt för att finna en lösning som gör EU-interna investeringsskiljeförfaranden omöjliga även under ECT. I skrivande stund är EU-kommissionens officiella hållning fortfarande att modernisera fördraget där det nya förslaget tydligt uttrycker att fördragets skiljeklausul inte är tillämplig i EU-interna tvister. EU misslyckades med att få tillräckligt stöd för moderniseringsförslaget bland sina medlemsstater vid den planerade voteringen och flera stora nationer har aviserat sin intention att lämna fördraget helt. Det har läckt ut dokument som tyder på att EU-kommissionen överväger att inleda ett arbete för att unionens medlemsländer koordinerat ska lämna ECT, något som tidigare fått stöd från EU-parlamentet. Jag vill återigen betona att EU-kommissionens officiella hållning är att moderniseringsförslaget ska röstas igenom under 2023 och att det i skrivande stund inte har skett någon officiell positionsförändring. Trots det kan det åtminstone inte bedömas vara osannolikt att EU-kommissionen ändrar sin ståndpunkt i frågan inom en snar framtid.

Framtiden för skiljeförfaranden under investeringsavtal där förfarandet inte är EU-internt men en av parterna tillhör en medlemsstat är oviss. EU:s institutioner har inte förbjudit BIT mellan medlemsstater och icke-medlemsstater, men arbetar för att dessa avtal på sikt ska ersättas med multilaterala avtal där EU är en samlad avtalsslutande part. Tidsfristklausulen i ECT gör det möjligt för investerare som kommer från ett fördragsslutande land som inte är unionsmedlem att inleda skiljeförfarande mot medlemsstater i 20 år från det att en medlemsstat lämnar fördraget. För att undvika detta krävs att medlemsstaten, eller EU som institution, ingår avtal med övriga fördragsslutande parter om att tidsfristklausulen inte ska gälla mellan länderna. Flera fördragsslutande parter har uttryckt en pessimistisk inställning till ett sådant avtal, däribland Storbritannien och Schweiz.<sup>128</sup> Det är inte omöjligt att EU-domstolen i framtiden meddelar en dom där även denna form av investeringsskiljeförfaranden anses ogiltiga, men en sådan åtgärd får beskrivas som drastisk. Det hade riskerat en diplomatisk kris mellan EU och övriga involverade stater.

Utöver att utvidga prejudikatet i *Achmea* till att omfatta energistadgefördraget har EU-domstolen stärkt prejudikatet ytterligare i *PL Holdings*. Där slogs fast att ett *ad hoc*-skiljeavtal är ogiltigt om avtalet gör det möjligt att fortsätta ett skiljeförfarande som inletts med stöd av en ogiltig skiljeklausul från ett BIT eller MIT där klausulen hade samma innehåll som återfinns i *ad hoc*-skiljeavtalet. Domstolen slog här fast att artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder för nationell lagstiftning som tillåter denna typ av *ad hoc*-skiljeavtal. Det innebär i en svensk kontext att den allmänna preklusionsregeln i 34 § andra stycket i lagen om skiljeförfarande inte är tillämplig i situationer där en skiljeklausul är ogiltig på grund av att den strider mot grunderna för EU:s rättsordning. Det betyder att det aldrig kan anses att en parts deltagande i ett skiljeförfarande innebär att de har avstått från att göra gällande invändningar mot en skiljenämnds behörighet som grundar sig på principerna från *Achmea*.

Efter *Achmea* lyftes kritik mot hur domstolen skiljer på kommersiella skiljeförfaranden och investeringsskiljeförfaranden. Domstolens distinktion mellan de två förfarandena kritiserades för att vara svag och otydlig. Det väcktes farhågor om att *Achmea* skulle ha stora konsekvenser för kommersiella skiljeförfaranden, antingen direkt eller längre in i framtiden. Domstolen har inte förtydligat sin skiljelinje mellan de två förfarandena sedan domen föll. Domstolen har inte heller visat några tendenser till att röra sig i riktningen att förbjuda kommersiella skiljeklausuler så som den i praktiken gjorde i *Achmea* med skiljeklausuler i investeringsavtal. Min slutsats är att kritiken om att domstolen varit otydlig är befogad, men att farhågorna om att *Achmea* skulle ha långtgående konsekvenser för kommersiella

---

<sup>128</sup> Jfr EURACTIV.

skiljeförfaranden hittills har visat sig överdrivna. Det är inte omöjligt att domstolen i framtiden kräver en mer omfattande domstolskontroll i denna typ av förfaranden, men det är mycket osannolikt att kommersiella skiljeförfaranden skulle förbjudas inom EU genom en dom jämförbar med *Achmea*. Denna slutsats grundar sig delvis i en historisk analys, där EU:s institutioner länge accepterat kommersiella skiljeförfaranden som nödvändiga för en effektiv tvistlösning mellan enskilda, men institutionerna samtidigt länge uttryckt missnöje mot skiljeförfaranden i investeringstvister där medlemsstater är parter. Ett förbud mot kommersiella skiljeförfaranden är därför betydligt mer osannolikt än prejudikatet i *Achmea* kan anses ha varit.

Jag delar Christopher Vadjas analys om att distinktionen mellan kommersiella förfaranden och investeringsförfaranden ligger i dess systematiska hot mot EU:s institutionella autonomi och inte endast i partsviljan. Domstolens resonemang om partsviljan framstår som vagt eftersom både investerare och medlemsstater uttryckt sin partsvilja att ingå skiljeförfarande även i denna typ av tvister, om än vid olika tillfällen. Resonemanget blir lättare att förstå i den kontext som Vanja presenterar. Problemet är inte bara bristen på partsvilja från båda parter vid avtalsslutet, utan att de två medlemsstaterna som ingår ett bilateralt investeringsavtal uttrycker sin vilja att kringgå artikel 19(1) FEU. Distinktionen mellan de två typerna av skiljeförfarande kan tolkas som att den domstolskontroll som finns i unionens domstolssystem är tillräcklig för att tillåta kommersiella skiljeförfaranden mellan två villiga parter, men den är inte tillräcklig i situationer där två medlemsstater avtalat om att undandra tvister från unionens rättsordning. Med detta perspektiv blir domstolens tolkning tydligare, men jag anser att rättsläget hade gynnats av ytterligare förtydligande från EU-domstolen kring skillnaden mellan de två förfarandena och varför det ena är tillåtet och varför det andra har bedömts vara oförenligt med unionsrätten.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Sverige

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

### Europeiska kommissionen

Directorate-General for Trade: *EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty*, 24 juni 2022.

### Europaparlamentet

Europaparlamentets resolution av den 24 november 2022 om resultatet av moderniseringen av energistadgefördraget, 2022/2934(RSP).

### Övrigt

Avtalet om upphävande av bilaterala investeringsavtal mellan Europeiska unionens medlemsstater, 29 maj 2020, EUT L 169/1.

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 <https://www.regeringen.se/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf> (besökt: 2023-04-11).

EU-domstolens yttrande 2/13, 18 december 2014.

EU-domstolens yttrande 2/15, 16 maj 2017.

FN:s Generalförsamling, resolution 1803 (XVII) av den 14 december 1962, *Permanent sovereignty over natural resources.*

Kouroutakis, Antonios: *Sunset Clauses in International Law and their Consequences for EU Law*, studie på begäran av Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor, 2022.

### **Övriga källor**

Abnett, Kate: *Brussels says EU exit from Energy Charter Treaty 'unavoidable'*, Reuters, 7 februari 2023, <https://www.reuters.com/world/europe/brussels-says-eu-exit-energy-charter-treaty-unavoidable-2023-02-07/> (besökt: 2023-04-10).

Business & Human Rights Resource Centre: *EU: Germany, France, Spain, Poland & Netherlands to exit Energy Charter Treaty; CSOs welcome announcement & urge other EU countries to withdraw*, 17 oktober 2022, <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-spain-to-follow-poland-italy-in-exiting-energy-charter-treaty-csos-welcome-announcement-urge-other-eu-countries-to-withdraw/>> (besökt: 2023-04-09).

Cossardeaux, Joël: *Transition énergétique: les Etats européens moins exposés aux attaques des industriels*, Les Echos, 14 september 2021, <<https://www.lesechos.fr/monde/enjeux-internationaux/transition-energetique-les-etats-europeens-moins-exposes-aux-attaques-des-industriels-1345895>> (besökt: 2023-04-03).

Directorate-General for Trade: *Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty*, Europeiska kommissionen, nyhetsartikel den 24 juni 2022, <[https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en)> (besökt 2023-04-03).

EURACTIV: *LEAK: Exit from Energy Charter Treaty 'unavoidable', EU Commission says*, 8 februari 2023, <<https://www.euractiv.com/section/energy/news/exit-from-energy-charter-treaty-unavoidable-eu-commission-says/>> (besökt: 2023-04-10).

Fouchard, Clement – Thieffry, Vanessa: *CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the End of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment)*, Kluwer Arbitration Blog, 7 september 2021, <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/07/cjeu-ruling-in-moldova-v-komstroy-the-end-of-intra-eu-investment-arbitration-under-the-energy-charter-treaty-and-a-restrictive-interpretation-of-the-notion-of-protected-investment/>> (besökt 2023-04-04).

Förenta nationerna: *Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development 2010, <[https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf)>.

Georgaki, Konstantina: *The Decision on the Achmea Issue in Vattenfall v Germany or: How to Escape the Application of the CJEU's Decision in Achmea in Three Steps*, Oxford Business Law Blog, 28 november 2018, <<https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/11/decision-achmea-issue-vattenfall-v-germany-or-how-escape-application>>.

Gustafsson, Bruno: *EU Law Showing its Teeth: The Annulment of Novenergia II v Spain*, Kluwer Arbitration Blog, 7 mars 2023,

<<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/03/07/eu-law-showing-its-teeth-the-annulment-of-novenergia-ii-v-spain/>>.

International Energy Charter, *Contracting Parties and Signatories of the Energy Charter Treaty*,

<<https://www.energychartertreaty.org/treaty/contracting-parties-and-signatories/>> (besökt: 2023-03-30).

Lee, E Jin – Sullivan KC, Jeff – Tyrrell, Theo: *Energy Charter Treaty - Recent Developments*, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, 5 december 2022,

<<https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2022/12/energy-charter-treaty-recent-developments.pdf>> (besökt: 2023-04-04).

Regeringskansliet, *EU:s medlemsstater överens om att säga upp sina bilaterala investeringsavtal*, 17 januari 2019,

<<https://www.regeringen.se/artiklar/2019/01/eus-medlemsstater-overens-om-att-saga-upp-sina-bilaterala-investeringsavtal/>> (besökt: 2023-03-30).

Teasdale, Anthony: *Non-paper*, The Penguin Companion to European Union, 1 oktober 2012,

<[https://penguincompaniontoeu.com/additional\\_entries/non-paper/#:~:text=Oftentimes%20circulated%20by%20the%20presidency,position%20up%20to%20that%20point](https://penguincompaniontoeu.com/additional_entries/non-paper/#:~:text=Oftentimes%20circulated%20by%20the%20presidency,position%20up%20to%20that%20point)> (besökt: 2023-04-11).

## Litteratur

Bernitz, Ulf – Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, 7 uppl., Norstedts Juridik 2022.

Bilanová, Anna – Kudrna, Jaroslav: ‘Achmea: The End of Investment Arbitration as We Know It?’, i: Mistelis, Loukas – Lavranos, Nikos: *European Investment Law and Arbitration Review*, 2018 Vol. 3, s. 261–281.

Bogdan, Michael: *Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2021-2022*, Svensk Juristtidning 2023 s. 262.

Cars, Thorsten: *Lag (1999:116) om skiljeförfarande 34 §*, Karnov, (JUNO) (besökt: 2023-04-10).

Cordero-Moss, Giuditta: ‘Achmea’s Distinction between Investment and Commercial Arbitration’, i: Calissendorff, Axel: *The Future of Arbitration in Europe*, Stockholm Centre for Commercial Law 2020 nr. 36, s. 17–28.

Dahlquist Cullborg, Joel: *The Use of “non-ICSID” Arbitration Rules in Investment Treaty Disputes*, Uppsala Universitet 2019.

Dolzer, Rudolf – Kriebaum, Ursula – Schreuer, Christoph: *Principles of International Investment Law*, 3 uppl., Oxford University Press 2022.



Hartkamp, Arthur: 'Some Practical Consequences of the Achmea Judgment for Intra-EU Investment Arbitration', i: Mancaloni, Anna Maria – Poillot, Elise: *National Judges and the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, Roma Tre Press 2021, s. 193–204.

Herranz-Surrallés, Anna: 'The Energy Charter Treaty: Old and New Dilemmas in Global Energy Governance', i: Kemmerzell, Jörg – Knodt, Michéle: *Handbook of Energy Governance in Europe*, Springer 2022, s. 347–366.

Hess, Burkhard: *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series 2018 nr 3.

Hettne, Jörgen – Otken Eriksson, Ida: *EU-rättslig metod*, 2 uppl., Norstedts Juridik 2011.

Hydén, Håkan – Hydén, Therese: *Rättsregler*, 8 uppl., Studentlitteratur AB 2019.

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

Kryvoi, Yarik: *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 4 uppl., Kluwer Law International 2020.

Laazouzi, Malik: *Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, 1 uppl., Routledge 2021.

Lindell, Bengt: *Civilprocessen*, 5 uppl., Iustus 2021.

Maunsbach, Ulf – Bramstång, Gunnar – Lindsoug, Patrik: *Grundläggande svensk internationell privat- och processrätt*, 1 uppl., Norstedts Juridik 2021.

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

Pusztai, David – Triantafilou, Epaminontas: 'Chapter 4: Achmea, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law. The Way Forward', i: Baltag, Crina – Stanič, Ana: *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, Kluwer Law International 2020, s. 43–62.

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

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

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 5 uppl., Norstedts Juridik 2021.

Trittmann, Rolf – Tzionas, Alexandros: ‘The Level of Review of European Law by National Courts in connection with Awards in Commercial Arbitrations’, i: Calissendorff, Axel: *The Future of Arbitration in Europe*, Stockholm Centre for Commercial Law 2020 nr. 36, s. 37–63.

Vajda, Christopher: ‘Autonomy of the EU Legal Order’, i: Calissendorff, Axel: *The Future of Arbitration in Europe*, Stockholm Centre for Commercial Law 2020 nr. 36, s. 65–82.

Verburg, Cees: *Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement*, Brill & Nijhoff, *The Journal of World Investment & Trade* 2019 vol 20 utgåva 2-3, s. 425–454.

# Rättsfallsförteckning

## EU-domstolen

C-26/62 *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

C-337/95 *Parfums Christian Dior*, EU:C:1997:517.

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

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

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

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

C-567/14 *Genentech*, EU:C:2016:526.

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

C-741/19 *République de Moldavie*, EU:C:2021:655.

C-109/20 *PL Holdings*, EU:C:2021:875.

### Förslag till avgörande

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

AG Szpunar i C-741/19 *République de Moldavie*, EU:C:2021:164.

## Sverige

### Högsta domstolen

NJA 2022 s. 965.

### Svea hovrätt

Svea hovrätt, dom 2022-12-13 i mål nr T 4658-18.

## Övriga

### Tyskland

I ZB 2/15, BGH, dom den 31. Oktober 2018,  
DE:BGH:2018:311018BIZB2.15.0.

### Frankrike

*Slot v. Poland*, Paris Court of Appeal, dom den 19 april 2022, nr. 49/2022,  
tillgänglig på <<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-slot-group-a->

[s-v-republic-of-poland-judgment-of-the-paris-court-of-appeal-tuesday-19th-april-2022](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10142.pdf)>.

*Strabag et al. v. Poland*, Paris Court of Appeal, dom den 19 april 2022, nr. 48/2022, tillgänglig på <<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-strabag-se-raiffeisen-centrobank-ag-syrena-immobilien-holding-ag-v-the-republic-of-poland-judgment-of-the-paris-court-of-appeal-tuesday-19th-april-2022>>.

### **Skiljedomar**

*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 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10142.pdf>> (besökt 2023-04-10).

*Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italian Republic*, SCC mål nr. V 2015/095, Final Award, 23 december 2018, tillgänglig på <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10291.pdf>> (besökt 2023-04-10).

*Landesbank Baden-Württemberg (LBBW) et al. v. Kingdom of Spain*, ICSID mål nr. ARB/15/45, Award, 25 februari 2019, tillgänglig på <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10834.pdf>> (besökt: 2023-04-10).

*Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID mål nr. ARB/14/1, Award, 16 maj 2018, tillgänglig på <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>> (besökt 2023-04-10).

*SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID mål nr. ARB/15/38, Award, 31 juli 2019, tillgänglig på <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10836.pdf>> (besökt: 2023-04-10).