



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Mikael Kihlberg

Solnedgång över Energistadgefördraget

- Ändamål som helgar medlen eller urholkning
av internationell rätt?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Xavier Groussot

Termin: VT23

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	5
Förord	6
Förkortningar	7
1 Introduktion	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte & frågeställningar	11
1.2.1 Syfte	11
1.2.2 Frågeställningar	11
1.3 Avgränsningar	12
1.4 Metod & material	13
1.4.1 Metod	13
1.4.2 Material	14
1.5 Disposition	15
2 Investeringskyddsavtal & Energistadgefördraget	17
2.1 Introduktion till investeringskyddsavtal	17
2.2 Energistadgefördraget	17
2.2.1 Introduktion till Energistadgan	17
2.2.2 Energistadgefördraget – en översikt	18
2.2.3 Investeringskyddet under ECT	19
2.2.4 Sunset clause	20
2.2.5 Tvistlösning under ECT	21
2.2.5.1 Skiljeförfarande	21
2.2.5.2 Tillämplig lag	22
2.2.5.2.1 Materiell rätt	23
2.2.5.2.2 Processuell rätt	23
2.2.6 Verkställighet	25
2.2.7 Förhållande till internationella avtal	26
2.3 Energistadgefördraget under internationell rätt	26
3 Investeringsrätt & principen om unionsrättens autonomi	28
3.1 Introduktion till EU & investeringsrätt	28
3.2 Principen om unionsrättens autonomi	28
3.3 Achmeadoktrinen	30
3.4 <i>Yttrande 1/17 CETA</i>	33
3.5 Komparativ analys: <i>Achmea & Yttrande 1/17</i>	35
4 <i>Komstroy</i>	38

4.1	Bakgrund	38
4.2	Generaladvokatens förslag till avgörande	38
4.3	Domskäl.....	39
4.3.1	EU-domstolens behörighet i EU-externa tvister	39
4.3.2	Ett avgörande obiter dictum	40
4.3.3	Principen om unionsrättens autonomi	41
4.3.4	Unionsrätt i en domstol som inte är en domstol.....	41
4.3.5	Unionsrätt & internationella avtal	43
4.3.6	Sammanfattning	44
4.4	Skiljedomar post- <i>Komstroy</i>	45
5	Konsekvensanalys.....	48
5.1	<i>Komstroy</i> ur ett bredare perspektiv.....	48
5.1.1	EU-domstolens jurisdiktion	48
5.1.2	Konsten att tolka Artikel 26	50
5.1.2.1	EU-rätt i förhållande till Energistadgefördraget... 50	
5.1.2.2	EU-rätt i förhållande till internationell rätt.....	52
5.1.2.3	Innebörden av VCLT:s frånvaro	53
5.1.3	Kommersiellt intresse för skiljeförfarande.....	54
5.2	EU-domstolens internationella samexistens.....	57
5.3	Verkställighet	60
6	Avslutande kommentarer	64
	Källförteckning	68

Summary

Against the backdrop of global climate ambitions, the international treaty known as the Energy Charter Treaty (ECT) has come under increasing scrutiny. In particular, the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism in Article 26 ECT is seen as restricting states' right to legislate and thereby slowing down the phasing out of fossil fuels (*regulatory chill*).

ISDS is a common mechanism within cross-border trade and investment agreements (such as BITs, MITs, and FTAs). The compatibility of this mechanism with EU law has long been subject to legal debate, both globally and within the EU. Opinions differ as to when – under what conditions and between which parties – such a mechanism should be considered incompatible with EU law. In recent years, the EU Court of Justice (CJEU) has issued judgments – inter alia *Achmea*, *Opinion 1/17*, *Komstroy*, and *PL Holdings* – which clarify the delineation from a perspective of EU law. The balancing act of CJEU has divided the legal community and has not been fully accepted internationally. This thesis has conducted an analysis of the case law pertaining to investment in the CJEU and has arrived at the subsequent two comprehensive conclusions.

Firstly, regarding the interpretation of an ISDS mechanisms there exists a conflict of norms between EU law on the one hand and international law on the other hand. The perspective of EU law holds that an ISDS mechanisms should be interpreted in the light of EU law, and in particular in relation to the principle of the autonomy of EU law. The perspective of international law implies that interpretation should generally be made through an international treaty, the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). Whether an ISDS mechanism should be considered valid seems to largely depend on which of these methods is applied.

Secondly, the polarized approach has given rise to an unpredictable legal situation in intra-EU disputes under the ECT. It has become clear that an investor cannot refer an intra-EU dispute or an arbitral award under the ECT within the European Union. However, the same conclusion cannot be drawn if jurisdiction or enforcement is sought outside the EU.

Finally, it is noted that the dichotomy and the antagonistic situation that has emerged between the CJEU and international courts has had adverse consequences. The legal development is problematic, particularly considering the EU as a global actor and the importance of maintaining respect for international law.

Sammanfattning

Mot bakgrund av de globala klimatambitionerna har den folkrättsliga traktaten Energistadgefördraget (ECT) kommit att ifrågasättas med ökande intensitet. I synnerhet anses Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mekanismen i artikel 26 ECT inskränka staters rätt att lagstifta och därigenom bromsa utfasningen av fossila energislag (*regulatory chill*).

En ISDS-mekanism är vanligt förekommande i gränsöverskridande handels- och investeringsavtal (BIT:s, MIT:s och FTA:s). Tvistlösningsmekanismens förenlighet med EU-rätt har länge varit föremål för juridisk debatt, såväl globalt som inom EU. I synnerhet går åsikterna isär beträffande när – under vilka förutsättningar och mellan vilka parter – en ISDS-mekanism inte kan ses som förenlig med unionsrätten. De senaste åren har EU-domstolen avkunnat domar (*Achmea, Yttrande 1/17, Komstroy* och *PL Holdings*) som preciserar den unionsrättsliga gränsdragningen. EU-domstolens balansgång i frågan har splittrat det juridiska samfundet och har inte fullt ut kommit att accepteras internationellt. Förevarande avhandling har analyserat EU-domstolens praxis på investeringsområdet och kommit fram till följande två övergripande slutsatser.

En normkonflikt existerar mellan EU-rätten och folkrätten beträffande hur ISDS-mekanismer ska tolkas. Det unionsrättsliga perspektivet ger vid handen att ISDS-mekanismer ska tolkas i ljuset av EU-rätt och i synnerhet mot principen om unionsrättens autonomi. Det folkrättsliga perspektivet innebär att en tolkning som regel ska göras genom den folkrättsliga traktaten Wienkonventionen om traktaträtten (VCLT). Utfallet av huruvida en skiljeklausul till följd av en ISDS-mekanism ska anses giltig tycks i stor utsträckning följa av vilken av metoderna som appliceras.

Det polariserade förhållningssättet har gett upphov till ett oförutsebart rättsläge vid EU-interna tvister under ECT i förhållande till en skiljenämnds jurisdiktion och möjligheten att verkställa sådan skiljedom. Det står klart att en investerare inte kan hänskjuta eller verkställa en EU-intern tvist eller skiljedom under ECT inom unionen. Samma slutsats kan emellertid inte dras för det fall att jurisdiktion eller verkställighet söks utanför EU.

Slutligen påpekas att dikotomin och den antagonistiska situationen som uppstått mellan EU-domstolen och internationella domstolar har fått oönskade konsekvenser. Rättsutvecklingen är problematisk, särskilt i ljuset av EU som global aktör och betydelsen av att upprätthålla respekten för internationell rätt.

Förord

Jag vill rikta ett stort tack till alla som försett mig med synpunkter och stöttat mig under detta arbete. Ett särskilt tack till min handledare Xavier Grousot för ditt lugn, din flexibilitet och kunskap. Tack till Jonas Hallberg på Kommerskollegium för intressanta samtal och för den expertis du delat med dig av på området.

Avslutningsvis vill jag rikta ett stort tack till mina vänner, min familj och till Frida för ert ovärderliga stöd.

Mikael Kihlberg

Hongkong, maj 2023

Förkortningar

<i>Achmea</i>	EU-domstolens dom den 6 mars 2018 C-284/16 Slowakische Republik mot Achmea BV (<i>Achmea</i>), EU:C:2018:158
BIT	Bilateralt investeringskyddsavtal
CETA	EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement
ECC	Energistadgekonferensen
ECT	Energistadgefördraget, the Energy Charter Treaty, Lissabon 17 december 1994, SÖ 1997:57
ECtHR	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (European Court of Human Rights)
EEC	Europeiska energifördraget
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EURATOM	Europeiska atomenergigemenskapen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FTA	Frihandelsavtal (Free trade agreement)
ICJ	Internationella domstolen (International Court of Justice)
ICS	Investment Court System
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
IEA	Internationella energirådet (International Energy Agency)
IEC	Internationella energifördraget
IPCC	Förenta nationernas klimatpanel (Intergovernmental Panel on Climate Change)
ISDS	Investor-state dispute settlement

<i>Komstroy</i>	EU-domstolens dom den 2 september 2021 C-741/19 Republiken Moldavien mot Komstroy LLC (<i>Komstroy</i>), ECLI:EU:C:2021:655
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
MIT	Multilateralt investeringsskyddsavtal
New York-konventionen	Konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, New York 10 juni 1958, SÖ 1972:1
<i>PL Holdings</i>	EU-domstolens dom den 26 oktober 2021 C-109/20 Republiken Polen mot PL Holdings Sàrl (<i>PL Holdings</i>), ECLI:EU:C:2021:875
SCC	Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut
UNCITRAL	Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätts utarbetade skiljedomsregler
UNCITRAL (Modellag)	UNCITRAL Modal Law on International Commercial Arbitration 21st of June 1985
VCLT	Wienkonventionen om traktaträtten, Wien den 23 maj 1969, SÖ 1975:1
WTO	Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation)
WTO-DSB	Världshandelsorganisationens tvistlösningsorgan (Dispute Settlement Body)
<i>Yttrande 1/17</i>	EU-domstolens <i>Yttrande 1/17</i> den 30 april 2019, ECLI:EU:C:2019:341

1 Introduktion

1.1 Bakgrund

På ett nationellt, internationellt och mellanstatligt plan utgör klimatförändringarna en alltmer prioriterad fråga. Den senaste IPCC-rapporten betonar återigen vikten av att drastiskt minska utsläppen av växthusgaser för att nå målen i Parisavtalet – att begränsa den globala uppvärmningen till väl under 2°C över det förindustriella genomsnittet.¹ Omfattande samhällselektrifiering har utpekats som en viktig faktor i omställningen, varigenom en ökad proportion av hållbara energislag som andel av total energiförbrukning kan möjliggöras.² Det internationella energirådet (IEA) har förutspått att elektricitet kommer utgöra en större andel av den globala energimixen med en ökning från 19% till 49% år 2050.³ Målsättningarna innebär att produktionen från hållbara energislag behöver skalas upp samtidigt som fossila energislag fasas ut. Årliga investeringar i fysiska tillgångar (exv. energiproduktionsanläggningar) för att nå ”Net-Zero 2050” estimeras öka med \$3,5 miljarder till sammanlagt \$9,2 miljarder årligen.⁴ Givet att världsekonomin är starkt globaliserad så är staters ekonomiska utveckling beroende (i varierande utsträckning) av inflödet av utländska investeringar, så även i förhållande till energiproduktion.

EU har tagit den globala ledartröjan genom högt satta klimatambitioner så som EU:s gröna giv om klimatneutralitet senast 2050. Som konkreta medel för att nå målen återfinns diverse standardiseringsdirektiv så som den gröna taxonomin, EU:s utsläppshandelssystem (EU-ETS) och en europeisk Klimatlag.⁵ Parallellt har en kontrollmekanism vuxit fram i form av så kallad ”Climate Change litigation”. I det revolutionerande Urgenda-målet vann stiftelsen Urgenda en domstolsprocess mot den nederländska staten i syfte att tvinga regeringen till åtgärder för att minska koldioxidutsläppen med minst 25% fram till 2020, jämfört med 1990 års nivåer, för att uppfylla Nederländernas åtaganden enligt Parisavtalet och skydda medborgarnas rättigheter mot klimatförändringar.⁶ För svenskt vidkommande gavs nyligen organisationen Aurora grönt ljus att stämma svenska staten vid Nacka tingsrätt.⁷

I ljuset av ovan nämnda utveckling har det internationella traktaten Energistadgefördraget fått en kontroversiell ställning. Energistadgefördraget är ett multilateralt avtal som till stor del bygger på principerna i WTO:s ramverk och som syftar till att stimulera gränsöverskridande handel och

¹ IPCC (2023) s. 4.

² IPCC (2022) s. 28 ff.

³ IEA (2021) s. 60.

⁴ McKinsey (2022) s. 6.

⁵ Europeiska unionens råd (2022).

⁶ Mål 19/00135 The State of the Netherlands v Urgenda Foundation.

⁷ Tanaka Sofia (2023).

investeringar inom energisektorn. Detta görs exempelvis genom skiljeklausulen under ECT artikel 26(2)(c) som syftar till att avpolitiserat gränsöverskridande investeringstyper, minska investerarens politiska risk och stimulera gränsöverskridande investeringar.⁸ Mot bakgrund av att ökad finansiering av hållbara energislag efterfrågas för att nå Parisavtalet och att ECT erbjuder investerare minskad risk vid gränsöverskridande energiinvesteringar, så tycks ECT vid en första anblick utgöra ett positivt medel för att stimulera hållbara energiinvesteringar. ECT är emellertid ett tveeggat svärd då den inte enbart skyddar investeringar i hållbara energislag utan även fossila sådana. Denna tvistlösningsmekanism (ISDS-mekanism) som ger investerare (företag) rätt till rättsliga processer gentemot regeringar – som är vanligt förekommande vid mellanstatliga investerings- och frihandelsavtal – har erhållit mycket kritik för att inskränka staters rätt att lagstifta på kommersiella områden trots att det existerar ett allmänt legitimt syfte, så som att minska rökning eller fasa ut kolkraft.⁹

I förhållande till Energistadgefördraget har detta särskilt uppmärksammats genom de kontroversiella RWE-Uniper-målen. I båda målen anhängiggjorde två tyska energiföretag skadeståndsanspråk till följd av Nederländernas beslut att fasa ut kolkraft som företagen ansåg exproprierade deras investeringar i kolkraftsanläggningar i landet.¹⁰ Även om energiföretagen hittills inte nått framgång med sina respektive talan så har målen blivit en symbol för kritiker till ECT – att fördraget är förlegat samt att det utgör ett hinder för EU att ställa om från fossil till hållbar energiproduktion då det riskerar generera en så kallad klimatpolitisk ”regulatory chill”.¹¹

På initiativ av EU-kommissionen initierades år 2020 ett moderniseringsarbete mellan de fördragsanslutna parterna i syfte att anpassa fördraget till de höjda klimatambitionerna. Till följd av vad som av vissa medlemsstater ansetts vara en otillräcklig reform, har vissa medlemsstater aviserat sitt frånträde från fördraget (f.n. Tyskland, Spanien och Polen).¹² I februari 2023 meddelade EU-kommissionen – med hänvisning till att det inte längre fanns stöd inom EU-rådet för ett fortsatt moderniseringsarbete – att moderniseringsarbetet av ECT byts ut mot arbetet för ett gemensamt EU-utträde från ECT.¹³ Medan motståndare till ECT inom EU framhäver att traktaten står i direkt konflikt med nationers klimatlöften,¹⁴ så har företrädare för ECT anfört att fördraget tvärtom bevisat sig vara ett medel just för en mer hållbar framtid bland annat

⁸ Se fördjupning under avsnitt 2.

⁹ The Economist (2020)

¹⁰ Se RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4.; Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/22.

¹¹ Skidmore Chris (2023).

¹² International Energy Charter (2023), *Written notifications of withdrawal from the Energy Charter Treaty*.

¹³ Liboreiro Jorge (2023).

¹⁴ European Parliament (2022).

med hänvisning till att en majoritet (76%) av ISDS-tvisterna under ECT avser investeringar i förnyelsebara energislag och i synnerhet staters återkallelse av klimatpolitiska subventioner.¹⁵ Särskilt har Spanien hamnat i centrum sedan landet reformerade sin subventionsregim för förnyelsebar energi till följd av finanskrisen 2008 och blivit föremål för över sextio skadeståndsanspråk under ECT.¹⁶ Ytterligare en komplikation som utvidgar detta politiska debacle består utav traktatens "sunset clause". Klausulen stipulerar att stater som frånträder ECT förblir bundna till fördragets skyldigheter under 20 års tid från effektivt utträde.

EU-domstolen har genom sitt domslut i *Komstroy* avgjort att skiljeklausulen i ECT vid ISDS-tvister i EU-interna förhållanden är oförenlig med EU-rätt. Mot bakgrund av att en majoritet av de ISDS-tvister där en EU-medlemsstat står som tilltalad utgör en EU-intern tvist,¹⁷ så innebär EU-domstolens dom *Komstroy* att effekten av fördragets "sunset clause" blir obsolet. Samtidigt har skiljedomstolar konstituerade under ECT tenderat att inte följa EU-domstolens resonemang vilket har resulterat i två parallella domstolssystem som lämnat bedömare, investerare och stater splittrade i förhållande till vad som de facto gäller vid EU-interna ISDS-tvister under ECT.

1.2 Syfte & frågeställningar

1.2.1 Syfte

Mål C-741/19, Moldavien mot *Komstroy* är den senaste i raden av EU-domstolens domar som tar sikte på EU-interna ISDS-tvisters förenlighet med EU-rätten. Till följd av domslutet i *Komstroy* tycks ISDS-mekanismer vid såväl bilaterala som multilaterala investeringsskyddsavtal undantagslöst betraktas som ogiltiga. Samtidigt tycks en folkrättslig tolkning som regel inte mynna ut i samma slutsats vilket framställer *Komstroy* som en indikator på EU:s ambitioner inom investeringsområdet. Internationella traktater har som regel tolkats genom en VCLT-analys. EU-domstolen har emellertid valt att vända ryggen till traditionell traktatstolkning och i stället applicerat sina egna tolkningsregler.

Mot denna bakgrund är syftet med förevarande uppsats i huvudsak tvåfaldigt. Dels att förstå samspelet mellan EU-rätt och internationell rätt genom analys av Energistadgefördragets skiljeklausul (artikel 26(2)(c)). Dels att utreda vilka konsekvenser som följt och som kan förväntas följa av EU-domstolens dom *Komstroy*.

1.2.2 Frågeställningar

¹⁵ International Energy Charter (2023), *Clarifications on the resolution of the European Parliament on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty*.

¹⁶ International Energy Charter (2023), *Statistics*.

¹⁷ Ibid.

Som ett led i att uppfylla uppsatsens syfte har följande frågeställningar formulerats:

- 1) Hur förhåller sig unionsrätten respektive folkrätten till ECT Artikel 26(2)(c)?
- 2) Avseende skiljedomstolars jurisdiktion och verkställighet av dess domslut, vilka praktiska konsekvenser följer av domen *Komstroy*?
- 3) Vad innebär *Komstroy* för EU-domstolens förmåga att samexistera med skiljedomstolar inom området för investering och handel, vars existensberättigande inte endast härrör från EU?

1.3 Avgränsningar

För att förse läsaren med en god förståelse för det ämne som står i centrum för arbetet så har det ansetts nödvändigt att förklara de grundläggande funktionerna och det historiska sammanhanget för Energistadgefördraget och i relevant utsträckning EU-rätten. Fokus ligger i synnerhet på att förstå domarna *Achmea*, *Yttrande 1/17* och *Komstroy* från både ett unionsrättsligt och ett folkrättsligt perspektiv.¹⁸

Achmea och *Yttrande 1/17* är rättsfall från EU-domstolen som är av direkt intresse för att kunna närma sig, förstå sig på och slutligen kontrastera *Komstroy*. Det bör emellertid understrykas att rättsfallen inneburit konsekvenser bortom vad som tas upp i förevarande avhandling.¹⁹

Den möjlighet till ad hoc-förfarande som återfinns under ECT artikel 26 och dess förenlighet med principen om unionsrättens autonomi under EU-interna förhållanden utgör en grundpelare i denna uppsats. Det existerar emellertid ytterligare invändningar i förhållande till oförenligheten mellan EU:s rättsordning och ECT artikel 26. Dessa tangeras emellertid inte av EU-domstolen i aktuella rättsfall och är därför inte heller föremål för redogörelse eller analys i detta arbete. Som exempel på sådana invändningar kan nämnas: i) argumentet att det under en folkrättslig tolkning existerar en implicit fränkopplingsklausul till följd av EU:s position under förhandlingarna till ECT att EU-interna tvister under ECT inte skulle vara tillåtna, men som aldrig kodifierades,²⁰ och ii) argumentet att kravet i ECT artikel 26 på ett ”mellanterritoriellt” förhållande inte ska anses uppfyllt under EU-interna tvister eftersom båda parter tillhör EU.²¹

Avslutningsvis bör det betonas att den kontext som uppsatsen skrivs mot är omfattande, såväl unionsrättsligt som folkrättsligt. Att på djupet jämföra

¹⁸ För vidare läsning rekommenderas Hober (2020).; Groussot, Öberg & Butler (2023).

¹⁹ För vidare läsning rekommenderas Groussot & Öberg (2021).

²⁰ Se Basendow (2020) s. 1.

²¹ Se Hóber (2020) s. 417–420.

internationella avtal så som ECT, CETA och BITs med andra internationella avtal som WTO och den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna – hade tillfört ytterligare en dimension till analysen av EU-domstolens resonemang i *Komstroy*. Till följd av EU-domstolens resonemang i *Komstroy* har avhandlingen avgränsats till ett särskilt fokus på den särskilda skiljeklausul som följer av ECT artikel 26(2)(c).

1.4 Metod & material

1.4.1 Metod

I uppsatsen görs en analys *de lege lata*, alltså ett resonemang om vad som utgör gällande rätt och hur den bör tolkas.²² Därför har en rättsdogmatisk metod tillämpats som metodologisk utgångspunkt. Den rättsdogmatiska metoden är en allmänt erkänd juridisk metod. Det finns emellertid ingen entydig definition av denna, men beskrivs ofta som en metod som syftar till att tolka och systematisera ett normativt system uppbyggt på auktoritativa rättskällor.²³ I den rättsdogmatiska metoden används vanligtvis erkända rättskällor så som lagar, förarbeten, rättsfall och doktrin.²⁴ Rättsdogmatisk metod tillåter även kritisk granskning och problematisering av det redogjorda rättsläget.²⁵

Med hänvisning till uppsatsens syfte har detta ansetts lämpligt eftersom avhandlingen utöver att redovisa rättsläget även har till syfte att öppna upp för möjligheten att finna brister i systemet. Den kritiska rättsdogmatiska metoden i de teoretiska delarna kombineras med en ändamålsinriktad tolkning i analysen.²⁶ I de teoretiska avsnitten *två*, *tre* och *fyra* redovisas således syftet med gällande rätt, vilket sedan utgör en grund för analysen i avsnitt *fem* och *sex*.

I detta arbete behandlas EU-rätt och folkrätt. Problemformulering i förevarande uppsats härrör ur en tolkningsdikotomi mellan EU-rätten och folkrätten. Det innebär att för att fastställa gällande rätt måste hänsyn tas till de två rättsordningarnas respektive metoder, legala hierarkier och auktoritativa rättskällor.

I förhållande till den EU-rättsliga dimensionen aktualiseras den EU-rättsliga metoden. Till skillnad från andra internationella fördrag så har det genom EU-rätten skapats en ny rättsordning med självständiga institutioner.²⁷

²² Hjertstedt s. 167.

²³ Lehrberg (2018) s. 108; Strömholm (1996) s 358 ff.

²⁴ Nääv & Zamboni (2018) s. 21.; Hjertstedt s. 166 f.

²⁵ Nääv & Zamboni (2018) s. 35–36, 40–41.

²⁶ Nääv & Zamboni (2018) s. 37.

²⁷ C-26/62 *Van Gend & Loos* p. 12.; C-6/64 *Costa v. E.N.E.L.*, p. 593.; Yttrande 2/13 p. 157.

Unionsrättens normhierarki är i huvudsak tredelad. Primärt återfinns *primärrätten* (EU-fördragen) och icke-kodifierade rättsprinciper som följer av EU-domstolens rättspraxis. Sekundärt följer *sekundärrätten* bestående av bindande dekret så som förordningar, direktiv och beslut. Tertiärt återfinns icke-bindande normgivning så som rekommendationer, yttranden, förarbeten, generaladvokaters förslag till avgöranden och doktrin.²⁸ I detta arbete är i synnerhet EU-domstolens rättspraxis i ljuset av EU-fördragen relevanta rättskällor för fastställandet av gällande rätt, varför något om EU-domstolens signifikans för tolkningen av EU-rätten bör betonas.

I förhållande till den folkrättsliga dimensionen så karakteriseras internationell rätt som rätt som beskriver rättsliga mellanstatliga förhållande, bilateralt såväl som multilateralt.²⁹ Av artikel 38(1) i ICJ:s stadga följer folkrättens rättskällor³⁰:

- a. international conventions [...] establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations ;
- d. [...] judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Beträffande konventioner så utgör fördrag (eng. "treaty") det huvudsakliga rättsliga instrumentet inom folkrätten och vars innebörd ska ges en bred definition. Internationell sedvänja och praxis kan delas upp i en objektiv del "allmän praxis" (eng. "general practice") och en subjektiv del bestående av *opinio juris* det vill säga en allmän uppfattningen bland stater att en viss praxis eller norm utgör en rättsregel enligt folkrätten. Härvid kan bland annat nämnas rättspraxis, multilaterala fördrag och internationell doktrin. Såsom generella rättsliga principer erkända av civiliserade nationer kan bland annat nämnas *jus cogens*, *res judicata* och *pacta sunt servanda*. Som "subsidiära medel" (eng. "subsidiary means") avses medel som ger stöd för eller beskriver processen bakom skapandet av ovan nämnda normer.³¹

1.4.2 Material

Materialet utgörs i huvudsak av rättsfall från såväl EU-domstolen som skiljedomstolar, rättslitteratur och rättsvetenskapliga artiklar.

²⁸ Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 40.

²⁹ Orakhelashvili, Alexander (2018) s. 1.

³⁰ Cançado Trindade, Antônio Augusto (2014) s. 5.

³¹ Orakhelashvili, Alexander (2018) s. 31 ff.

Beträffande domslut från skiljeförfarande så bör det poängteras att dessa utgör så kallade ad hoc-mål vilket innebär att de i teorin saknar prejudicerande verkan.³² Slutledning för hur framtida skiljedomstolar kommer resonera med utgångspunkt i tidigare skiljedomstolars resonemang bör således göras med försiktighet. Samtidigt så vore det naivt att tro att ad hoc-förfaranden inte låter sig inspireras av varandra, något som också påvisats empiriskt i förhållande till så kallade ICSID-förfaranden.³³ I förevarande uppsats används därför – i likhet med flera rättsvetenskapliga artiklar om ämnet – skiljedomstolars resonemang som en försiktig indikation på hur framtida skiljedomstolar kan komma att behandla frågan.

I förhållande till användandet av rättsvetenskapliga artiklar bör det betonas att dessa – till följd av den kontroversiella politiska och juridiska kontext som detta arbete skrivs mot – i varierande utsträckning präglas av författare till artikeln subjektiva åsikt. Dock har en av avsikterna med förevarande avhandling varit att kontrastera resonemanget i *Komstroy*. Därför behandlas rättsfallet från såväl ett EU-rättsligt som ett folkrättsligt perspektiv. Detta görs dels genom analys *de lege lata*, dels genom rättsvetenskapliga artiklar som ofta besitter just subjektivitet. Författarnas åsikter har behandlats medvetet och särskild noggrannhet har tillämpats vid källhänvisningar för att vara transparent gentemot läsaren.

1.5 Disposition

I *avsnitt två* redogörs för Energistadgefördraget. Initialt introduceras läsaren till investeringsskyddsavtal i allmänhet och Energistadgefördraget i synnerhet. Därefter redogörs i detalj för investeringsskyddet, tvistlösningsmekanismen och verkställighetsföreskrifterna under ECT. Slutligen nämns något om ECT:s förhållande till internationella avtal och internationell rätt.

I efterföljande *avsnitt tre* behandlas EU:s förhållande till investeringsrätt och principen om unionsrättens autonomi. Inledningsvis ges en kort bakgrund till utvecklingen av EU:s syn på investeringsrätt. Därefter redogörs för principen om unionsrättens autonomi som utgör en grundbult i unionens rättsordning och vars omfattning är av avgörande betydelse för problemformuleringen i förevarande uppsats. Slutligen presenteras två rättsfall från EU-domstolen, *Achmea* och *Yttrande 1/17*, som båda behandlar EU-frånkopplade domstolars befogenhet att döma i tvister där unionsrätt kan förekomma och förhållandet till principen om unionsrättens autonomi.

I *avsnitt fyra* presenteras det rättsfall som är i centrum för denna avhandling – EU-domstolens dom i *Komstroy* samt ett antal skiljeförfaranden post-*Komstroy*. Beträffande *Komstroy* görs en grundlig redogörelse för EU-

³² Hobér (2020) s. 39.

³³ Fauchald, Ole Kristian (2008) s. 301–364.

domstolens resonemang, dess innebörd samt likheter och skillnader med *Achmea* och *Yttrande 1/17*. Avsnittet avslutas med att kontrastera EU-domstolens domslut genom att redogöra för hur skiljedomstolar valt att förhålla sig till domslutet.

Avsnitt fem består av en konsekvensanalys med fokus på EU-domstolens jurisdiktion i *Komstroy*, *Komstroy* ur ett bredare perspektiv, EU-domstolens och skiljedomstolars förmåga till samexistens på området och de facto konsekvenser av EU-domstolens dom vad gäller skiljeförfarandets säte och verkställighetsproblematik.

I *avsnitt sex* sammanfattas slutligen avhandlingen. Särskilt återknyts arbetets slutsatser dels till den juridiskt praktiska kontext som stipuleras av avhandlingens syfte och frågeställning, dels till den klimatpolitiska kontext som avhandlingens ämne introducerats inom.

2 Investeringsskyddsavtal & Energistadgefördraget

2.1 Introduktion till investeringsskyddsavtal

Det övergripande målet med ett investeringsskyddsavtal kan beskrivas som att främja gränsöverskridande investeringar och därigenom stimulera ekonomisk tillväxt. Ett investeringsskyddsavtal innehåller som regel föreskrifter som reglerar förhållandet mellan en avtalsansluten stat (sk. värdstat) och en investerare från en annan avtalsansluten stat avseende investeringar på den tidigare statens territorium. Avtalen är utformade i syfte att upprätta en stabil och förutsägbar investeringsmiljö. Genom tillhandahållandet av rättsliga garantier för gränsöverskridande investeringar skyddas investerare från diskriminering och godtyckligt uppträdande från värdstaten. Mest signifikant stipuleras investerarens rätt till skälig ersättning för det fall att dess investering exproprieras. Detta är särskilt viktigt för utländska investerare som ofta inte har samma rättigheter och skydd som inhemska investerare. I detta hänseende är avtalets tvistlösningsklausul av betydelse, det vill säga till vilken domstol som en tvist kan hänföras.

Historiskt sett så har investerarskyddet vid gränsöverskridande investeringar varit svagt. Nationaliseringar ansågs vara en suverän statsangelägenhet³⁴ och ersättning för sådan nationalisering skulle vara föremål för värdstatens lagstiftning och domstol.³⁵ Som en konsekvens kom olika folkrättsliga instrument att utvecklas. En av de första produkterna var ett BIT (bilateralt investeringsskyddsavtal) mellan Tyskland och Pakistan år 1961.³⁶ Som regel innehåller BITs en så kallade ISDS-mekanism vilken tillskriver investeraren rätten att vid internationell skiljedomstol väcka talan om kompensation mot värdstaten för påstådda avtalsöverträdelser. Till följd av att tvisten hänförs till ett internationellt skiljeförfarande så avpolitiserar tvisten eftersom den hamnar utanför parternas jurisdiktion. Därigenom avhjälpas i viss utsträckning politiska och rättsliga risker som är förknippade med gränsöverskridande investeringar. Sådant investeringsskyddsavtal kan även slutas multilateralt (MIT) med samma grundläggande logik, syfte och mekanismer som följer av ett BIT.

2.2 Energistadgefördraget

2.2.1 Introduktion till Energistadgan

I centrum för förevarande arbete står den multilaterala investeringstraktaten Energistadgefördraget (ECT). ECT utgör ett avtal mellan 56 medlemmar i

³⁴ GA res. 3201 (S-VI) (artikel 4(e))1974.

³⁵ GA res. 3281 (XXIX) (artikel 2(c)), 1974.

³⁶ Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1961, Teil II.

syfte att främja långsiktigt samarbete inom energisektorn baserat på ”kompletterande och ömsesidiga fördelar mellan de anslutna medlemsstaterna”.³⁷ Fördraget – som skrevs under 1994 och trädde i kraft 1998 – är en produkt av sin tid. Efter Kalla Krigets slut och Sovjetunionens fall fanns det intresse från både öst och väst att integrera energisektorerna med varandra trots att de förelåg stora politiska och kulturella skillnader mellan parterna.³⁸ Med tiden har avtalet kommit att vidgas bortom sin östvästliga karaktär. Avtalet är produkten av ett bredare politiskt och ekonomiskt samarbete som syftar till att ”främja energitrygghet genom öppnare och konkurrenskraftigare energimarknader och där principerna om hållbar utveckling och suveränitet över energiresurser respekteras”.³⁹ Avtalet vilar alltså på ett ideologiskt axiom att liberalisering av handel och investeringar inom energiområdet stimulerar ekonomisk tillväxt. Sammanfattningsvis är fördragets grundläggande syfte att stärka rättsstatsprincipen inom energifrågor genom att skapa lika villkor med regler som ska följas av samtliga medlemmars regeringar. Därigenom minskas riskerna med mellanstatliga energirelaterade investeringar och handel.⁴⁰

ECT utgör en av tre pelare av den så kallade Energistadgekonferensen (ECC). Förutom ECT ingår det Europeiska energifördraget (EEC) från 1991 och det Internationella energifördraget (IEC) från 2015 under organisationen ECC.⁴¹ EEC utgör den initiala politiska grunden för ECT och formulerar de principer som ska ligga till grund för internationellt energisamarbete mellan staterna. Denna politiska viljeförklaring har undertecknats av 68 länder, EU och EURATOM. Undertecknandet av EEC utgör det första formella steget för anslutning till ECT.⁴² IEC från 2015 utgör en uppdaterad politisk viljeförklaring (91 medlemmar) som syftar till att ytterligare stärka energisamarbetet mellan medlemmarna. Varken EEC eller IEC medför emellertid några rättsligt bindande skyldigheter eller ekonomiska åtaganden.⁴³ Parterna till ECC är således kategoriserade i *medlemmar* (signatärer till ECT) och *observatörer* (signatärer av politisk viljeförklaring), med innebörden att medlemmar men inte observatörer har förbundit sig till de rättsliga och ekonomiska skyldigheter och rättigheter som följer av ECT. Därutöver har 13 internationella organisationer beviljats status som observatörer.⁴⁴

2.2.2 Energistadgefördraget – en översikt

³⁷ Jfr. Artikel 2 ECT.

³⁸ Hobér (2020) s. 3–5.

³⁹ Europeiska unionens publikationsbyrå (2020).

⁴⁰ The Energy Charter Treaty, *Preamble*, s. 38.

⁴¹ International Energy Charter (2022), *Energy Charter Conference*.

⁴² International Energy Charter (2015), *The European Energy Charter*.

⁴³ International Energy Charter (2016), *The International Energy Charter*.

⁴⁴ International Energy Charter (2018), *Members and Observers to the Energy Charter Conference*.

Energistadgefördraget består av en preambel samt åtta delar, varav fyra är av särskilt intresse i förevarande uppsats: Del I *Definitioner och syfte*, Del II *Handel*, Del III *Främjande och skydd av investeringar*, och Del V *Tvistlösning*.

I dess essens reglerar ECT följande fyra områden:

- i) skydd av utländska investeringar, baserat på en utvidgning av WTO:s grundläggande principer om icke-diskriminering: nationell behandling⁴⁵, mest-gynnad-nation⁴⁶ och skydd mot särskilt viktiga icke-kommersiella risker;
- ii) icke-diskriminerande villkor för handel med energimaterial, energiprodukter och energirelaterad utrustning på grundval av WTO:s regler, samt bestämmelser för att säkerställa tillförlitliga gränsöverskridande energitransitflöden genom energiinfrastruktur och övriga transportmedel;
- iii) tvistlösning mellan medlemsstaterna och – i relation till investeringar – mellan investerare och värdstäder;
- iv) främjande av energieffektivitet och en strävan efter att minimera miljöpåverkan från energiproduktion och -användning.⁴⁷

Som generella *undantag* från ECT:s regler följer medlemsstaters åtgärder som är i) nödvändiga för att skydda människors, djurs eller växters liv eller hälsa, ii) avgörande för att anskaffa eller distribuera energimaterial och energiprodukter där det råder brist på tillgång av externa orsaker, eller iii) utformade för att gynna investerare som tillhör ursprungsbefolkning eller socialt eller ekonomiskt missgynnade individer eller grupper.⁴⁸

2.2.3 Investeringsskyddet under ECT

Fundamentet för skyddet av investeringar⁴⁹, som fördragsanslutna stater åtagit sig i förhållande till investerare⁵⁰ tillhörande en annan fördragsansluten stat, framgår i allmänhet av Del III och i synnerhet av Artikel 10. En övergripande introduktion till skyddet som investerare erhåller under ECT

⁴⁵ *Nationell behandling* under WTO innebär att importerade varor måste behandlas lika förmånligt som motsvarande inhemska varor. All diskriminerande behandling måste upphöra efter gränspassagen. Princip gäller för inhemska regleringar, till exempel avseende produktsäkerhet och märkning, samt skatter.

⁴⁶ *Mest-gynnad-nation* är en princip om icke-diskriminering och som är central inom WTO. Innebär att en stat som utgångspunkt måste behandla samtliga medlemsstater på lika villkor, det vill säga samma villkor som den mest gynnade nationen erbjuder.

⁴⁷ International Energy Charter (2019), *The Energy Charter Treaty*.

⁴⁸ Jfr. Artikel 24 ECT.

⁴⁹ Se Artikel 1(6) ECT för den icke-uttömmande definitionen av *investering*.

⁵⁰ Se Artikel 1(7) ECT för definitionen av *investerare*.

återfinns i generalklausulen under artikelns första paragraf. Det är också under denna som både flest åtal väcks under och når framgång genom⁵¹:

- (1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create *stable, equitable, favourable, and transparent conditions* for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties *fair and equitable treatment*. Such Investments shall also enjoy the most *constant protection and security* and no Contracting Party shall in any way impair by *unreasonable or discriminatory measures* their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded *treatment less favourable* than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.⁵²

Den näst vanligaste grunden som både flest åtal väcks under och når framgång genom är expropriering som stadgas under ECT artikel 13.⁵³ Med expropriering avses nationalisering, expropriering eller åtgärder som de facto har samma effekt som en nationalisering eller expropriering. Sådan expropriering av är förbjuden under ECT, med ett undantag. Expropriering är tillåtet under ECT för det fall att exproprieringen ligger i allmänhetens intresse, inte är diskriminerande, är utförd regelrättsligt samt att investeraren i samband med exproprieringen ersätts med marknadsvärdet av investeringen beräknat för tidpunkten innan exproprieringen blev känd.⁵⁴

2.2.4 Sunset clause

ECT innehåller en så kallad *sunset clause*. Klausulen reglerar förutsättningarna för, och innebörden av, en medlemsstats frånträde från fördraget. Som formkrav uppställs skriftlig avisering till förvaltaren av fördraget (Republiken Portugal)⁵⁵ och uppsägningen träder i kraft först ett år efter att aviseringen kommit förvaltaren till handa, alternativt vid det senare datum som angetts i utträdesaviseringen.⁵⁶ Från och med det datum då avtalet med effektiv verkan upphör att gälla lyder investeringar under reglerna i ECT under tjugo års tid. Klausulen är reciprok vilket innebär att den gäller såväl för investeringar i den frånträdande medlemsstaten från investerare i övriga

⁵¹ International Energy Charter (2023), *Statistics*.

⁵² Artikel 10(1) ECT.; Obs, författarens kursiveringar, vilka korresponderar med under vilka rättigheter som åtal mest frekvent väcks under.

⁵³ International Energy Charter (2023), *Statistics*.

⁵⁴ Jfr Artikel 13 ECT.

⁵⁵ Jfr. Artikel 49 ECT.

⁵⁶ Jfr. Artikel 47(1)-(2) ECT.

medlemsstater som investeringar i övriga medlemsstater från den frånträdande medlemsstatens investerare.⁵⁷

2.2.5 Tvistlösning under ECT

Under artikel 26 ECT stadgas reglerna för tvistlösning mellan en investerare från en fördragsansluten stat som har genomfört en investering i en annan fördragsansluten stat och där värdstaten anklagats ha brutit i sina skyldigheter under ECT. Primärt ska en lösning sökas genom en förlikningsprocess. För det fall att tvisten inte nått en fredlig lösning inom tre månader, har investeraren rätt att i) hänskjuta tvisten till domstol eller förvaltningsdomstol i den fördragsanslutna staten för den aktuella investeringen, ii) i enlighet med tidigare överenskommen tvistlösningsmekanism eller iii) i enlighet med den särskilda tvistlösningsmekanism i form av skiljeförfarande som tillhandahålls under ECT.⁵⁸ Som nämnts så utgör den här typen av tvistlösning ett särskilt system varigenom utländska investerare ges rätten att stämma stater för det fall att de anser att en värdstat brutit mot sina skyldigheter i förhållande till investeraren. Systemet benämns oftast som ISDS (investor-state dispute settlement). I synnerhet har det tredje alternativet – möjligheten att hänskjuta en investeringstvist till en skiljenämnd – kommit att bli kontroversiellt. Det är denna tvistlösningsmekanism som står i centrum i förevarande arbete.

2.2.5.1 Skiljeförfarande

För det fall en investerare hänskjutit tvisten till ett skiljeförfarande ska det preciseras till vilket skiljeförfarande som tvisten hänskjuts. ECT erbjuder tre alternativ:

- a) Världsbanksgruppens tvistlösningsinstitution: the international Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Ett sådant val aktualiserar antingen:
 - I. ICSID-konventionen, för det fall att båda de berörda fördragsanslutna parterna är anslutna till ICSID-konventionen; eller
 - II. ICSID:s tilläggsregler, för det fall att endast den ena av de berörda medlemsstaterna är ansluten till ICSID-konventionen;
- b) en ensam skiljedomare eller en ad hoc-domstol som upprättas i enlighet med Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätts regler för skiljeförfarande ("UNCITRAL"); eller

⁵⁷ Jfr. Artikel 47(3) ECT.

⁵⁸ Jfr. Artikel 26(1)-(2) ECT.

- c) ett institutionellt skiljeförfarande vid Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut ("SCC").

Samtliga fördragsanslutna parter har gett sitt ovillkorliga godkännande åt – med två uttömmande reservationer explicit angivna i fördragstexten⁵⁹ – en investerare att hänskjuta en tvist till internationellt skiljeförfarande.⁶⁰ För respektive alternativ till skiljeförfarande framgår detta av skiljeklausulen i artikel 26(5)(a). Skiljebundenhet följer emellertid inte av skiljeklausulen i sig eftersom parterna till fördraget inte är desamma som parterna till tvisten då investeraren som sådan inte är part till ECT. Därför är skiljeklausulen i juridisk mening snarast att betrakta som ett *erbjudande* från medlemsstater till investerare i andra medlemsstater om att inleda ett skiljeförfarande.⁶¹ Skiljebundenhet och följaktligen behörighet för skiljenämnden uppstår först då bägge parter uttryckt samtycke till skiljeförfarande, vilket inträffar i samband med att en investerare hänskjuter tvisten till något av de tre skiljeförfarandalternativen.⁶²

Denna typ av ISDS-mekanism har blivit framgångsrik då den ansetts medföra en bättre balans mellan ekonomiska och allmänna intressen till följd av att jurisdiktionen förflyttas bort från en stats domstolar. Vidare värderar privata aktörer den effektivitet och konfidentialitet som följer av sådana förfarandena. Därtill verkar de ersättningsbelopp som dessa domstolar beviljat uppfylla investerarnas förväntningar bättre än vad som följer av traditionella domstolsförfaranden. Slutligen undviks att spänningar uppstår mellan investerarens hemland och värdlandet genom skiljeförfarandets avpolitiserande verkan.⁶³

2.2.5.2 Tillämplig lag

Beroende på till vilket skiljeförfarande investeraren hänskjuter tvisten så blir följaktligen det förfarandets skiljedomsregler tillämpliga: ICSID-konventionen, ICSID:s tilläggsregler, UNCITRAL eller SCC.

Något förenklat kan skiljeförfarandena delas upp i två kategorier. Utmärkande är att under den ena kategorin kan dels sätet för tvisten medföra att nationella processregler aktualiseras i tvisten, dels att reglerna om verkställighet följer av New York-konventionen.⁶⁴ Till denna kategori hör ICSID:s tilläggsregler, UNCITRAL och SCC. Till den andra kategorin ICSID-konventionen. I de två följande avsnitten kommer

⁵⁹ Jfr. Artikel 26(3)(b)-(c) ECT: Rätten till skiljeförfarande inskränks dels för särskilt angivna medlemsstater (se Annex ID) för det fall tvist redan hänförs till antingen domstol eller förvaltningsdomstol i medlemsstaten för den aktuella investeringen eller i enlighet med tidigare överenskommen tvistlösningsmekanism, dels för särskilt angivna medlemsstater (se Annex IA) för det fall en tvist är grundad på näst sista meningen i artikel 10(1).

⁶⁰ Jfr. Artikel 26(3) ECT.

⁶¹ Moses (2017) s. 248.

⁶² Jfr. Artikel 26(5)(a) ECT.

⁶³ de Sadeleer (under utgivning 2023).

⁶⁴ Moses (2017) s. 254.

skiljeförfarandalternativen presenteras genom att kontrastera väsentliga skillnader och likheter mellan å ena sidan ICSID-konventionen och å andra sidan de tre övriga förfarandena.

2.2.5.2.1 Materiell rätt

Samtliga skiljeregler föreskriver att skiljedomstolen ska tillämpa de lagar, regler och principer som parterna har kommit överens om.⁶⁵ I detta avseende stadgas i Energistadgefördraget att en skiljedomstol ska ”avgöra tvistefrågorna i enlighet med *detta fördrag* och tillämpliga regler och principer från *internationell rätt*”.⁶⁶ Därtill följer av Energistadgefördraget och samtliga nämnda skiljeregler att skiljedomen ska vara bindande för parterna och att den ska vara slutgiltig i den mening att det inte existerar någon möjlighet att överklaga domen.⁶⁷ Det föreligger därav föga utrymme att i förhållande till de materiella delarna av tvisten överklaga domen till nationell domstol eller att åberopa nationell rätt. Som kommer redogöras för i avsnitt tre till sex så går åsikterna isär beträffande vad som ska anses utgöra materiell rätt.

2.2.5.2.2 Processuell rätt

Vilken lag som äger tillämpning i förhållande till skiljeförfarandets jurisdiktionsprövning är något mer diffus. Som redogjorts för ovan så stadgar ECT att en skiljedomstol ska ”avgöra tvistefrågorna i enlighet med *detta fördrag* och tillämpliga regler och principer från *internationell rätt*”. *Tvistefrågor* definieras under ECT som en påstådd överträdelse av fördragsansluten parts skyldigheter beträffande främjande och skydd för investeringar mellan de fördragsslutna staterna. Ordalydelsen har gett upphov till en position att fråga om skiljenämnds jurisdiktion faller utanför ECT:s definition av vad som utgör en tvistefråga.⁶⁸ Konsekvensen av sådan bokstavstolkning är att fördragets utpekand av fördragsreglerna samt tillämpliga regler och principer från internationell rätt inte blir bindande i förhållande till frågan om skiljenämndens jurisdiktion.

Lex loci arbitri är en vägledande generell princip inom internationell skiljerätt med innebörden att skiljereglerna i det land där skiljeförfarandet har sitt säte äger tillämpning.⁶⁹ Till skillnad från ett skiljeförfarande under ICSID-konventionen är ett ad hoc-förfarande under UNCITRAL och ett institutionellt förfarande under SCC inte fullt ut autonoma förfarande. Det innebär att under dessa senare förfaranden kan sätet för tvistens processregler

⁶⁵ Jfr. ICSID-konventionen artikel 4(1).; ICSID:s tilläggsregler artikel 53(1).; UNCITRAL artikel 33(1).; SCC skiljedomregler §27(1).

⁶⁶ Artikel 26(6) ECT.

⁶⁷ Jfr. Artikel 26(8) ECT.; ICSID-konventionen artikel 53(1).; ICSID:s tilläggsregler artikel 70(4).; UNCITRAL artikel 34(2).; SCC skiljedomregler §46.

⁶⁸ Jfr. Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue. p. 113–122.; Hobér (2020) s. 450.

⁶⁹ Ferrari & Rosenfeld (2021) s. 9 f.

och följaktligen domstolsväsen komma att aktualiseras, i begränsad utsträckning.⁷⁰

För det fall att tvisten hänskjuts till SCC med Stockholm som säte för skiljeförfarandet aktualiseras Lag (1999:116) om skiljeförfarande⁷¹ genom principen om *lex loci arbitri*. Som konsekvens tillskrivs svenskt domstolsväsende en begränsad överseende och stöttande funktion. Det åligger visserligen staterna att utforma sina skiljeregler men många har implementerat UNCITRAL Modal Law on International Commercial Arbitration ("UNCITRAL Modellag") i syfte att harmonisera staters skiljeregler och som baseras på New York-konventionen.⁷² Av propositionen till LSF följer att en skiljedom inte på materiell grund kan överprövas vid domstol.⁷³ Däremot kan skiljedom angripas på formell grund så som ogiltighet, jurisdiktionsinvändningar eller annan typ av klander och kan därigenom underkastas prövning i svensk domstol.⁷⁴

Under ICSID-konventionen å andra sidan följer generellt sett inget utrymme för *lex loci arbitri* vare sig materiellt eller processuellt, såvida inget annat avtalats mellan parterna. Detta följer av att tvister vid ICSID saknar geografiskt säte.⁷⁵ Som tidigare nämnts är parterna förpliktigade att erkänna villkoren som uppställts i domslutet och förhindrade att överklaga domslutet utöver explicit tillåtna rättsliga åtgärder.⁷⁶ Detta understryks ytterligare av att det endast är möjligt att hos Generalsekreteraren för ICSID-konventionen ansöka om tolkning⁷⁷, omprövning⁷⁸ eller annullering⁷⁹ av domen i fråga. I sådant fall tillsätts en ad hoc-skiljenämnd under ICSID-konventionen för att utreda saken. För det fall att exempelvis annullering av domen bifalles så återförvisas tvisten till ett nytt skiljeförfarande under ICSID-konventionen.⁸⁰ Det innebär att ICSID-konventionen har en form av *exklusiv kompetens* i den mening att såväl prövning som överprövning av formella och processuella invändningar görs under ICSID-konventionen och av en skiljenämnd utsedd i enlighet med skiljereglerna. Denna exklusiva kompetens cementeras ytterligare av att förfarandet ska vara fritt från nationella processregler.⁸¹

Sätet för skiljeförfarandet kan således vara av icke-försumbar betydelse i förhållande till vilken processuell rätt som äger tillämpning under ett ad hoc-

⁷⁰ Zhao (2021) s. 141.

⁷¹ För svenskt vidkommande gäller Lag (1999:116) om skiljeförfarande (LSF).

⁷² Ferrari & Rosenfeld (2021) s. 10.

⁷³ Prop. 1998/99:35 s. 138 f.

⁷⁴ Jfr. 44§ LSF.

⁷⁵ Se ICSID-Konventionen, artikel 44; ICSID:s Tilläggsregler, "Introductory note" artikel 4; Zhou s. 141; Moses s. 251 f.

⁷⁶ Jfr. Artikel 53(1) ICSID-konventionen.

⁷⁷ Jfr. Artikel 50 ICSID-konventionen.

⁷⁸ Jfr. Artikel 51 ICSID-konventionen.

⁷⁹ Jfr. Artikel 52 ICSID-konventionen.

⁸⁰ Jfr. Artikel 52(6) ICSID-konventionen.

⁸¹ Jfr. Artikel 44 ICSID-konventionen.

eller institutionellt förfarande. Under ECT måste sätet för en tvist förläggas till en stat som är ansluten till New York-konventionen för det fall endera parten begär det.⁸² Då 172 stater är anslutna till New York-konventionen,⁸³ föreligger få inskränkningar beträffande vart en tvist kan förläggas.

Sammanfattningsvis kan ett skiljeförfarande – under ett ad hoc-förfarande under UNCITRAL eller ett institutionellt skiljeförfarande under SCC – komma att stå under fyra olika ramverk av processuell betydelse och som preciseras närmare av parternas val av skiljeförfarande, säte och processföring: ECT, tillämpliga regler och principer som följer av internationell rätt, de av parterna utpekade skiljereglerna samt de skiljeregler som följer av *lex loci arbitri*. En tvist som hänskjuts till ett skiljeförfarande under ICSID-konventionen däremot träffas endast av ICSID-konventionens regler, ECT och tillämpliga regler och principer som följer av internationell rätt.

2.2.6 Verkställighet

Utsikterna till verkställighet av en skiljedom är en avgörande faktor till att inleda ett skiljeförfarande. Förfarandet är ofta kostsamt och om en skiljedom inte kan verkställas faller (det ekonomiska) syftet med skiljeförfarandet.

Som tidigare nämnts så har ECT-anslutna stater förbundit sig att erkänna dom som både slutgiltig och bindande. Detsamma följer av samtliga skiljeregler. Beträffande verkställighet har varje fördragsansluten part förbundit sig att ”utan dröjsmål verkställa ett sådant avgörande och tillgodose att det verkställs effektivt inom dess område”.⁸⁴ UNCITRAL och SCC:s skiljeregler stadgar att parterna ska verkställa domen utan dröjsmål.⁸⁵ I sammanhanget är New York-konventionen av betydelse. Konventionen utgör ett nät av 172 stater avseende verkställighet av skiljedomar med innebörden att om en skiljedom meddelats med säte i en konventionsansluten stat så kan verkställighet som huvudregel sökas i samtliga 172 konventionsanslutna stater.⁸⁶ I praktiken innebär det att den exekutionstitel som skiljedomens utgör i princip kan verkställas i vilken jurisdiktion som helst.⁸⁷

Under ICSID-konventionen har varje fördragsansluten stat förbundit sig att inom sitt territorium verkställa de ekonomiska förpliktelser som följer av domen, som om det vore en lagakraftvunnen dom av nationell domstol, och ska verkställas i enlighet med den statens regler om verkställighet.⁸⁸ Således kan en investerare tillhörande en medlemsstat till ECT och ICSID-

⁸² Jfr. Artikel 26(5)(b) ECT.

⁸³ New York Arbitration Convention (2023).

⁸⁴ Jfr. Artikel 26(8) ECT.

⁸⁵ Jfr. Artikel 34(2) UNCITRAL.; § 46 SCC.

⁸⁶ Jfr. Artikel I New York-konventionen.

⁸⁷ Se Zhao (2021) s. 140.

⁸⁸ Jfr. Artikel 54(1), (3) ICSID-konventionen.

konventionen söka verkställighet av en medlemsstat till ECT och ICSID-konventionen i en tredje stat som är medlem till ICSID-konventionen.

2.2.7 Förhållande till internationella avtal

Energistadgefördraget stadgar sitt förhållande till övriga internationella avtal, oavsett kronologisk positionering till ECT. För det fall att ett internationellt avtal mellan fördragsanslutna parter behandlar antingen Energistadgefördragets regler kring främjande och skydd för investeringar eller tvistlösning så ska det avtal som är mest gynnsamt för investeraren eller investeringen tillämpas.⁸⁹ Detta investerarpremierade förhållande till internationella avtal förstärks ytterligare av att inga reservationer i förhållande till ECT tillåts,⁹⁰ förutom de som explicit följer av ECT och dess annex⁹¹. Förhållandet till övriga internationella avtal understryks av att en fränkopplingsklausul var föremål för diskussion under förhandlingarna till ECT men som sedermera avfärdades.⁹²

2.3 Energistadgefördraget under internationell rätt

Wienkonventionen om traktaträtten (VCLT) utgör fundamentet för tolkning av multilaterala traktat. Det anses allmänt spegla sedvänja inom internationell rätt vilket gör den analogt tillämpbar även i förhållande till stater som inte kodifierat konventionen.⁹³ ECT uppfyller kraven på vad som anses vara ett traktat under VCLT, då det utgör ett skriftligt avtal mellan stater som lyder under internationell rätt.⁹⁴ Mot den bakgrunden ska Energistadgefördraget tolkas med hjälp av VCLT.

Genom applicering av VCLT följer att ECT ska tolkas ”ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av fördragets ändamål och syfte”.⁹⁵ Även om det inte föreskrivs någon inbördes hierarki mellan kriterierna så är den vedertagna uppfattningen att VCLT ger vid handen att ett internationellt avtal ska tolkas med utgångspunkt i en så kallad trappstegstolkning:⁹⁶ I första hand utifrån traktattextens gängse mening. Om texten inte är tillräckligt tydlig, utifrån dess sammanhang, därefter dess ändamål, sedan utifrån dess syfte och slutligen utifrån supplementära tolkningsmedel (*travaux préparatoires*). Supplementära källor för tolkning, så som fördragets förarbeten och

⁸⁹ Jfr. Artikel 16 ECT.; Hobér (2020) s. 319.

⁹⁰ Jfr. Artikel 46 ECT

⁹¹ Jfr. exv. reservationerna angående näst sista meningen i artikel 10(1) ECT.

⁹² International Energy Charter (1994), *Draft Ministerial Declaration to the Energy Charter Treaty, version 7*.

⁹³ Sinclair (1984) s. 153.

⁹⁴ Jfr. Artikel 1(1) VCLT.

⁹⁵ Jfr. Artikel 31(1) VCLT.

⁹⁶ Se bland annat: Territorial Dispute (Libya v Chad), ICJ Reports (1194), s. 22, p. 41.; Corten, Olivier & Klein, Pierre (2012) s. 828.

omständigheterna vid dess ingående kan i särskilda fall användas för tolkning av ett internationellt avtal.⁹⁷ Detta tolkningsmedel ska som regel tillgripas för bekräftelse eller fastställelse när en tolkning enligt artikel 31 VCLT antingen inte undanröjer tolkningens oklarhet eller leder till ett resultat som uppenbarligen är orimligt eller oförnuftigt.⁹⁸

Den gängse meningen anses ge uttryck för den autentiska partsavsikten och har kommit att premieras i praxis. I förhållande till materiella källor så medför en tolkning genom VCLT att utöver fördraget som sådant ska preambeln, dess bilagor, samstämmiga viljeförklaringar i samband med fördragets ingående,⁹⁹ efterföljande rättshandlingar som ger uttryck för parternas samstämmiga tolkning av fördraget¹⁰⁰ och relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna, ligga till grund för tolkningen av ECT.¹⁰¹ Särskild vikt ska ges åt uttryck som explicit anges vara uttryck för den gemensamma partsavsikten.¹⁰²

För den uppmärksamme läsaren iakttas en likhet mellan artikel 26(6) ECT som stadgar att ”A tribunal [...] shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law” och artikel 31(3)(c) VCLT som stadgar att ”A treaty shall be interpreted [...] taken into account, together with the context any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. För den än mer uppmärksamme läsaren iakttas emellertid en avgörande skillnad i att ECT avser adjektivet *tillämpning* (eng. applicable) av internationell rätt medan VCLT avser adjektivet *tolkning* (eng. interpretation) av internationell rätt. Konsekvensen av att tillskriva adjektiven ett inbördes förhållande är att tillämpning av internationell rätt ska göras i enlighet med ECT *innan* tolkning kan göras under VCLT.¹⁰³ Det innebär att parternas processföring och målets omständigheter i övrigt tillskrivs relativt stor betydelse.

⁹⁷ Jfr. Artikel 32 VCLT.

⁹⁸ Jfr. Artikel 32 VCLT.

⁹⁹ Jfr. Artikel 31(2) VCLT.

¹⁰⁰ Jfr. Artikel 31(3)(a)-(b) VCLT.

¹⁰¹ Jfr. Artikel 31(2)(c) VCLT.

¹⁰² Jfr. Artikel 31(4) VCLT.

¹⁰³ Hobér (2020) s. 451.

3 Investeringsrätt & principen om unionsrättens autonomi

3.1 Introduktion till EU & investeringsrätt

Handelspolitik har varit en central angelägenhet för EU ända sedan förverkligandet av den inre marknaden inom den Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG) på 60-talet. Detta tar idag sitt uttryck genom olika artiklar i EU-fördragen så som FEUF artikel 207(2) som föreskriver att ”Europaparlamentet och rådet ska genom förordningar i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet besluta om åtgärder för att fastställa inom vilken ram den gemensamma handelspolitiken ska genomföras”. Såväl handel inom EU som utanför EU¹⁰⁴ har länge ansetts tillfalla unionens exklusiva befogenhet. Investeringspolitik har å andra sidan ansetts vara föremål för medlemsstaternas exklusiva kompetens, med konsekvensen att internationella handelsavtal som regel slutits på EU-nivå medan internationella investeringsavtal slutits på medlemsstatsnivå.¹⁰⁵ Med tiden, och som även följer av nuvarande lydelse under FEUF artikel 207 om den gemensamma handelspolitiken, har emellertid en utveckling gått mot att även investeringspolitik ska bedrivas på EU-nivå, så även på ISDS-området. I förhållande till BIT:s har EU-domstolens domar *Achmea* och *Yttrande 1/17* förändrat rättsläget och i förhållande till ECT domen *Komstroy*. Förändringarna har motiverats med hänvisning till den av fördragen stadgade skyldigheten för EU-domstolen och medlemsstaternas domstolar att värna principen om unionsrättens autonomi.

3.2 Principen om unionsrättens autonomi

Principen om unionsrättens autonomi är en grundläggande princip inom EU-rätten som fastställer att unionsrätten äger företräde framför nationell rätt samt att EU-domstolen utgör den yttersta tolkningsmyndigheten när det gäller unionsrätten. Denna princip kan härledas bak till åren 1963-1964 och C-26/62 *Van Gend & Loos* respektive C-6/64 *Costa v. E.N.E.L.*, då EU-domstolen slog fast att medlemsstaterna är skyldiga att respektera EU-domstolens tolkningar av unionsrätten, även om dessa tolkningar skulle strida mot nationell lag eller konstitutionell bestämmelse.¹⁰⁶ På så vis kan medlemsstaterna inte underminera EU:s rättsordning genom att tillämpa sin egen nationella rätt på ett sätt som strider mot unionsrätten. Genom principen om unionsrättens autonomi säkerställs att unionsrätten ges en enhetlig tolkning och tillämpning i hela EU. Principen har sedan dess kommit att tillämpas och preciseras.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Jfr. exv. FEUF artikel 218.

¹⁰⁵ Chaisse Julian (2012) s. 55 f.

¹⁰⁶ C-26/62 *Van Gend & Loos* p. 166.; C-6/64 *Costa v. E.N.E.L* p. 218.

¹⁰⁷ Se särskilt *Yttrande 1/91, EEA Agreement I.*; *Yttrande 1/00, ECAA.*; C-459/03 *Commission v Ireland (Mox Plant).*; *Yttrande 1/09 Patents Court.*; *Yttrande 2/13, ECHR II.*

Principen har även inverkan på EU:s och dess medlemsstaters internationella åtaganden. Den har bland annat lagts till grund för att EU inte kunnat ratificera Europakonventionen (*Yttrande 2/13 ECHR II*). Genom att länka principen om unionsrättens autonomi till EU:s konstitutionella struktur, principen om det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsstaterna, och möjligheten att begära förhandsavgöranden, beskrevs principen i *Yttrande 2/13* som rättsordningens ryggrad. Europadomstolen ansågs kunna komma att tillämpa EU-rätt samtidigt som den saknade möjlighet att begära förhandsavgörande av EU-domstolen.¹⁰⁸ Detta förhållande ansågs utgöra ett hot mot unionsrättens autonomi och har lagt grunden för *Achmea* och sedermera *Komstroy*.¹⁰⁹ Härfter följer en utförlig redogörelse för det resonemang som EU-domstolen bedrivit i de domar (*Achmea*, *Yttrande 1/17* och *Komstroy*) som har varit fokus för förevarande avhandling.¹¹⁰

Principen har sin grund i unionsrättens väsentliga särdrag. Särdragen följer av unionens konstitutionella ramverk innehållande grundläggande värden, de allmänna principerna i unionsrätten, bestämmelserna i stadgan samt bestämmelserna i FEU¹¹¹ och FEUF¹¹². Principen föreskrivs primärt genom FEUF artikel 344 enligt vilken medlemsstaterna förbinder sig att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som föreskrivs i fördragen. Unionsrätten kännetecknas av att den härrör från fördragen. Fördragen betraktas som autonoma källor som tar sitt uttryck genom att de äger företräde framför medlemsstaternas nationella rätt samt av att en rad bestämmelser som är tillämpliga på medlemsstaterna och deras medborgare har så kallad *direkt effekt*. Autonomi gäller i förhållande till såväl medlemsstaternas rättsordningar som internationell rätt. Som en konsekvens har ett strukturerat nätverk av principer, regler och rättsförhållanden som är inbördes beroende och ömsesidigt förpliktande både mellan unionen som sådan och dess medlemsstater och för medlemsstaterna sinsemellan vuxit fram. För att säkerställa att konstitutionens särdrag och unionsrättens autonomi bevaras har ett domstolssystem inrättats i syfte att garantera en konsekvent och enhetlig tolkning av unionsrätten. Således, och som föreskrivs av FEU artikel 19 samt FEUF artikel 267 åligger det såväl de nationella domstolarna som EU-domstolen att säkerställa att unionsrätten tolkas och tillämpas fullt ut i samtliga medlemsstater.¹¹³ EU-domstolen tillskrivs emellertid i detta avseende exklusiv behörighet att slutgiltigt tolka unionsrätten. Detta tar sitt uttryck i rättigheten och skyldigheten som

¹⁰⁸ Se *Yttrande 2/13 ECHR II* p. 157, 246.

¹⁰⁹ För liknande resonemang se Hallberg & Östlund (2021) s. 26.

¹¹⁰ För än mer utförlig redogörelse rekommenderas Groussot & Öberg (2021) s. 929-937.

¹¹¹ Se särskilt FEU artikel 4(3), 19.

¹¹² Se särskilt FEUF artikel 18, 267 och 344.

¹¹³ Se även FEU artikel 4.3, principen om lojalt samarbete varigenom det åligger medlemsstaterna att inom sina respektive territorier svara för att unionsrätten tillämpas och iaktas och att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter fullgörs.

tillskrivits medlemsstaternas domstolar i att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen.¹¹⁴

3.3 Achmeadoktrinen

Eftersom detta arbete avser utreda ISDS-mekanismen under ECT och dess förenlighet med EU-rätt så utgör *Komstroy* det centrala rättsfallet att analysera. Resonemanget i *Komstroy* baseras emellertid i stor utsträckning på resonemanget i *Achmea*. För att minimera upprepning och bibehålla adekvans i arbetet så kommer resonemanget presenteras och studeras mer ingående under avsnitt 3.2. om *Komstroy*. *Achmea* utgör dock en lämplig startpunkt för att analysera och förstå rättsutvecklingen, varför en kortfattad beskrivning av domen följer härnäst.

I *Achmea* stämde det holländska försäkringsbolaget Achmea BV Republiken Slovakien för ett förbud mot utdelning av vinster som genererats på sjukförsäkringsmarknaden i Slovakien, med grund i ett bilateralt investeringsskyddsavtal mellan Nederländerna och Slovakien från 1991. Tvisten hänsköts till ett UNCITRAL-förfarande med säte i Tyskland som förpliktade Slovakien att utbetala skadestånd om cirka €22 miljoner till Achmea BV. Slovakien överklagade skiljedomen till tysk domstol (Oberlandesgericht Frankfurt am Main) med motiveringen att skiljedomstolen saknade jurisdiktion på grund av skiljeklausulens oförenlighet med EU-rätten och i synnerhet mot följande artiklar i FEUF (här i den turordning som EU-domstolen ombads att pröva jurisdiktionsanspråket mot): 344, 267 och 18.¹¹⁵ Tvisten överklagades till det tyska rättsväsendets högsta instans (Bundesgerichtshof) som i sin tur vilandeförklarade målet och begärde förhandsavgörande från EU-domstolen huruvida ovan nämnda artiklar skulle anses utgöra 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 avtalsansluten stat vid en tvist om investeringar i den andra avtalslutande staten ges rätten att inleda ett skiljeförfarande mot sistnämnda stat.¹¹⁶

Generaladvokat Melchior Wathelets förslag till avgörande¹¹⁷ till trots – vars slutsats var att EU-interna BIT:s inte var oförenliga med EU-rätten – så antog EU-domstolen motsatt ståndpunkt i sin dom: En ISDS-mekanism med ursprung i ett BIT mellan två medlemsstater som hänskjuter en tvist till en ad

¹¹⁴ C-284/16 *Achmea* p. 33-37.; Yttrande 1/17 *CETA* p. 109-111.; Mål C- 741/19 *Komstroy* p. 42-46.

¹¹⁵ Artikel 18 föreskriver att all diskriminering på grund av nationalitet ska vara förbjuden. Artikel 267 föreskriver EU-domstolens behörighet att meddela förhandsavgöranden. Artikel 344 förbinder medlemsstaterna till att inte lösa tvister om tolkning eller tillämpning av fördragen utöver vad som anges i fördragen.

¹¹⁶ C-284/16 *Achmea* p. 23.

¹¹⁷ GA Wathelet i C-284/16 *Achmea*.

hoc-skiljedomstol är oförenlig med EU-rätten. I synnerhet ansågs det strida mot principen om unionsrättens autonomi.

EU-domstolen genomförde ett trestegsresonemang vars logik mer eller mindre identiskt återkommer under *Komstroy*:

- i) *Skiljedomstolen är skyldig att tolka eller tillämpa EU-rätten.* Skiljedomstolar har att tolka unionsrätt under skiljeklausulen i det för tvisten specifika avtalet eftersom de enligt avtalet ska beakta parternas nationella rätt, vari unionsrätten ingår som en oskiljbar del.¹¹⁸
- ii) *Skiljedomstolen är inte att anse som en domstol eller tribunal enligt definitionen i FEUF artikel 267.* Skiljedomstolen är därmed inte en del av EU:s rättssystem och den däri rättsliga intra-domstols dialog som är utformad för att säkerställa att EU-rätten tolkas och tillämpas enhetligt, konsekvent och effektivt. Skiljedomstolar skapade under ett BIT kan alltså behöva tolka och tillämpa unionsrätt samtidigt som den saknar möjlighet att hänskjuta tvisten till EU-domstolen för förhandsavgörande eftersom de inte klassificeras som en domstol eller en tribunal enligt EU-rätten.¹¹⁹
- iii) *Skiljedomstolen är inte heller föremål för en tillräcklig grad av kontroll av en EU-domstol och det kan därför inte till fullo säkerställas att EU-rätten följs.* En skiljedom kan som regel inte hänskjutas till EU-domstolen för förhandsprövning. Det föreligger endast utrymme för en begränsad prövning, så som en jurisdiktionsprövning. EU-domstolen anför visserligen att en sådan begränsad prövning kan vara motiverad vid kommersiella skiljeförfaranden. Detta motiverade intresse föreligger emellertid inte under BIT:s eftersom sådana avtal inte anses ge uttryck för den gemensamma och autonoma partsviljan. Skiljeklausulen i ett BIT följer i stället av ett på förhand upprättat avtal som har till syfte att undandra tvister, som kan avse tolkningen eller (till och med) tillämpningen av unionsrätt, från sina egna domstolars behörighet och därmed från det system för rättsmedel som de är skyldiga att inrätta på områden som omfattas av unionsrätten.¹²⁰

¹¹⁸ C-284/16 *Achmea* p. 40-41.

¹¹⁹ C-284/16 *Achmea* p. 45-46, 49.

¹²⁰ C-284/16 *Achmea* p. 53-55.

EU-domstolens resonemang vilar på två unionsrättsliga pelare. Den ena bestående av principen om unionsrättens autonomi¹²¹. Den andra bestående av principen om ömsesidigt förtroende¹²² förenat med principen om lojalt samarbete¹²³.¹²⁴ Eftersom EU är baserat på gemensamma värderingar med medlemsstaterna så fordras att de nationella domstolarna samarbetar med EU-domstolen för att garantera en enhetlig tolkning av unionsrätten.¹²⁵ I synnerhet utgör mekanismen i FEUF artikel 267 om EU-domstolens behörighet att meddela förhandsavgörande en grundbult i EU:s rättssystem.¹²⁶ Syftet med mekanismen är att säkerställa en enhetlig tolkning av EU-rätten och därigenom säkerställa dess konsekvens, fulla verkan och självständighet samt, i slutändan, den särskilda karaktären hos den rätt som fastställs i fördragen.¹²⁷

Sammanfattningsvis anförde EU-domstolen att tvistlösningsmekanismen i fråga inte bara ifrågasatte principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna utan även bevarandet av den särskilda karaktär av den rätt som fastställs i EU-fördragen och vilken säkerställs genom möjligheten till förhandsavgörande från EU-domstolen. Därför ansågs skiljeklausulen inte kunna vara förenlig med varken principen om lojalt samarbete eller principen om unionsrättens autonomi.¹²⁸ EU-domstolens domslut innebar att skiljedomstolar skapade under ett EU-internt BIT de jure saknar jurisdiktion att avgöra ISDS-tvister.¹²⁹ Domen ledde till att 23 av EU:s medlemsstater den 29 maj 2020 förpliktade sig att säga upp sina samtliga EU-interna BIT:s.¹³⁰

I ett senare mål *Polen mot PL Holdings* blev EU-interna ISDS-tvister under ett EU-internt BIT på begäran av Högsta domstolen återigen föremål för EU-domstolens prövning.¹³¹ I fallet hade det luxemburgiska företaget PL Holdings stämt Republiken Polen, för expropriering av dess investeringar, vid SCC med grund i en skiljeklausul i ett BIT mellan Luxemburg och Polen. Då *Achmea* redan avgjort sådana skiljeklausulers oförenlighet med unionsrätten handlade förevarande fall om huruvida situationen skulle bedömas annorlunda ifall en medlemsstat ingår ett sådant skiljeavtal på nytt genom konkludent handlande.¹³² Det skulle i sådant fall innebära att en skiljeklausul i ett investeringsavtal skulle anses oförenligt med unionsrätten men att en medlemsstat av fri vilja skulle kunna ingå ett skiljeförfarande, exempelvis

¹²¹ Jfr. FEU artikel 2, 19.

¹²² Jfr. FEU artikel 2.

¹²³ Jfr. FEU artikel 4(3).

¹²⁴ C-284/16 *Achmea* p. 58.

¹²⁵ C-284/16 *Achmea* p. 35.

¹²⁶ C-284/16 *Achmea* p. 37.

¹²⁷ C-284/16 *Achmea* p. 37.; Yttrande 2/13 *ECHR II* p. 176 (och däri angiven rättspraxis).

¹²⁸ C-284/16 *Achmea* p. 58.

¹²⁹ C-284/16 *Achmea* p. 58

¹³⁰ Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, 5 maj 2020, EUT 2020 L 169/1.

¹³¹ C-109/20 *PL Holdings Sàrl*.

¹³² C-109/20 *PL Holdings Sàrl*, p. 33.

genom att inte motsätta sig skiljedomstolens behörighet då en investerare påkallar sådant förfarande. Den senare situationen är lik förhållandena som kan vara vid handen för *kommersiella skiljeförfaranden*.¹³³ EU-domstolen valde emellertid att utvidga och förtydliga *Achmeadoktrinen* till att även omfatta EU-interna ISDS-tvister som ingåtts genom konkludent handlande. Som stöd för sitt avgörande anförde EU-domstolen att om en medlemsstat tilläts ingå ett ad hoc-skiljeförfarande innehållande samma egenskaper som en ogiltig skiljeklausul, så skulle det de facto, likaledes som under *Achmea*, utgöra ett kringgående av medlemsstatens skyldigheter enligt fördragen.¹³⁴ *PL Holdings* föreskriver således en skyldighet – som inte med giltig verkan kan försummas – för medlemsstater att motsätta sig sådan domstols jurisdiktion.¹³⁵

3.4 Yttrande 1/17 CETA

Yttrande 1/17 utgör ett preliminärt avgörande från EU-domstolen beträffande förenligheten mellan frihandelsavtalet CETA¹³⁶ och EU-rätten. Genom CETA introducerades ett så kallat ICS (*Investment Court System*) där investerare från den ena avtalsanslutna parten skulle kunna föra talan mot den andra avtalsanslutna parterna beträffande överträdelser av investerares rättigheter enligt avtalet, i en domstol bortom parternas jurisdiktion. Avtalet innehåller således en ISDS-mekanism som är snarlik den i *Achmea* eller den under ECT. Under ICS-systemet skulle en permanent institutionaliserad domstol (*tribunalen*) inrättas vars dom skulle kunna överklagas till högre instans (*överprövningstribunalen*). Systemet skiljer sig således åt från ISDS-mekanismen under ECT genom avsaknaden av ad hoc-momentet samt genom möjligheten till överprövning på materiell grund. Konungariket Belgien var kritiskt inställt till ISDS-mekanismens förenlighet med unionsrätten. Mot bakgrund av att CETA:s tvistlösningsmekanism varken föreskrev någon skyldighet eller möjlighet för tribunalen att hänskjuta en prejudiciell fråga rörande tolkning av unionsrätten till EU-domstolen, begärde Belgien att EU-domstolen skulle avgöra om tvistlösningsmekanismen – som kan leda till slutgiltiga skiljedomar som är bindande för unionen och dess medlemsstater – var förenlig med principen om unionsrättens autonomi.¹³⁷

Som underlag för sin fråga erinrades om *Yttrande 2/13* från EU-domstolen varvid EU-domstolen fastslagit vikten av att vara exklusivt behörigt att

¹³³ Implikationen av detta diskuteras vidare under avsnitt 5.1.3.

¹³⁴ C-109/20 *PL Holdings Sàrl*, p. 47, 54, 56.

¹³⁵ C-109/20 *PL Holdings Sàrl*, p. 52.

¹³⁶ CETA är ett omfattande frihandelsavtal mellan EU och Kanada innehållande både handels- och investeringsprovisioner. Avtalet trädde provisoriskt i kraft 2017 men har i skrivande stund inte ratificerats av samtliga medlemsstater och därmed har avtalet inte trätt i kraft i sin helhet.

¹³⁷ Tre frågor ställdes angående tvistlösningsmekanismen (jfr. avsnitt III *Yttrande 1/17 CETA*): ”förenlighet med autonomi hos unionens rättsordning”, ”förenlighet med den allmänna likabehandlingsprincipen och med kravet på att unionsrätten ska ges full verkan” samt, ”förenlighet med rätten till tillgång till en oberoende domstol”.

slutgiltigt tolka unionsrätten.¹³⁸ Vidare anfördes med referens till *Yttrande 1/09 Patents Court* att denna exklusiva behörighet måste beaktas för att säkerställa autonomi hos unionens rättsordning varigenom det fastslogs att ”det är oförenligt med autonomi hos unionens rättsordning att en internationell domstol som inrättats genom en överenskommelse som är bindande för unionen kan komma att tolka och tillämpa inte bara bestämmelserna i detta avtal, utan även bestämmelser i unionens primärrätt eller sekundärrätt, allmänna principer i unionsrätten eller grundläggande rättigheter i denna”.¹³⁹

I domskälen medgav EU-domstolen initialt att tvistlösningsmekanismen under CETA endast kan vara förenlig med unionsrätten under förutsättning att avtalet inte undergräver autonomi hos unionens rättsordning.¹⁴⁰ Vidare konstaterades det faktum att internationella avtal i lika hög grad berör tredjeländer anslutna till avtalet som det påverkar EU. På samma vis som att avtalet utgör en del av unionsrätten och således kan bli föremål för begäran om förhandsavgörande kan avtalet tolkas av tredjelands domstolar. Därmed har de, av unionsrätten erkända domstolarna, inte större behörighet att tolka och tillämpa internationella avtal än vad avtalsanslutna tredje länders domstolar eller internationella domstolar som inrättats genom sådant avtal har. Mot bakgrund av den reciprocitet som internationella avtal således kännetecknas av konstaterades att den omständighet att tvistlösningsmekanismen inte utgör en del av unionens domstolssystem inte per se innebär att autonomi undergrävs.

EU-domstolen konstaterade att – mot bakgrund av unionens befogenheter inom internationella förbindelser och förekomsten av de internationella avtalens ömsesidiga karaktär – unionen har befogenhet att ingå ett avtal som ger en internationell domstol rätt att tolka avtalet utan att den behöver följa tolkningar som gjorts av parternas respektive domstolar.¹⁴¹ Sådan befogenhet ansågs emellertid inskränkas av två villkor, relaterade till principen om unionsrättens autonomi. Dels att den internationella domstolen inte kan ges behörighet att tolka eller tillämpa unionsrätten *utöver* bestämmelserna i det internationella avtalet. Dels att behörigheten för en sådan internationell domstol inte får utformas så att den kan meddela skiljedomar som kan få till följd att unionsinstitutionerna inte kan bedriva sin verksamhet i enlighet med unionens konstitutionella ramverk.¹⁴²

EU-domstolen fann att tribunalens behörighet att döma i ISDS-tvister inte undergrävde autonomi hos unionens rättsordning.¹⁴³ Slutsatsen följde huvudsakligen av att avtalet inte gav tribunalen någon behörighet att tolka

¹³⁸ Yttrande 1/17 CETA p. 46 (och däri angiven rättspraxis).

¹³⁹ Yttrande 1/17 CETA p. 47 (och däri angiven rättspraxis).

¹⁴⁰ Yttrande 1/17 CETA p. 108.

¹⁴¹ Yttrande 1/17 CETA p. 115–117.

¹⁴² Yttrande 1/17 CETA p. 118–119.

¹⁴³ Yttrande 1/17 CETA p. 136, 160–161.

eller tillämpa unionsrätt utöver de bestämmelser som följer av CETA som sådant. Mot den bakgrunden menade EU-domstolen att det därför var logiskt att det inte föreskrivs något förfarande enligt vilket tribunalen skulle ges befogenhet eller en skyldighet att vända sig till EU-domstolen för att begära förhandsavgörande. Mot samma bakgrund ansåg EU-domstolen det logiskt att tribunalen gavs behörighet att slutgiltigt avgöra en ISDS-tvist utan att det införs något förfarande genom vilket skiljedomen kan omprövas av en domstol i staten för investeringen eller av EU-domstolen.¹⁴⁴

3.5 Komparativ analys: *Achmea & Yttrande 1/17*

Både *Achmea* och *Yttrande 1/17* utgör domslut från EU-domstolen avseende en ISDS-mekanism som ger EU-frånkopplade domstolar, såsom skiljedomstol, behörighet att meddela domar i tvister härrörande ur det underliggande avtalet och därmed potentiellt tolka och tillämpa unionsrätt. I det följande genomförs en analys av de redogjorda rättsfallen med avsikten att belysa aspekter av betydelse för senare analys av *Komstroy*.

EU-domstolen tycks tillskriva avgörande betydelse åt klausulerna som pekar ut tillämplig lag i respektive avtal. I CETA pekar artikel 8.31 ut tillämplig lagstiftning. Dess första punkt är snarlik motsvarande bestämmelse under ECT på så vis att klausulen utpekar avtalet som sådant samt internationell rätt som tillämplig rätt. Klausulerna skiljer sig emellertid åt då CETA explicit pekar ut VCLT som den traktaten som ska anses tillämplig vid tolkning av CETA. I förhållande till *Achmea* tycks den centrala skillnaden vara CETA:s andra punkt. Denna anger att:

”Tribunalen ska inte vara behörig att fastställa om en åtgärd [...] är laglig i enlighet med en parts inhemska rätt. För tydlighetens skull påpekas att tribunalen vid fastställandet av om en åtgärd är att anse som förenlig med detta avtal, om så är lämpligt, kan ta hänsyn till en parts inhemska rätt som *sakomständigheter*. I detta sammanhang ska tribunalen *följa den gällande tolkningen* som den inhemska rätten som görs av domstolarna eller myndigheterna i den parten och den tolkning som tribunalen gör av den inhemska rätten ska *inte vara bindande* för domstolarna och myndigheterna i den parten.”¹⁴⁵

Under det BIT som var omtvistligt under *Achmea* pekar avtalets artikel 8(5) ut tillämplig lagstiftning. Av artikeln stipuleras att skiljedomstolen ska fatta beslut med *beaktande* av – förutom bestämmelserna i det aktuella avtalet,

¹⁴⁴ Yttrande 1/17 CETA p. 121–122, 130–131.

¹⁴⁵ Författarens kursiveringar.

andra relevanta avtal och allmänna principer i internationell rätt – den lagstiftning som är tillämplig i den berörda avtalsslutande parten.

Som EU-domstolen framfört har en EU-frånkopplad domstol i tvister av förevarande karaktär oundvikligen att pröva en omtvistad åtgärds innebörd på grundval av de uppgifter och argument som framförs till den av parterna. Vid sådan prövning kan det därför för en sådan särskilt inrättad domstol komma att bli oundvikligt att beakta svarandens inhemska rättsordning.¹⁴⁶ Sammanfattningsvis har EU-domstolen dragit en skiljelinje för när ett internationellt avtal, som ger behörighet åt en EU-frånkopplad domstol att tolka unionsrätt, är oförenligt med principen om unionsrättens autonomi. Ovan beskrivna rättsfall ger vid handen att linjen dras mellan å ena sidan det fall när en domstol har att *beakta* lagstiftning som är tillämplig i en medlemsstat. Å andra sidan när en domstol har att ta *hänsyn* till en medlemsstats inhemska rätt så som en sakomständighet, i överensstämmelse med där gällande tolkning samt parat med ett explicit förbud att tolka och tillämpa unionsrätt utöver vad som följer av avtalet.

Det förtydligande som följer av CETA att en tolkning av medlemsstats rätt inte ska ha prejudicerande verkan gäller även under ett BIT. Inom internationell rätt har nämligen praxis, så som skiljedomar, varken någon prejudicerande effekt gentemot värdlandet eller för skiljedomstolar sinsemellan.¹⁴⁷

I förhållande till vad som redogjorts om ECT (avsnitt 2), så kan det konstateras att det BIT som var föremål i *Achmea* har likheter med hur ECT är konstruerat. I synnerhet en tvist under ECT som hänskjuts till ett skiljeförfarande under UNCITRAL eller SCC. En signifikant distinktion är dock – och som frekvent framhävts av skiljenämnder post *Achmea* – att ECT inte primärt är ett avtal mellan EU:s medlemsstater utan att det utgör ett multilateralt avtal som såväl medlemsstater, som tredjeländer, som EU som sådant är part till. Samtidigt uppvisar ISDS-mekanismen under ECT även likheter med det i CETA. Eftersom ECT artikel 26 överhuvudtaget inte stipulerar ett förhållande till nationell rätt så tycks artikeln positionera sig någonstans emellan det bilaterala investeringsskyddsavtalets artikel 8(5) i *Achmea* och CETA:s artikel 8.31(1-2). Som regel har skiljedomstolar nämligen inte ansett att de vare sig tolkar eller tillämpar EU-rätt.¹⁴⁸

Initialt efter *Achmea* bedömdes domen få begränsad inverkan utanför EU:s rättsordning. EU-domstolens resonemang ansågs snävt formulerat och därmed endast tillämbart på specifika mål vars förhållanden i stor utsträckning kunde likställas med de under *Achmea*.¹⁴⁹ Med hänvisning till

¹⁴⁶ Yttrande 1/17 CETA p. 131.

¹⁴⁷ Hobér (2020) s. 39.

¹⁴⁸ Odermatt (2023) s. 13.

¹⁴⁹ Se Nagy (2018) s. 989, 992 ff.; Kochenov & Lavranos (2021) s. 199.

att EU-domstolen så explicit valde att argumentera utifrån formuleringen i avtalets artikel 8 har det argumenterats för att resonemanget i *Achmea* inte kunnat överföras till en ECT-kontext.¹⁵⁰

I linje med doktrin ansåg sig skiljedomstolar i ISDS-tvister under ECT inte bundna av *Achmea*. I en ISDS-tvist, *Vattenfall m.fl. mot Förbundsrepubliken Tyskland*, meddelade skiljedomstolen att EU-domstolens resonemang inte specifikt adresserade ISDS-tvister under ECT och att det därför skulle betraktas som en öppen fråga huruvida logiken i *Achmea* var tillämpbar under ECT eller ej.¹⁵¹ I en annan ISDS-tvist, *Masdar Solar mot Konungariket Spanien*, meddelade skiljedomstolen att det med tydlighet – bland annat till följd av skillnaden i avtalens pluralitet – framgår att *Achmea* endast kan äga tillämpning vid BIT:s mellan EU:s medlemsstater, men inte i förhållande till ECT.¹⁵²

¹⁵⁰ Dashwood (2021) s. 423.; *Masdar mot Konungariket Spanien*, 16 May 2018, ICSID Case No. ARB/14/1, *Award*, p. 680.

¹⁵¹ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, *Decision on the Achmea Issue*. p. 161

¹⁵² *Masdar mot Konungariket Spanien*, 16 May 2018, ICSID Case No. ARB/14/1, *Award*, p. 680.

4 *Komstroy*

Målet *Komstroy* avser en tvist mellan Republiken Moldavien och den ukrainska eldistributören Energoalians (senare Komstroy) vars tvistefråga avser huruvida en fordran som grundar sig på ett avtal om försäljning av el kan utgöra en investering i den mening som avses i artikel 1(6) ECT. Anledningen till att detta mål är föremål för denna avhandling följer emellertid av EU-domstolens *obiter dictum*¹⁵³ som tar sikte på huruvida EU-interna skiljeförfarande under ECT kan anses vara förenligt med EU rätten eller ej.

4.1 Bakgrund

Under åren 1999–2000 sålde en ukrainsk producent (Ukrenergo) elektricitet till en ukrainsk distributör (Energoalians som 2014 efterträddes av Komstroy LLC) som i sin tur sålde vidare elen till ett bolag (Derimen) registrerat på Brittiska Jungfruöarna, som i sin tur sålde elen vidare till ett moldaviskt offentligt företag (Moldtranselectro) för export till Moldavien. Derimen erlade full betalning till Energoalians för den köpta delen men blev i sin tur bara delvis ersatt av Moldtranselectro varpå en fordran uppstod mellan parterna. Fordringen överläts sedan till Energoalians som efter misslyckade försök att realisera sin fordran väckte talan vid moldavisk och ukrainsk domstol för återstående skuldbelopp om drygt USD 16 miljoner. Energoalians inledde även ett ad hoc-skiljeförfarande under ECT artikel 26 (4)(b) med säte i Paris mot Republiken Moldavien som de ansåg hade åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget. Ad hoc-domstolen i Paris förpliktade Republiken Moldavien att till Energoalians utbetala ett visst belopp för att ha åsidosatt sina internationella åtaganden under ECT. Efter överklagande av Republiken Moldavien till Appellationsdomstolen i Paris (Cour d'appel de Paris), med motiveringen att skiljedomstolen saknade behörighet att avgöra tvisten, åkte målet hiss i det franska rättssystemet, upp till Högsta domstolen i Frankrike (Cour de cassation) som i sin tur återförvisade målet till Cour d'appel de Paris. Appellationsdomstolen vilandeförklarade målet och ställde tre frågor till EU-domstolen avseende huruvida tvisten avsåg en investering i den mening som avses i energistadgefördraget och, om så är fallet, huruvida investeringen har gjorts av Energoalians och om den i sådant fall genomförts i Moldaviens ”område”. Appellationsdomstolen sökte svar på dessa frågor för att ytterst ta ställning till huruvida skiljedomstolen var behörig att pröva tvisten.¹⁵⁴

4.2 Generaladvokatens förslag till avgörande

¹⁵³ Latin för ”vid sidan om saken” och syftar till återgivningar av, eller inom rätten men som inte hänför sig till den specifika rättsfrågan. Det kan även utgöras av förklarande kommentarer eller redogörelser för hypotetiska rättsfall som liknar det aktuella. *Obiter dictum* har som regel ingen prejudicerande verkan.

¹⁵⁴ C-741/19 *Komstroy* p. 8-20.

Generaladvokat Maciej Szpunars förslag till avgörande¹⁵⁵ följs till stor del av EU-domstolen. Trots att resonemangen stundtals skiljer sig åt – särskilt i förhållande till vissa av resonemangens utförlighet – landar båda resonemangen i samma slutsats: att artikel 26(2)(c) ECT inte under några omständigheter kan anses tillämplig vid EU-interna förhållanden. Generaladvokatens förslag till avgörande kommer därmed endast redogöras för i begränsad utsträckning härfter. Under avsnitt fem hänvisas i förekommande fall till generaladvokatens resonemang i syfte att kontrastera EU-domstolens resonemang.

Generaladvokatens resonemang grundades i stor utsträckning på att ECT bör tillskrivas en asymmetrisk tillämpning. Eftersom det i *Achmea* klargjorts att en skiljeklausul i ett investeringsskyddsavtal mellan EU:s medlemsstater strider mot principen om unionsrättens autonomi, så kan skiljeklausulen under ECT omöjligt äga tillämpning på samma vis EU-internt som den gör vid EU-externa förhållanden.¹⁵⁶ Att EU såväl som dess medlemsstater är parter till ECT och således bundna av traktaten ansågs av underordnad betydelse i förhållande till att artikel 26 ECT betraktas strida mot principen om unionsrättens autonomi.¹⁵⁷ Generaladvokaten gjorde överhuvudtaget ingen tolkning med hjälp av VCLT utan gav snarast sin syn på huruvida avtalet borde få tillämpas, ur ett strikt unionsrättsligt perspektiv.

Sammanfattningsvis uppmanade generaladvokat Szpunar EU-domstolen att ”även om tvisten vid första anblick inte [tycks] ha något samband med unionen. [...] anser [generaladvokaten] att förevarande mål borde föranleda domstolen att uttala sig om en viktig problematik, nämligen huruvida den tvistlösningsmekanism som inrättats genom energistadgefördraget är förenlig med unionsrätten, enligt de principer som domstolen uppställt i [...] *Achmea*.”¹⁵⁸

4.3 Domskäl

4.3.1 EU-domstolens behörighet i EU-externa tvister

EU-domstolen inledde med att pröva sin behörighet i förhandsavgörandet. Komstroy, Rådet, Ungerns, Finlands och Sveriges regering anförde – med hänvisning till EU-domstolens rättspraxis – att domstolen saknade behörighet då parterna i tvisten inte tillhörde EU, att unionsrätt således inte kunde anses tillämplig och att EU-domstolen därav saknade jurisdiktion.¹⁵⁹ EU-domstolen å sin sida inledde med att generellt konstatera sin behörighet att tolka rättsakter som beslutats av unionens institutioner, organ eller byråer.¹⁶⁰

¹⁵⁵ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy*.

¹⁵⁶ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 63, 89.

¹⁵⁷ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 81-83.

¹⁵⁸ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 3.

¹⁵⁹ C-181/73 *Haegeman* p. 2, 4.; C 321/97 *Andersson & Wåkerås-Andersson* p. 26.

¹⁶⁰ Jfr. FEUF artikel 267.

Därefter – och som tillskrivs avgörande betydelse för utgången av målet – konstateras att avtal som ingåtts av rådet¹⁶¹ faller in under definitionen ”som beslutats av unionens institutioner, organ eller byråer”. Konstaterandet innebar att ECT är en ”unionsrättsakt” och att EU-domstolen därmed är behörig att meddela förhandsavgörande om tolkningen av ett sådant avtal.¹⁶² Omständigheten att ECT är ett blandat avtal, att såväl EU som medlemsstater är parter till fördraget, ansågs sakna betydelse.¹⁶³ För den uppmärksamme läsaren och som kommer återbesökas framöver, så innebär denna logik att internationella avtal som EU är part till är att betrakta som unionsrätt och att EU-domstolen därmed som regel är behörig att meddela förhandsavgöranden över. Beträffande invändningen av ovan nämnda parter medgavs av såväl generaladvokat Szpunar som av EU-domstolen att den i princip saknar behörighet att tolka ett internationellt avtal då parterna till tvisten tillhör tredje länder. Med hänvisning till praxis ansågs EU-domstolens jurisdiktion trots allt motiverad då det i förevarande fall ansågs existera ett bestämt unionsrättsligt intresse att bestämmelserna i detta internationella avtal – som kan tillämpas på såväl situationer som omfattas av unionsrätten, som situationer som inte gör det – proaktivt gavs en enhetlig tolkning.¹⁶⁴

Eftersom parterna frivilligt utsett Paris som säte för tvisten och utpekat UNCITRAL:s skiljedomregler aktualiserades inhemsk processrätt vid sätet enligt principen om *lex loci arbitri*. Enligt fransk civilprocesslag är de franska domstolarna behöriga att pröva talan om skiljedom ogiltighet på grund av en skiljedomstols bristande behörighet för det fall att domen meddelats i Frankrike.¹⁶⁵ Valet av Paris som säte för skiljeförfarandet aktualiserar inte enbart fransk rätt utan även unionsrätt då den utgör en oskiljaktig del av den franska rätten. EU-domstolen konstaterar därav att unionsrätt ska tillämpas på det behörighetsförfarande som väckts vid fransk domstol. I sammanhanget erinras om att det åligger nationell domstol och ytterst EU-domstolen, genom förhandsavgöranden, att säkerställa iakttagandet av unionsrätten. EU-domstolen anser sig därför, inte endast behörig utan skyldig att besvara de av fransk domstols ställda frågorna.¹⁶⁶

4.3.2 Ett avgörande obiter dictum

EU-domstolen inledde sitt resonemang i sakfrågan på följande vis: ”För att besvara denna fråga ska det först, såsom flera av de medlemsstater som har deltagit i förfarandet har påpekat, preciseras vilka tvister [...] som kan hänskjutas till en skiljedomstol med tillämpning av artikel 26 i energistadagefördraget.”¹⁶⁷ Det tåls att stanna upp och kontextualisera EU-

¹⁶¹ Jfr. FEUF artikel 217-218.

¹⁶² C-741/19 *Komstroy* p. 22-23, 49.

¹⁶³ C-741/19 *Komstroy* p. 24.

¹⁶⁴ C-741/19 *Komstroy* p. 28-31.

¹⁶⁵ Jfr. Artikel 1520 Code de procédure civile.

¹⁶⁶ C-741/19 *Komstroy* p. 32-35.; FEU artikel 19.

¹⁶⁷ C-741/19 *Komstroy* p. 40.

domstolens beslut att utan vidare motivering känna sig nödgad att avge detta förtydligande *obiter dictum*.

I processen inför ett förhandsavgörande bereds medlemsstaterna, Kommissionen och Rådet tillfälle att skriftligen yttra sig över den hänskjutande domstolens frågor och därefter återigen under en muntlig förhandling utefter frågor formulerade av EU-domstolen.¹⁶⁸ Polen, Spanien och Tyskland ombad EU-domstolen ta upp frågan huruvida ECT är tillämbart inom EU. Trots att processföremålet formellt inte kan ändras genom parter inlagor¹⁶⁹ uppmanades medlemsstaterna att yttra sin ståndpunkt i denna fråga under de blott femton minuter som var medlemsstat har till sitt förfogande under den muntliga förhandlingen. Det betonades att frågan var både komplex och kontroversiell och var förtjänt av en mer omfattande behandling än vad som tilläts vid det aktuella mötet. Vidare poängterades att EU-domstolen inte skulle besvara den ställda frågan mot bakgrund av att det i FEUF artikel 267 följer att förhandsavgörandet ska vara *nödvändigt* för att den hänskjutande domstolen ska kunna döma i saken.¹⁷⁰ Som bekant valde EU-domstolen att ändå ta upp den till synes hypotetiska frågan till prövning.

4.3.3 Principen om unionsrättens autonomi

Med hänvisning till domstolens rättspraxis anfördes att ett internationellt avtal inte får inkräkta på principen om unionsrättens autonomi. Som redogjorts för ovan motiveras principen om unionsrättens autonomi av unionsrättens väsentliga särdrag, såväl i förhållande till medlemsstaternas nationella rätt som till folkrätten. Dessa särdrag kännetecknas av att de härrör från en autonom källa vilket förutom sin normhierarkiska position tar sitt uttryck genom att vissa av unionens bestämmelser äger direkt effekt. EU-domstolen hänvisade till att principen bland annat stadgas under FEUF artikel 344 om medlemsstaternas förpliktelse att inte lösa tvister om fördragets tolkning eller tillämpning annorledes än som följer av fördragen,¹⁷¹ och att det ytterst åligger EU-domstolen att slå vakt om principen.¹⁷² Sammanfattningsvis anförde EU-domstolen att det är mot denna bakgrund – principen om unionsrättens autonomi – som domstolen har att pröva huruvida en tvist mellan en investerare och en stat i två olika tredje länder kan bli föremål för ett skiljedomsförfarande med tillämpning av artikel 26(2)(c) i energistadgefördraget.¹⁷³

4.3.4 Unionsrätt i en domstol som inte är en domstol

¹⁶⁸ Jfr. Artikel 57, 61, 81 Rättegångsregler för domstolen, OJ L 265, 29.9.2012, p. 1–42.

¹⁶⁹ Jfr C-21/13, *Simon Evers & Co* p. 26-28.; C-8/19 *PPU* p. 37.

¹⁷⁰ Hallberg & Östlund (2021) s. 18-20,

¹⁷¹ C-741/19 *Komstroy* p. 42.

¹⁷² Jfr. FEU artikel 19.; C-741/19 *Komstroy* p. 45.

¹⁷³ C-741/19 *Komstroy* p. 47.

Därefter konstaterar EU-domstolen att ad hoc-domstolen har att tolka och i förekommande fall tillämpa unionsrätt. Slutledningen följer av lydelsen i artikel 26(6) ECT att domstolen ”ska besluta i de frågor som tvisten gäller i överensstämmelse med detta traktat (ECT) och tillämpliga regler och principer i internationell rätt”. Som redan framgått betraktar EU-domstolen ECT som en unionsrättsakt då det utgör ett internationellt avtal som ingåtts av rådet och som således faller in under definitionen ”som beslutats av unionens institutioner, organ eller byråer”.¹⁷⁴ Därav har skiljenämnden per definition att tolka och tillämpa unionsrätten.¹⁷⁵

EU-domstolen prövar därefter huruvida ad hoc-domstolen kan bedömas ingå i unionens domstolssystem och vad som därigenom kan betraktas som ett *direkt beaktande* av unionsrättens autonomi. I synnerhet prövas huruvida skiljedomstolen kan anses vara en domstol i en medlemsstat utifrån ifall dess avgöranden omfattas av mekanismer som är ägnade att säkerställa att unionens bestämmelser får full verkan.¹⁷⁶ Mot bakgrund av att en sådan ad hoc-domstol som avses under ECT:s särskilda tvistlösningsmekanism inrättas som ett undantag från parternas nationella domstolar, ansåg EU-domstolen att mekanismens syfte är att undandra domsrätten från dessa. Därav kan en sådan skiljedomstol inte under några omständigheter anses tillhöra unionens domstolssystem. Således innehar skiljedomstolen ingen befogenhet att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen.¹⁷⁷

EU-domstolen går vidare i sin prövning och utreder huruvida skiljedomstolen *indirekt beaktar* unionsrättens autonomi. Det vill säga huruvida en skiljedom från ad hoc-domstolen kan anses vara underkastad kontroll av en domstol i en medlemsstat, som i sin tur kan hänskjuta tvisten till EU-domstolen och som därigenom säkerställer unionsrättens fulla beaktande.¹⁷⁸ Som bekant hade parterna förlagt tvistens säte till Paris och utpekat UNCITRAL:s regler. Därigenom kom fransk rätt att bli tillämplig enligt *lex loci arbitri* dock endast i en begränsad utsträckning. EU-domstolen medger att det i förhållande till *kommersiella skiljeförfaranden* visserligen existerar ett befogat partsintresse till effektivitet som motiverar en begränsad tillsyn från nationellt domstolväsende.¹⁷⁹ EU-domstolen anförde att ett *kommersiellt skiljeförfarande* karaktäriseras av att skiljebundenhet har sitt ursprung i den gemensamma partsviljan. Under ECT däremot ansågs skiljebundenhet följa av ett fördrag genom vilket medlemsstaterna ”har samtyckt till att undandra tvister som kan avse tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten från sina egna domstolars behörighet och därmed från det rättsmedelssystem som de enligt artikel 19.1 andra stycket FEU är skyldiga att inrätta på områden som

¹⁷⁴ Jfr. FEUF artikel 217–218.

¹⁷⁵ C-741/19 *Komstroy* p. 23, 48–50.

¹⁷⁶ Jfr. FEUF artikel 267.

¹⁷⁷ C-741/19 *Komstroy* p. 51–53.

¹⁷⁸ Jfr. FEU artikel 19.

¹⁷⁹ C-741/19 *Komstroy* p. 54–58.

omfattas av unionsrätten”.¹⁸⁰ Till följd av denna skillnad ansåg EU-domstolen att en sådan skiljedomstol under ECT varken *indirekt beaktar* unionsrättens autonomi eller kan anses utgöra ett motiverat undantag.

Sammanfattningsvis cementerade EU-domstolen sin position i frågan genom ett hypotetiskt konstaterande om klausulens uppenbara oförenlighet med unionsrätten: Om en skiljenämnd skulle kunna ges i uppdrag att döma i en EU-intern ISDS-tvist skulle det innebära att såväl unionen som dess medlemsstater inrättat en tvistlösningsmekanism som riskerar medföra att tvisten avgörs på ett vis som äventyrar unionsrättens fulla verkan.¹⁸¹

4.3.5 Unionsrätt & internationella avtal

ISDS-mekanismen under ECT anses således strida mot principen om unionsrättens autonomi. För att unionen ska kunna fullgöra sina externa befogenheter inbegripet ingåendet av internationella avtal fordras emellertid att jurisdiktion ska kunna beviljas en särskilt upprättad domstol för tolkning och tillämpning av det avtalets bestämmelser. En EU-frånkopplad domstol vars avgöranden är bindande för unionens institutioner och domstolar är därför i princip inte att betrakta som oförenlig med unionsrätten. Detta gäller dock under förutsättningen att unionsrättens autonomi beaktas.¹⁸² Unionens befogenhet att ingå internationella avtal begränsas således av att de inte med giltig verkan kan föreskriva bestämmelser varigenom en tvist beträffande unionsrätt mellan två medlemsstater kan undandras från unionens domstolssystem på ett sätt som inte säkerställer unionsrättens fulla verkan.¹⁸³ Av domstolens tidigare resonemang följer att detta skulle äventyra unionsrättens autonomi. EU-domstolen påpekade att de konsekvent¹⁸⁴ anförde att internationella avtal inte tillåts inkräkta på den befogenhetsordning som slagits fast i fördragen och därmed inte heller på autonomi hos unionens rättsordning.¹⁸⁵ Därigenom har en så kallad extern *Foto-Frost princip*¹⁸⁶ etablerats. *Komstroy* ska därmed förstås som blott ytterligare ett domslut i linje med etablerad praxis.¹⁸⁷

Beträffande omständigheten att ECT utgör ett multilateralt avtal ansågs ISDS-mekanismen reglera bilaterala förhållanden. Mekanismen kan därför likställas med den tvistlösningsklausul i det BIT som var omtvistat i *Achmea*. Genom analog tillämpning av resonemanget i *Achmea* anförde EU-domstolen att principen om unionsrättens autonomi ska anses utgöra ett hinder för att

¹⁸⁰ C-741/19 *Komstroy* p. 59.

¹⁸¹ C-741/19 *Komstroy* p. 60.

¹⁸² C-741/19 *Komstroy* p. 61.

¹⁸³ C-741/19 *Komstroy* p. 62-63.

¹⁸⁴ Jfr. Yttrande 1/76 *EEC Treaty*.; Yttrande 1/91 *EEA Agreement I*.; C-459/03 *Commission v Ireland (Mox Plant)*, Yttrande 1/09 *Patents Court*.; Yttrande 2/13 *ECHR II*.

¹⁸⁵ C-741/19 *Komstroy* p. 42.

¹⁸⁶ Foto-Frost principen innebär att endast EU-domstolen kan ogiltigförklara en gemenskapsrättsakt. Jfr. Mål 314/85 *Firma Foto-Frost*.

¹⁸⁷ Delgado Casteleiro (2021) s. 2.

medlemsstater med giltig verkan ska kunna åläggas iaktta ISDS-mekanismen under ECT. Sammanfattningsvis konkluderade EU-domstolen i sitt *obiter dictum* 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.”¹⁸⁸

4.3.6 Sammanfattning

Sammanfattningsvis applicerade EU-domstolen den trestegsprövning som introducerades i och med *Achmea*. Att:

- i) skiljedomstolen är skyldig att tolka eller tillämpa EU-rätten;
- ii) skiljedomstolen emellertid inte utgör en del av EU:s rättssystem och den rättsliga intra-domstols dialog som är utformad för att säkerställa att EU-rätten bevaras enhetlig, konsekvent och effektiv; och
- iii) skiljedomstolen inte heller är föremål för en tillräcklig grad av kontroll av EU-domstolar, som kan säkerställa att EU-rätten följs till fullo.

Obiter dictum är latin för ”sidan om saken” och innebär oftast i en juridisk kontext att en domstol återger rätten i delar som inte hänför sig till den specifika rättsfrågan utan till omständigheterna i övrigt. Ett *obiter dictum* karaktäriseras således bland annat av att det inte är avgörande för domslutet. Därav – och som påpekats i förhållande till *Komstroy* – saknar ett *obiter dictum* prejudicerande verkan. Det kan därför som regel inte läggas till grund för andra domar och hindrar inte heller ändring, förnyad eller parallell prövning.¹⁸⁹

Mot denna bakgrund är det därför vanskligt av EU-domstolen att uttala sig om ett så pass känsligt tema som artikel 26(2)(c) ECT, då dess resonemang inte kan tillskrivas samma robusthet som hade följt om artikeln i sig varit föremål för ett förhandsavgörande. Samtidigt så lämnas detta *obiter dictum* i ett sammanhang som oundvikligen framstår som långsökt. Därmed går det inte att ta miste på EU-domstolens positionering i frågan.

I teorin medför *Komstroy* tre signifikanta konsekvenser. För det första, att det inte längre är möjligt att inom EU anhängiggöra EU-interna ISDS-tvister. För det andra, att de skiljedomstolar som redan inrättats i detta avseende (där majoriteten behandlar Spaniens återkallande av incitament för förnyelsebar energi) måste göra avkall på sin behörighet. För det tredje, att medlemsstaternas nationella domstolar åläggs upphäva eller vägra

¹⁸⁸ C-741/19 *Komstroy* p. 64-65.

¹⁸⁹ Dashwood (2022) s. 127.; Fermeglia & Monti (2021) s. 2.; Hallberg & Östlund (2021) s. 33.

verkställighet avseende skiljedomar som meddelats under ECT i förevarande situation.

4.4 Skiljedomar post-*Komstroy*

Ur ett unionsrättsligt perspektiv existerar inte längre något tvivel huruvida den särskilda tvistlösningsmekanismen under ECT är oförenlig med principen om unionsrättens autonomi. Som exemplifierades i och med *Achmea* får EU-domstolens rättspraxis och resonemang inte nödvändigtvis bäring på skiljenämndernas jurisdiktionsprövning. Mot bakgrund av *Komstroy* och det explicita klagörandet finns det anledning att undersöka huruvida skiljedomstolar ändrat förhållningssätt post-*Komstroy* vad gäller EU-interna ISDS-tvister under ECT.

I ett ICSID-förförande, *Mathias Kruck m.fl mot Konungariket Spanien*, avfärdades sådan invändning. Skiljedomstolen höll inte med om EU-domstolens position att ECT ytterst måste kunna bli föremål för EU-domstolens prövning.¹⁹⁰ Skiljenämnden anförde att det inte kan anses överensstämma med ECT:s syfte att fördraget ges en tolkning vid EU-interna tvister och en annan vid EU-externa tvister. En sådan tillämpning ansågs få effekten att fördraget tillskrevs en inneboende diskriminerande struktur.¹⁹¹ Vidare konstaterades att, även för det fall att ECT kan anses utgöra unionsrätt för medlemsstaterna så medför det inte att ECT omvandlas till EU-rätt och förlorar sin karaktär som internationellt traktat som omfattas av och är tillämpligt som en del av folkrätten.¹⁹²

I ett annat ICSID-förförande, *Eiser Infrastructure Limited och Energía Solar Luxembourg SARL mot Konungariket Spanien*, konstaterade skiljedomstolen att dess jurisdiktion härrör från det folkrättsligt bindande traktaten ECT. Vidare att skiljedomstolen inte utgör en institution under unionens rättsordning och att den därmed inte heller kan anses vara föremål för föreskrifterna från den rättsordningen.¹⁹³

I ett tredje ICSID-förförande, *Cavalum SGPS, S.A. mot Konungariket Spanien*, ansökte Spanien om omprövning av en redan avkunnad skiljedom till följd av *Komstroy*. Skiljedomstolen avslög begäran med hänvisning till att i) *Komstroy* inte tillförde något materiellt nytt till tvisten då resonemanget

¹⁹⁰ Mathias Kruck et al. v. Kingdom of Spain, *Decision Dismissing the Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on Jurisdiction and Admissibility*, ICSID Case No. ARB/ 15/23, p. 36.

¹⁹¹ Mathias Kruck et al. v. Kingdom of Spain, *Decision Dismissing the Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on Jurisdiction and Admissibility*, ICSID Case No. ARB/ 15/23, p. 40.

¹⁹² Mathias Kruck et al. v. Kingdom of Spain, *Decision Dismissing the Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on Jurisdiction and Admissibility*, ICSID Case No. ARB/ 15/23, p. 41.

¹⁹³ Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg SARL v. Kingdom of Spain, *Final Award*. ICSID Case No. ARB/13/36, p. 199.

däri ansågs identiskt med det under *Achmea*, ii) att skiljenämnden redan tagit hänsyn till *Achmea* i sitt domslut, och iii) att skiljenämnden i sitt domslut dessutom redan hade beaktat att EU-domstolen skulle komma att utvidga Achmeadoktrinen till att omfatta även ECT.¹⁹⁴

I ett fjärde fall, *RENERGY S.à r.l. mot Konungariket Spanien*, distanserar sig skiljenämnden från EU-domstolens resonemang genom att anföra att den varken har att tillämpa unionsrätt eller är föremål för EU:s rättsordning. Därmed existerar inte heller någon lagkonflikt mellan ECT och EU-rätt.¹⁹⁵ Intressant nog valde majoriteten av skiljenämnden ett föra ett hypotetiskt resonemang för det fall att sådan lagkonflikt ändå skulle anses existera.¹⁹⁶ Med hänvisning till lydelsen i VCLT artikel 31¹⁹⁷ och lagkonfliktregeln i ECT ansåg skiljenämnden att det med tydlighet framgår att ECT äger företräde vid EU-interna tvister, oberoende av unionsrättens hierarkiska status emellan EU:s medlemsstater. Följaktligen existerar inget utrymme inom ramen för skiljenämndens auktoritet att applicera en harmoniserad tolkning av ECT som tar unionsrätt i beaktan.¹⁹⁸

I det i skrivande stund pågående ICSID-förfarandet, *Mainstream Renewable Power Ltd et al. mot Förbundsrepubliken Tyskland*, har sådan EU-intern jurisdiktionsinvändning avvisats.¹⁹⁹ Skiljenämnden betonade visserligen att avvisningen endast gällde för den specifika regeln som åberopats till stöd för invändningen och att avvisningen i sig inte har bäring på framtida jurisdiktionsanspråk beträffande samma sakomständighet (*Komstroy*).²⁰⁰ Parallellt så har skiljedomstolen tillåtit EU-kommissionen att den 1 februari 2023 inkomma med en 30 sidor lång skriftlig inlägga som beskriver Kommissionens resonemang hur artikel 26(2)(c) ECT påverkar skiljedomstolens jurisdiktion.²⁰¹

För närvarande existerar det blott ett skiljeförfarande där en EU-intern jurisdiktionsinvändning nått framgång. Som följer av naturen i parternas processföring och dess argumentation leds domstolen till att antingen anta ett unionsrättsligt perspektiv eller ett folkrättsligt sådant. Som regel har skiljenämnderna antagit det senare perspektivet. I *Green Power och SCE*

¹⁹⁴ Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain, *Decision on the Kingdom of Spain's request for reconsideration*. ICSID Case No. ARB/15/34, p. 96.

¹⁹⁵ REENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain, *Award*. ICSID Case No. ARB/14/18, p. 361.

¹⁹⁶ REENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain, *Award*. ICSID Case No. ARB/14/18, p. 362.

¹⁹⁷ “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms in their context and in the light of its object and purpose”.

¹⁹⁸ REENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain, *Award*. ICSID Case No. ARB/14/18, p. 372, 402.

¹⁹⁹ *Mainstream Renewable Power Ltd et al. v. Federal Republic of Germany, Rule 41(5) Decision*. ICSID Case No. ARB/21/26, p. 115, 119-120.

²⁰⁰ *Mainstream Renewable Power Ltd et al. v. Federal Republic of Germany, Rule 41(5) Decision*. ICSID Case No. ARB/21/26, p. 121.

²⁰¹ *Mainstream Renewable Power Ltd et al. v. Federal Republic of Germany, Procedural Order No. 5*, ICSID Case No. ARB/21/26 p. 63.

Solar Don Benito APS. mot Konungariket Spanien överkom skiljedomstolen tvistens binära karaktär.²⁰² Trots att Spaniens argumentation vilade på unionsrätten så paketerades den i termer av internationell rätt och VCLT. Tvistefrågan kom att sammanfattas till huruvida en EU-medlemsstats unilaterala erbjudande om skiljeförfarande under ECT skulle anses vara giltigt även med hänsyn till att medlemsstaterna ingått andra avtal som förbjuder sådant erbjudande.²⁰³ I avseendet beaktades alltså VCLT:s artikel 31(3)(a) ”senare praxis med relevans för tolkningen” av traktaten (ECT). Särskilt togs hänsyn till den deklaration som undertecknats av 22 av EU:s medlemsstater till följd av *Achmea*.²⁰⁴ Skiljedomstolen fann att för dessa medlemsstater, däribland Danmark (*Green Power*) och Spanien, så ska avtalet ses som parternas gemensamma uppfattning om EU-rättens relevans för EU-interna ISDS-tvister och som borde tillmätas vikt även i förhållande till ECT.²⁰⁵ På så vis beaktades unionsrätten samtidigt som tolkningen och tillämpning av ECT hade sin utgångspunkt i det folkrättsliga traktatet VCLT.

Sammanfattningsvis följer att skiljenämnder trots det explicita klargörandet i *Komstroy* i stor utsträckning fortsatt ignorerar EU-interna jurisdiktionsinvändningar vid ISDS-tvister under ECT. Skiljenämndens resonemang i *Green Power* konstituerar emellertid ett nytt perspektiv. Mot bakgrund av ämnets aktualitet, tvistefrågans polaritet och de signifikanta summorna som tvistas om så kan det förväntas att EU-interna ISDS-tvister under ECT fortsatt kommer slitas vid skiljedomstol, om än inte lika ohämrat som innan *Komstroy*.

²⁰² *Green Power K/S and Obton A/S v. Spain, Award. SCC Case No. V 2016/135*, p. 332.

²⁰³ *Green Power K/S and Obton A/S v. Spain, Award. SCC Case No. V 2016/135*, p. 348.

²⁰⁴ Declaration of the Representatives of the Governments of Member States of 15 January 2019: *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*.

²⁰⁵ *Green Power K/S and Obton A/S v. Spain, Award. SCC Case No. V 2016/135*, p. 370, 380.

5 Konsekvensanalys

Följande konsekvensanalys är uppdelad i tre avsnitt. Inledningsvis följer en analys av det *obiter dictum* i *Komstroy* som utgör den materiella kärnan i detta arbete. Syftet är att kontrastera det unionsrättsliga perspektiv som framhållits, i synnerhet genom redogörelse av *Achmea* och *Komstroy* ur ett folkrättsligt perspektiv. Detta görs i tre steg: först genom analys av EU-domstolens jurisdiktion i *Komstroy*, sedan genom analys av tvistlösningsmekanismen i artikel 26(2)(c) och slutligen genom att undersöka huruvida det, ur ett unionsrättsligt perspektiv, överhuvudtaget är möjligt att hänskjuta en EU-intern ISDS-tvist till skiljedomstol utan att det strider mot unionsrätten.

I den andra delen utreds EU-domstolens förmåga att samexistera med internationella domstolar. Utgångspunkten tas i att samexistens är eftersträvansvärt i en globaliserad värld och det konstateras att såväl EU-domstolens som skiljenämnders förhållningssätt och resonemang är problematiskt. Avslutningsvis utreds – med hänvisning till empiri – hur domstolarna skulle kunna agera för att framöver nå en mer harmoniserad samexistens.

I den tredje och avslutande delen riktas fokus mot de facto konsekvenser av *Komstroy*. Av avsnitt 4.2 följde att skiljenämnder fortsatt ignorerat EU-interna jurisdiktionsinvändningar, varför slutsatsen måste dras att det i praktiken fortsatt är möjligt för investerare att stämma stater EU-internt under ECT. Eftersom ekonomisk ersättning är det primära syftet med den här typen av tvister är det relevant att utreda under vilka förutsättningar en sådan tvist med framgång dels kan anhängiggöras vid en skiljenämnd, dels kan verkställas.

5.1 *Komstroy* ur ett bredare perspektiv

5.1.1 EU-domstolens jurisdiktion

Som redan uppmärksamrats tillhörde bägge parter till tvisten i *Komstroy* tredjeland: Moldavien och Ukraina. Därutöver så hölls förhandlingarna på ryska och reglerades av moldavisk, ukrainsk respektive internationell rätt (VCLT). Den enda kopplingen till EU var att förfarandet hade sitt säte i Paris samt att EU såväl som majoriteten av dess medlemsstater undertecknat ECT. Det är därför inte konstigt att det ifrågasatts hur tvisten kunde komma att falla inom EU-rättens omloppsbana och bli föremål för ett förhandsavgörande i EU-domstolen.

Att sätet för tvisten hade förlagts inom EU (Paris) tillskrevs som bekant avgörande betydelse för EU-domstolens egen jurisdiktionsprövning. Med hänvisning till domstolens rättspraxis konstaterades att då EU-rättsliga frågor aktualiseras i ett skiljedomsförfarande kan domstolarna i den medlemsstat där

skiljedomsförfarandet äger rum behöva pröva dessa frågor enligt relevant nationell lagstiftning.²⁰⁶ Följaktligen banade skiljeförfarandets säte väg för EU-domstolens behörighet. Samtidigt, och som följer av *Achmea* så utgör ett skiljeförfarandes säte inom EU inte en tillräcklig förutsättning i sig för att EU:s rättsordning ska anses åtnjuta det skydd som principen om unionsrättens autonomi fordrar. EU-domstolens ställningstagande förefaller vara motsägelsefullt i detta avseende. Erfarenheterna av *Komstroy* visar att EU-domstolen inte upplever sig begränsade av skiljeförfarandets stipulerat begränsande nationella tillsyn.

Eftersom unionsrätt inte ansågs tillämpligt mellan parterna borde det inte heller förelegat någon behörighet för EU-domstolen att lämna förhandsavgörande. Som bekant så överkom EU-domstolen detta hinder genom hänvisning till ett unionsrättsligt intresse av enhetlig tolkning ”när en bestämmelse i ett internationellt avtal kan tillämpas såväl på situationer som omfattas av unionsrätten som på situationer som inte omfattas därav”,²⁰⁷ samt genom att peka på att eftersom parterna frivilligt förlagt sätet inom unionen så har de accepterat att inte bara fransk utan även unionsrätt äger tillämpning.²⁰⁸ Beträffande det första resonemanget bör det ifrågasättas, såväl på ett teoretiskt som på ett praktiskt plan, huruvida EU-domstolen överhuvudtaget är förmöget att etablera en enhetlig tolkning av artikel 26 ECT. Särskilt med hänvisning till de fall då skiljeförfarandets säte förläggs utanför EU (exv. under ett ICSID-förfarande). Beträffande det andra resonemanget bör det ifrågasättas huruvida parterna faktiskt kontemplerat över det faktum att unionsrätt skulle kunna aktualiseras, särskilt med hänvisning till att ingen av parterna nämnt unionsrätt under tvistens gång.²⁰⁹

Att i en tvist – med ovan nämnda förhållanden och givet den hänskjutande domstolens fråga huruvida ett sakförhållande i tvisten skulle anses utgöra en ”investering” under ECT – ställa sig frågan huruvida EU-interna ISDS-tvister under ECT är förenliga med unionsrätten är från en jurists perspektiv inte självklart. Frågeställningen för detta *obiter dictum* tycks vara artificiellt konstruerat. Taktkänslan kan särskilt ifrågasättas med hänvisning till – den då parallella men nu nedlagda – materiellt snarlika begäran om förhandsavgörande från Svea hovrätt i Mål C-155/21 *Athena Investments A/S mot Italien*.

I kontrast till EU-domstolens agerande följer det explicit av FEUF artikel 267 att som förutsättning för att EU-domstolen ska anses behörig att meddela förhandsavgörande fordras att hänskjutande medlemsstat anser ”att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken”. Mot bakgrund därav finns det

²⁰⁶ Jfr. C-102/81 *Nordsee* p. 14.; C-126/97 *EcoSwiss*.

²⁰⁷ C-741/19 *Komstroy* p. 29.

²⁰⁸ C-741/19 *Komstroy* p. 31-32.

²⁰⁹ *Komstroy (formerly Energoalians) v. Republic of Moldova, UNCITRAL, Award (Unofficial English Translation)*.

två försvårande omständigheter som var och en för sig indikerar att EU-domstolen kan ha handlat *ultra vires*. För det första så har den hänskjutande domstolen inte ställt den fråga som EU-domstolen formulerar som grund för detta prejudicerande *obiter dictum*. För det andra så finns det inte mycket som tyder på att frågeställningen för detta *obiter dictum* har någon juridisk bäring på den hänskjutande domstolens fråga.²¹⁰

Sammanfattningsvis följer av *Komstroy* att omständigheterna val av säte samt en preliminär fråga från en EU-medlemsstat anses tillräckligt för att en part ska få tillträde till EU:s rättsordning via nationell domstol. Som faktisk konsekvens av *Komstroy* kan åtminstone förmodas att ISDS-tvister under ECT inte kommer förläggas inom EU. Samtidigt går det inte att med samma säkerhet konstatera att sådana tvister till antal kommer minska nämnvärt.²¹¹

5.1.2 Konsten att tolka Artikel 26

Det tycks existera åtminstone två sätt att närma sig EU-domstolens resonemang avseende dess tolkning av artikel 26(6) ECT: ”avgöra tvistefrågorna i enlighet med *detta fördrag* och tillämpliga regler och principer från *internationell rätt*”.²¹² Det ena att ECT som sådant utgör en unionsrättsakt och att skiljedomstolen därmed per definition har att tolka unionsrätt. Det andra att unionsrätt är att betrakta som internationell rätt vid EU-interna förhållanden och att unionsrätt därmed aktualiseras genom artikelns senare led. Som redan framgått tycks EU-domstolens resonemang snarare vila på grunden att ECT är att likställa med unionsrätt medan generaladvokat Szpunar i sitt förslag till avgörande snarast argumenterar för att unionsrätt utgör internationell rätt under EU-interna förhållanden.²¹³ Mot bakgrund av skiljedomstolarnas inställning post-*Komstroy* finns anledning att analysera tvistlösningsmekanismen med beaktan av såväl ett unionsrättsligt som ett folkrättsligt perspektiv.

5.1.2.1 EU-rätt i förhållande till Energistadgefördraget

Resonemanget att ECT är en *unionsrättsakt* tycks utgöra såväl grunden för EU-domstolens befogenhet och företräde att tolka ECT som slutsatsen att EU-interna ISDS-tvister under ECT strider mot principen om unionsrättens autonomi.²¹⁴ Det bör betonas att EU-domstolen benämnt ECT som ”unionsrättsakt” istället för exempelvis ”traktat till vilket EU är part”.²¹⁵ Därigenom klassificeras ett tillsynes multilateralt avtal under internationell rätt som en unionsrättsakt, medförande en unionsrättslig befogenhet att tolka

²¹⁰ För liknande resonemang se De Boeck (2021) s. 2.; Fermeglia & Monti (2021) s. 2.; Paschalidis (2021) s. 2.

²¹¹ Cahill (2021) s. 3.; Fermeglia & Monti (2021) s. 2.

²¹² För liknande resonemang se Hallberg & Östlund (2021) s. 23–24.

²¹³ C-741/19 *Komstroy* p. 23, 49.; GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 75.

²¹⁴ Hallberg & Östlund (2021) s. 24.

²¹⁵ För liknande resonemang se Hallberg & Östlund (2021) s. 21.

traktaten. I doktrin har konstruktionen beskrivits som en signifikant utvidgning av EU-domstolens jurisdiktion.²¹⁶

Eftersom EU-domstolens position medför att ECT utgör en del av unionsrätten, så har skiljenämnder under ECT per automatik att tolka unionsrätt. Som bekant anför EU-domstolen som argument för sin jurisdiktion – i en tvist där ingen av parterna är medlemsstater i EU – att det föreligger ett bestämt unionsrättsligt intresse att bestämmelsen tolkas på ett enhetligt sätt. Mot den bakgrunden borde det därför sakna betydelse huruvida en investeringstvist under ECT slits vid en skiljedomstol i ett EU-internt förhållande, i ett EU-externt förhållande eller vid en nationell domstol utanför EU. Samtliga domstolar har gemensamt att de befinner sig utanför EU:s rättsordning och således riskerar ge upphov till en fragmenterad tolkning och tillämpning av ”unionsrätten”.²¹⁷ Även om det inte explicit framgår så kan det tolkas in i EU-domstolens resonemang att ECT skiftar karaktär från unionsrätt till internationell rätt utifrån parterna till tvisten som föranleder en asymmetrisk tillämpning av avtalet.²¹⁸

Av *Yttrande 1/17* följer emellertid att EU inte bara kan utan måste äga befogenhet att ingå internationella avtal med giltigt bindande skiljeklausuler och en för avtalet särskilt upprättad domstol varvid unionsrätt kan tänkas bli föremål för en tvist. Detta gäller så till vida avtalet inte inkräktar på principen om unionsrättens autonomi. Som konkluderades under avsnitt 3.5 har EU-domstolen i och med *Achmea* och *Yttrande 1/17* dragit en skiljelinje för under vilka förutsättningar ett internationellt avtal kan ge behörighet åt en EU-frånkopplad domstol att tolka unionsrätt. Närläsning av rättsfallen gav vid handen att gränsen går då en skiljenämnd å ena sidan har att *beakta* lagstiftning som är tillämplig i en medlemsstat och å andra sidan har att ta *hänsyn* till en medlemsstats inhemska rätt, parat med ett explicit förbud mot att tolka och tillämpa unionsrätt utöver vad som följer av avtalet per se.

Placeras *Komstroy* in på skalan så kan det konstateras att det i målet var avgörande att EU-rätt under ECT kan komma att tolkas och tillämpas. Detta trots att fördraget inte nämner ett förhållande till unionsrätten. En jämförelse mellan å ena sidan förhållandena i *Komstroy* och *Yttrande 1/17* där avtalen per se är att betrakta som unionsrättsakter och å andra sidan de skilda utfallen, så blir oundvikligen slutsatsen att ett explicit förbud för skiljenämnden att tolka och tillämpa unionsrätt bör tillskrivas avgörande vikt. Gränsdragningen har till viss del splittrat doktrin där vissa anser att garantierna i CETA utgör en motiverad skillnad,²¹⁹ medan andra är av åsikten att EU-domstolens

²¹⁶ Odermatt (2023) s. 14.

²¹⁷ De Boeck (2021) s. 4.

²¹⁸ För vidare diskussion angående asymmetrisk tolkning av internationella avtal se avsnitt 5.2.

²¹⁹ De Boeck (2021) s. 3

resonemang utgör en till synes arbiträr och inkonsekvent positionering genom att hänvisa till en formalistisk åtskillnad utan praktisk förankring.²²⁰

Komstroy ger vid handen att samtliga internationella avtal som ingåtts av EU utgör en del av unionsrätten och att EU-domstolen som regel ytterst ska vara behörig att på ett proaktivt vis säkerställa att dess tolkning och tillämpning inte är oförenlig med unionens rättsordning. Resonemanget riskerar att ur ett EU-externt perspektiv framstå som ett politiskt medel att ogiltigförklara ett multilateralt avtal (ECT) som inte längre faller EU i smaken. I förlängningen riskerar *Komstroy* medföra att unionens förmåga att med förtroende ingå internationella avtal – som föreskriver ”ömsesidiga rättigheter och förpliktelser, gemensamt uppträdande och särskilda förfaranden” – kan komma att ifrågasättas.²²¹

5.1.2.2 EU-rätt i förhållande till internationell rätt

Som redan tangerats har skiljenämnder som regel varit av åsikten att ECT utgör ett internationellt traktat som ska tolkas genom VCLT. Förekomsten av unionsrätt har snarast betraktas som en materiell omständighet och inget som skiljedomstolen har att tolka eller tillämpa.²²² Somliga skiljenämnder har visserligen anfört att EU-rätt utgör en del av internationell rätt på så vis att det utgör en regional underavdelning av internationell rätt men *inte att det är internationell rätt*.²²³ I *Vattenfall* avvisades en EU-intern jurisdiktionsinvändning i en ISDS-tvist eftersom EU-rätt inte ansågs utgöra ”internationell rätt” under artikel 26(6) ECT. Därmed skulle det inte heller anses utgöra ”internationell rätt” under VCLT artikel 31(3)(c).²²⁴ I ett annat mål *Eskosol* beskrevs internationell rätt kännetecknas av avsaknad av central auktoritet och som i princip endast finner samhörighet genom sin subsidiära ställning i förhållande till normer så som *jus cogens* och *pacta sunt servanda*. Vidare att det inom internationell rätt existerar horisontella underavdelningar oberoende varandra och utan inbördes hierarki, men som från tid till tid kan finna gemensamma beröringspunkter:

“The EU Treaties are one such sub-system, vesting authority in various organs including the Commission, the CJEU, etc. But the EU Treaties are not general international law displacing all other sub-systems of international law; rather, they exist side-by-side with other sub-systems, including those created by various

²²⁰ Se Stoppioni (2021) s. 3–4.; Hallberg & Östlund (2021) s. 23.

²²¹ Jfr. FEUF artiklarna 217–218.

²²² Hallberg & Östlund (2021) s. 22.

²²³ Hallberg & Östlund (2021) s. 21.

²²⁴ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, Decision on the Achmea Issue*. ICSID Case No. ARB/12/12 p. 153

multilateral treaties. The ECT is one such other sub-system of law, and it vests authority in arbitral tribunals [...]”²²⁵

Som ytterligare grund för att Achmeadoktrinen inte ansågs överförbar på skiljeklausulen under ECT anförde skiljedomstolen i *Eskosol* att – ur ett folkrättsligt perspektiv – ett domslut från EU-domstolen per automatik omöjlig kan leda till att en internationellt traktat eller en del däri upphävs. En sådan mekanik skulle nämligen strida mot såväl *pacta sunt servanda* som unionsrätt i form av FEUF artikel 216^{226, 227}.

Även från ett unionsrättsligt perspektiv står det klart att folkrättsens delar är autonoma i förhållande till varandra. Detta följer av EU-domstolens resonemang i *Achmea*, *Yttrande 1/17*, *Komstroy* och tidigare rättspraxis.²²⁸ Som skiljedomstolen i *Eskosol* resonerar återfinns emellertid en skiljelinje i synen på EU-rättens hierarkiska ställning: Även om det står klart att unionsrätten är hierarkiskt överställd medlemsstaternas nationella rätt,²²⁹ så kan detta i allmän bemärkelse inte konkluderas i förhållande till övrig internationell rätt.²³⁰

Sammanfattningsvis är det från ett folkrättsligt perspektiv inte givet, även ifall EU-rätt kan kategoriseras som internationell rätt, att det utesluter en tillämpning av VCLT. En läsning av EU-domstolens dom att internationell rätt ska likställas med unionsrätt tycks splittra rättsinstanserna i två läger. Mycket tyder på att skiljedomstolar allt tydligare – till följd av parternas förväntade processföring – står mellan det binära valet att anlägga ett unionsrättsligt eller ett folkrättsligt perspektiv på jurisdiktionsfrågan.

5.1.2.3 Innebörden av VCLT:s frånvaro

I såväl generaladvokat Szpunars förslag till avgörande som EU-domstolens dom lyser VCLT med sin frånvaro. Att EU-domstolen fram tills *Komstroy* tolkat internationella avtal som EU är part till utifrån VCLT gör situationen prekär.²³¹ För att problematisera valet ytterligare följer det av FEU artikel 3.5

²²⁵ *Eskosol v. Italy, Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra EU-disputes*. ICSID Case No. ARB/15/50 p. 181.

²²⁶ FEUF artikel 216 föreskriver att samtliga internationella överenskommelser som ingåtts av EU binder både dess institutioner och medlemsstater.

²²⁷ *Eskosol v. Italy, Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra EU-disputes*. ICSID Case No. ARB/15/50 p. 125-126.

²²⁸ Se även C-26/62 *Van Gend & Loos* p. 3.; EU-domstolens yttrande 1/91 *EEA Agreement I* p. 30, 35.; C-415/05 P - *Kadi and Al Barakaat International Foundation*, p. 305–308.

²²⁹ Detta följer även av unionens rättspraxis. Se exv. C-6/64 *Costa v. E.N.E.L.* p. 594.

²³⁰ *Eskosol v. Italy, Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra EU-disputes*. ICSID Case No. ARB/15/50 p. 181.

²³¹ Hallberg & Östlund s. 26.; C-386/08 *Brita* p. 42–43.; C-464/14 *SECIL*, p. 94.; C-104/16, *Europeiska unionens råd mot Polisario* p. 4–10.

att unionen ska ”bidra till [...] strikt efterlevnad och utveckling av internationell rätt”. Det är svårt att se hur EU-domstolens agerande att ta sig rätten att tolka ett multilateralt traktat med hjälp av unionsrätt i en tvist mellan parter från tredjeländer är förenligt med internationell rätt.²³² Därmed tycks det befogat att ifrågasätta huruvida *Komstroy* de facto utgör ett signifikant försök att utvidga unionsrättens hierarkiska förhållande till internationell rätt i övrigt.

Från en skiljedomstols perspektiv – som bekant inte erhållit sin auktoritet av EU och som följaktligen inte nödvändigtvis ser sig bunden av unionsrätten – förefaller en tolkning genom VCLT närmast till hands. Av artikel 27 VCLT följer dessutom att ”[e]n part kan ej åberopa bestämmelser i sin interna rätt för att rättfärdiga sin underlåtenhet att fullgöra en traktat”. Skiljedomstolen har alltså uteslutande att tolka fördraget med stöd av internationell rätt. Mot bakgrund av att en skiljedomstol sannolikt betraktar internationell rätt i en vidare bemärkelse än EU-rätt, så utgör enbart en unionsrättslig tolkning av ECT knappast ett tillfredsställande alternativ för skiljenämnder.²³³ *Komstroy* tycks således inte förse framtida skiljedomstolar med ett nytt resonemang. Snarare framstår rättsfallet som ett krav riktat mot skiljedomstolarna om att rätta in sig i ledet.

För att löpa linan ut så ger artikel 31 VCLT vid handen att avtalet ska tolkas med utgångspunkt i den så kallade trappstegstolkningen. I första hand utifrån traktattextens gängse mening. Eftersom ECT saknar explicit reglering för EU-interna tvister skulle det kunna finnas fog att se till ECT:s *travaux préparatoires*. Intressant nog finns det i ECT:s *travaux préparatoires* en så kallad frånskiljningsklausul (eng. disconnection clause) som innebar att ECT endast skulle äga tillämpning EU-internt i den mån tvistefrågan inte omfattades av unionsrätten. Artikeln togs emellertid bort efter påtryckningar från tredjeländer och kodifierades aldrig i den slutprodukt som både EU och dess medlemsstater ratificerade. Av detta kan vi sluta oss till att i) EU hade en reserverad hållning till EU-interna tvister under ECT, ii) EU under förhandlingen accepterat (om än motvilligt) att ECT skulle komma att bli tillämpligt medlemsstaterna emellan och, iii) att det låg i tredje länders intresse att en sådan reservation inte kodifierades.²³⁴

5.1.3 Kommersiellt intresse för skiljeförfarande

I såväl *Achmea* som *Komstroy* konstaterade EU-domstolen att det med hänsyn till parternas intresse av effektivitet kan anses motiverat med en begränsad kontroll från nationella domstolar i fråga om *kommersiella* skiljeförfaranden. Detta under förutsättningen att grundläggande unionsbestämmelser kan beaktas vid den begränsade prövningen och i förekommande fall göras till

²³² För liknande resonemang se Hallberg & Östlund s. 27.

²³³ Fermeiglia & Monti (2021) s. 3.

²³⁴ För liknande resonemang se fotnot 91 i Hallberg & Östlund (2021); Paschalidis (2021) s.3.

föremål för en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.²³⁵ Varken skiljeklausulen i *Achmea* eller artikel 26 ECT ansågs kvalificera som ett sådant *kommersiellt* skiljeförfarande.

Utrymmet till prövning vid nationell domstol och således EU-domstolens behörighet till förhandsavgörande skiljer sig emellertid inte mellan *kommersiella* skiljeförfaranden och de investeringsförfaranden som förelåg vid *Achmea* och *Komstroy*.²³⁶ Särbehandlingen följer i stället av hur skiljebundenhet uppstår. Ett *kommersiellt* skiljeförfarande ansågs av EU-domstolen karaktäriseras av att det tar sitt ursprung i den gemensamma partsviljan. Skiljeklausulerna i *Achmea* och *Komstroy* ansågs i stället följa av ett avtal ”enligt vilket medlemsstaterna samtyckt till att undandra tvister som kan avse tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten från sina egna domstolars behörighet och därmed från det system för rättsmedel som de enligt FEU artikel 19(1) andra stycket är skyldiga att inrätta på områden som omfattas av unionsrätten”.²³⁷ Resonemanget är emellertid inte fylligare än så varför läsaren lämnas åt att tolka EU-domstolens resonemang på eget bevåg.

Generaladvokat Szpunar ägnar ett förhållandevis längre resonemang åt skillnaden mellan ett *kommersiellt* skiljeförfarande och en ”tvistlösningsmekanism i en konvention”: ”Ett kommersiellt skiljeförfarande förutsätter att vardera parten utövar sin autonomi. Det innebär att ett skiljeavtal ingås, antingen samtidigt som det avtal ingås för vilket tvister rörande detta ska hänskjutas till skiljeförfarande, eller när tvisten väl har uppkommit.”²³⁸ Mekanismen för tvistlösning i ett internationellt avtal är emellertid ”systembetingat, eftersom det kan avse alla tvister som omfattas av avtalets tillämpningsområde.”²³⁹ Vidare konstaterar Szpunar att det inte är ”tillåtet för medlemsstaterna att systematiskt undanta en rad tvister om tolkning eller tillämpning av unionsrätten från unionens domstolssystem genom ett internationellt åtagande”²⁴⁰ och att EU-domstolen i *Achmea* redan avgjort att sådan tvistlösningsmekanism ”enligt vilken en investerare från en medlemsstat får inleda ett förfarande mot den andra medlemsstaten vid en skiljedomstol undergräver unionsrättens autonomi.”²⁴¹ Som framgår av citaten så misslyckas generaladvokat Szpunar emellertid med att differentiera grunden för ett *kommersiellt* skiljeförfarande och en tvistlösningsmekanism i ett internationellt avtal. Som han själv belyser kan skiljebundenhet i båda fallen föreskrivas vid avtalets ingående och potentiella tvistefrågor följer som regel av samma avtal. På det autonoma vis ett *kommersiellt* avtal ingås måste en stat anses lika autonomt ha ingått ett internationellt avtal. Möjligtvis är det den inneboende motsägelsefullheten i generaladvokatens resonemang och

²³⁵ C-284/16 *Achmea* p. 54.; C-741/19 *Komstroy* p. 58.

²³⁶ Nagy (2018) s. 991.

²³⁷ C-284/16 *Achmea* p. 55.; C-741/19 *Komstroy* p. 59.

²³⁸ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 60.

²³⁹ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 61.

²⁴⁰ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 62.

²⁴¹ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 63.

hans slutsats som föranleder EU-domstolen att inta ett mer reserverat resonemang.

Med hänvisning till resonemanget i *PL Holdings* följer att inte heller tidsaspekten för när ett samtycke till skiljeförfarande lämnas tycks vara avgörande för ifall skiljebundenhet har sin grund i den gemensamma partsviljan eller ej. I målet ansågs att Polen genom sitt konkludenta handlande (att inte bestrida skiljeklausulens giltighet) inte med giltig verkan kunde inträda i ett skiljeförfarande.²⁴² Konkludent handlande utgör emellertid inom internationell skiljedomsrätt grund för skiljebundenhet.²⁴³ Att EU-domstolens dom *PL Holdings* och Högsta domstolens dom förmodligen inte utgör slutet på tvisten – då PL Holdings kan förmodas dra Sverige till Europadomstolen²⁴⁴ – är ytterligare en indikation på tvivel för EU-domstolens resonemang.

Av rättsfallen att döma tycks det kvarstå vad som faktiskt utgör ett *kommersiellt* skiljeförfarande. Detta särskilt med tanke på att i) domen i *PL Holdings* avkunnades endast en månad efter *Komstroy*, ii) den processuella ramen är densamma vid *kommersiella* skiljeförfaranden och investeringsförfaranden, och iii) *PL Holdings* innebar att inte heller ett senare givet samtycke med giltig verkan kan ge behörighet åt en skiljenämnd att döma i en EU-intern ISDS-tvist. Sammantaget tycks EU-domstolens position vara att en EU-intern ISDS-tvist aldrig kan klassificeras som ett *kommersiellt* skiljeförfarande och att sådan tvist därmed aldrig kan tillåtas enligt det undantaget.

Generaladvokat Szpunars anförde även att eftersom principen om ömsesidigt förtroende garanterar tillräckligt skydd för EU-interna investeringar och att investerare åtnjuter rätten till en effektiv judiciell prövning inför nationella domstolar så finns det föga anledning att upprätthålla ISDS-mekanismen vid EU-interna investeringstvister.²⁴⁵ Även om denna position inte explicit framgår av EU-domstolens dom så kanske den ändå bör tillskrivas EU-domstolen utifrån att ovan gjorda analys av domstolens resonemang lämnar betraktaren utan entydig slutsats. Logiken i detta senare resonemang kan synnerligen ifrågasättas mot bakgrund av att energipolitik i stor utsträckning är en produkt av nationell politik och att det på energiområdet råder delad kompetens mellan unionen och medlemsstaterna.²⁴⁶

²⁴² C-109/20, *Republiken Polen mot PL Holdings Sàrl* p. 54.

²⁴³ Se UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, With amendments as adopted in 2006 artikel 7.; Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006 *Definition and form of arbitration agreement* s. 28.

²⁴⁴ Maurel Raphaël (2023) s. 1131.

²⁴⁵ GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 65.

²⁴⁶ Se FEU artikel 4(2).; FEUF artikel 194(2).

Utöver det faktum att EU och dess medlemsstater skrivit under ECT som sådant och att tredje länder bevisligen ansåg det viktigt att artikel 26 även skulle anses tillämpligt vid EU-interna förhållanden, så negligeras de kommersiella intressena till avpolitisering, konfidentialitet och effektivitet av ISDS-tvister.

5.2 EU-domstolens internationella samexistens

Sammantaget följer det av avsnitt 5.1 att *Komstroy* tycks polarisera frågan huruvida EU-interna ISDS-tvister kan slitas vid skiljedomstol. Beträktarens ståndpunkt tycks följa av ett binärt val mellan att anta ett unionsrättsligt eller ett folkrättsligt perspektiv. Från EU-domstolens perspektiv är utgångspunkten unionsrätt, principen om unionsrättens autonomi och unionsrätten överordnade ställning. För skiljenämnder är utgångspunkten i stället avtalstexten och VCLT. I stället för att försöka hitta gemensamma beröringspunkter i sina resonemang riskerar EU-domstolens antagonistiska positionering framkalla ytterligare konflikter mellan rättsordningarna.²⁴⁷

Syftet med att tillskriva jurisdiktion åt en skiljenämnd över ISDS-tvister – så som samtliga parter till ECT givit sitt oinskränkta samtycke till – är just att undandra sådana tvister från nationella eller regionala domstolar. För det fall att unionsrätt kan komma att tolkas eller tillämpas kan ett sådant undandragande inte accepteras under unionens rättsordning. Även om EU-domstolens resonemang kan anses motiverat från ett unionsrättsligt perspektiv så utgör det oundvikligen en fientlig handling i förhållande till rättsordningar utanför EU. Det är därför föga förvånande att skiljenämnder som regel efter *Achmea* och *Komstroy* inte ”rättat in sig i ledet” och anammat EU-domstolens resonemang. Problematiskt nog tycks sprickan mellan EU-domstolen och skiljenämnderna endast vuxit av *Komstroy*. Utifrån axiomet att harmoniserade rättsordningar är eftersträvansvärt, så finns det anledning att blicka framåt och analysera utsikterna för domstolarnas samexistens.

Som tidigare redogjorts för så fann EU-domstolen i *Yttrande 1/17* att avtalet var kompatibelt med unionsrätten och att EU i princip är behörig att ingå internationella avtal med bindande skiljeklausuler. EU-domstolen klargjorde att:

”ett internationellt avtal, enligt vilket det ska inrättas en domstol som har till uppgift att tolka avtalets bestämmelser och vars avgöranden är bindande för unionen, i princip är förenligt med unionsrätten. Unionens befogenhet i fråga om internationella förbindelser och dess befogenhet att ingå internationella avtal innefattar nämligen med nödvändighet befogenheten att – såvitt gäller tolkningen och tillämpningen av dessa avtalsbestämmelser

²⁴⁷ Odermatt (2023) s. 16.

– följa avgörandena från en domstol som upprättats eller utsetts enligt avtalen i fråga.”²⁴⁸

Därav kan det konkluderas att unionen å ena sidan strävar efter att utforma, stödja och delta i internationella organ för tvistlösning, för att på så vis stärka efterlevnad och konsekvent tillämpning av folkrätten. Å andra sidan har EU att värna den egna rättsordningen i form av att internationell tvistlösning inte undergräver integriteten i densamma.

Som redan tangerats tycks principen om unionsrättens autonomi vara ett spektrum. Det följer av att unionen inte strävar efter att vara en isolerad enhet utan har för avsikt att interagera med andra stater, organisationer och rättsordningar.²⁴⁹ Detta fordrar att principen tillämpas på ett sådant vis som möjliggör samröre med externa tvistlösningsorgan och inte på ett vis som söker isolera unionens rättsordning från externa effekter.²⁵⁰ Av den internationella rättsordningens natur – där rättsordningars intressen överlappar från tid till tid – är det oundvikligt att en viss påverkan på EU:s rättsordning följer.

Faktum är att EU-domstolen på annat håll lyckats nå samexistens med internationella tribunaler och särskilt inrättade skiljedomstolar i en anda av vänskap och ömsesidig kompromissvilja. Som exempel kan nämnas ICJ, WTO-DSB och ECtHR.²⁵¹ Att söka samförstånd, kompromiss och engagemang med EU-frånkopplade tvistlösningsorgan i syfte att vara en del av den internationella ordningen innebär inte att EU-domstolen överger sin jurisprudens, särskilt då principen om unionsrättens autonomi. Att sträva efter samexistens ligger inte enbart i EU:s intresse utan följer även av dess åtagande att ”bidra till [...] strikt efterlevnad (och utveckling) av internationell rätt”.²⁵²

Samexistens kräver givetvis att även skiljedomstolar närmar sig EU-domstolens resonemang. Som konstaterades i avsnitt 4.2 har skiljenämnder som regel bortsett från EU-interna invändningar även efter *Komstroy*, med undantag för *Green Power*. I målet beaktade skiljenämnden ”senare praxis” med relevans för tolkningen av ECT och tog särskilt hänsyn till den deklaration som undertecknats av 22 av EU:s medlemsstater till följd av *Achmea*.²⁵³ Skiljedomstolen fann att för dessa medlemsstater, däribland Danmark (*Green Power*) och Spanien, så utgjorde avtalet parternas gemensamma uppfattning om EU-rättens relevans för EU-interna ISDS-

²⁴⁸ *Yttrande 1/17 CETA* p. 106.

²⁴⁹ Moreno-Lax & Ziegler (2022) s. 238.

²⁵⁰ Odermatt (2023) s. 18.

²⁵¹ Odermatt (2023) s. 5-10.

²⁵² FEU artikel 3(5).

²⁵³ Declaration of the Representatives of the Governments of Member States of 15 January 2019: *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*.

tvister.²⁵⁴ På så vis beaktades unionsrätten genom tillämpning av det allmängiltiga folkrättsliga traktatet VCLT och i synnerhet dess artikel 31(3)(c). Metoden erkänner unionsrätt som en del av internationell rätt – som tillfredsställer synen om unionsrätt som en underkategori av internationell rätt – i stället för att endast ta ställning mellan unionsrätt och folkrätt.

Metoden ger emellertid upphov till nya problemdimensioner. Av skiljenämndens resonemang följer att ECT tillämpas asymmetriskt mellan de fördragsanslutna staterna vilket underminerar en konsekvent och likvärdig tolkning och tillämpning av fördraget. Skiljenämnden tar viss hänsyn till detta och poängterar att unionsrätten är relevant för tolkningen av ECT endast emellan signatärerna till ovan nämnd deklaration samt att i förhållandet mellan dessa parter så är unionsrätten av karaktären *lex superior*.²⁵⁵ Resonemanget går tvärtemot det som gjordes i exempelvis *Vattenfall m.fl. mot Tyskland*, där skiljenämnden kom fram till att en asymmetrisk tolkning av ECT inte var befogad då det fick anses ligga i samtliga staters intresse att ett internationellt avtals provisioner ges en enhetlig tolkning i överensstämmelse med *pacta sunt servanda*.²⁵⁶

Även för det fall att artikel 26 ECT kan anses reglera ett bilateralt förhållande så innebär inte det att parterna unilateralt kan ändra dess innebörd. Ett analogislut ger vid handen att EU:s medlemsstater skulle kunna modifiera FEUF artikel 259 som ger medlemsstaterna rätten att stämma varandra vid EU-domstolen ifall de anser att en annan medlemsstat underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördragen. Detta skulle givetvis inte tillåtas från varken ett unionsrättsligt perspektiv eller från övriga medlemsstater som har ett intresse för att reglerna i ett multilateralt fördrag tillämpas lika för samtliga parter. Därtill följer det av artikel 27 och 46 VCLT att en part inte kan åberopa bestämmelser i sin interna rätt för att rättfärdiga sin underlåtenhet att fullgöra en traktat eller att traktaten skulle vara ogiltig med hänvisning till statens interna rätt. På så vis förefaller EU-domstolens resonemang ur ett folkrättsligt perspektiv utgöra ett oroväckande prejudikat för en aktör som EU, vars konstitutionella mandat enligt FEU artikel 3(5) är att bidra till "strikt efterlevnad och utveckling av internationell rätt".

Skiljenämndens resonemang i *Green Power* är visserligen inte juridiskt oklanderligt och kommer med stor sannolikhet inte få en banbrytande effekt på liknande tvister. Samtidigt så har skiljenämnden genom att ställa sig

²⁵⁴ *Green Power K/S and Obton A/S v. Spain, Award. SCC Case No. V 2016/135 p. 370, 380.*

²⁵⁵ *Green Power K/S and Obton A/S v. Spain, Award. SCC Case No. V 2016/135 p. 392, 469.*

²⁵⁶ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, Decision on the Achmea Issue. ICSID Case No. ARB/12/12, p. 156.*

bortom den binära logiken för tvisten visat prov på ett tillvägagångssätt som har i syfte att finna samexistens mellan rättsordningarna.²⁵⁷

5.3 Verkställighet

Under avsnitt 4.2 konstaterades att skiljenämnder fortsatt ignorerar EU-interna jurisdiktionsinvändningar varför det kan förmodas att det i praktiken fortsatt är möjligt för investerare att stämma stater EU-internt under ECT. Eftersom ekonomisk ersättning är det huvudsakliga syftet i den här typen av tvister anses det relevant att utreda under vilka förutsättningar sådan tvist med framgång dels kan anhängiggöras vid en skiljenämnd, dels kan verkställas.

Av EU-domstolens tydliga position i *Achmea*, *Komstroy* och *PL Holdings* följer att det för tillfället är praktiskt omöjligt att hänskjuta en EU-intern ISDS-tvist under ECT till ett skiljeförfarande med säte i EU till följd av implikationerna av *lex loci arbitri*. Som bekant erbjuder emellertid ECT investerare att hänskjuta sådan tvist till ett skiljeförfarande med säte utanför EU, antingen genom ett ICSID förfarande (artikel 26(4)(a)) eller genom ett ad hoc-förfarande enligt UNCITRAL:s regler vid en skiljedomstol med säte utanför EU:s territorium (artikel 26(4)(b)). Sådan skiljedom kan inte bli föremål för EU-domstolens jurisdiktion eftersom endast nationella domstolar inom EU kan begära förhandsavgöranden av EU-domstolen.

Varje fördragsansluten part till ECT har förbundit sig att ”utan dröjsmål verkställa ett avgörande och tillgodose att det verkställs effektivt inom dess område”.²⁵⁸ UNCITRAL:s skiljeregler stadgar att parterna ska verkställa sådan dom utan dröjsmål.²⁵⁹ Därtill existerar New York-konventionen som utgör ett nätverk av 172 stater avseende erkännande av verkställighet av skiljedomar. Konventionen innebär att om en skiljedom meddelats med säte i en stat som är ansluten till konventionen så kan verkställighet som huvudregel sökas i samtliga 172 konventionsanslutna stater.²⁶⁰ I praktiken innebär det att den exekutionstitel som skiljedomens utgör kan verkställas i vilken jurisdiktion som helst utifrån lagarna i det land där verkställighet söks.

Under ICSID-konventionen har varje fördragsansluten stat förbundit sig att verkställa de ekonomiska förpliktelser som följer av domen inom sitt territorium som om det vore en lagakraftvunnen dom av nationell domstol och ska verkställas i enlighet med dess regler.²⁶¹ Således kan en investerare tillhörande en medlemsstat till ECT och ICSID-konventionen söka verkställighet av en medlemsstat till ECT och ICSID-konventionen i en tredje stat som är medlem till ICSID-konventionen.

²⁵⁷ Green Power K/S and Obton A/S v. Spain, *Award*. SCC Case No. V 2016/135 p. 332.

²⁵⁸ Jfr. Artikel 26(8) ECT.

²⁵⁹ Jfr. Artikel 34(2) UNCITRAL.

²⁶⁰ Jfr. Artikel I New York-konventionen.

²⁶¹ Jfr. Artikel 54(1), (3) ICSID-konventionen

Av ett nyligen publicerat mål från EU-domstolen (21 september 2022), Mål C-333/19 *Commission v. European Food and others* (mer känt som *Micula*), avgjorde EU-domstolen att skiljedom som härrör ur en ISDS-tvist inte under några omständigheter får verkställas. Eftersom skiljeklausulen i fallet härrörde från ett EU-internt BIT som är oförenligt med unionsrätten kan sådan skiljedom inte tillskrivas någon juridisk verkan och därmed inte heller aktualisera verkställighet.²⁶² Implicit följer – med hänvisning till beslut 2015/1470²⁶³ – att verkställande av sådan skiljedom skulle kategoriseras som statligt stöd i den mening som avses i FEUF artikel 107(1), och som är oförenligt med den inre marknaden.²⁶⁴

Av New York-konventionens artikel V stipuleras alternativa undantag där erkännande och verkställighet av skiljedom som meddelats i annan konventionsansluten stat får vägras. Av artikel V.1.a) följer att:

”Erkännande och verkställighet av skiljedom får vägras endast om den part mot vilken skiljedomen åberopas inför vederbörande myndighet i det land, där erkännandet och verkställigheten söks, *bevisar att parterna i sådant avtal, [...], enligt den för dem tillämpliga lagen saknade behörighet att ingå sådant avtal [...]* eller *att avtalet icke är giltigt enligt den lag som enligt parternas överenskommelse skall tillämpas på avtalet, eller i avsaknad av varje anvisning därom, enligt lagen i det land där skiljedomen meddelats*”.²⁶⁵

Det åligger staterna att själva utforma sina skiljeregler och de flesta har implementerat UNCITRAL:s Modellag, som i förhållande till verkställighet av skiljedomar baseras på New York-konventionen.²⁶⁶ Av ICSID-konventionen följer att skiljedom ska verkställas i enlighet med de regler som är vid handen i den staten.²⁶⁷ Såväl ett förfarande enligt ICSID-konventionen som ett ad hoc-förfarande under UNCITRAL:s skiljeregler hänvisar således – under förutsättningen att staterna i fråga är anslutna till New York-konventionen – till verkställighetsreglerna i New York-konventionen. För svenskt vidkommande har denna provision exempelvis kodifierats i LSF 54 §.

Från vad som ovan redogjorts följer att det vid anhängiggörande om verkställighet i tredjeland av en skiljedom i en EU-intern ISDS-tvist finns argument för bägge parter. Särskilt i förhållande till kriterierna i New York-konventionen: att verkställighet får vägras om parterna ej var behöriga att

²⁶² C-333/19 *Commission v. European Food and Others* p. 41-44.

²⁶³ C-333/19 *Commission v. European Food and Others* p. 44.

²⁶⁴ Kommissionens beslut (EU) 2015/1470 Artikel 1.

²⁶⁵ Författarens kursiveringar.

²⁶⁶ Ferrari & Rosenfeld (2021) s. 10.

²⁶⁷ Jfr. Artikel 54(3) ICSID-konventionen.

ingå avtalet eller att avtalet ej var giltig mellan parterna, tycks utrymme för argumentation existera.

Den 15 februari 2023 meddelade *United States District Court for the District of Columbia* två domar i favör av två energiinvestorer från Luxemburg respektive Nederländerna mot Spanien. Investerna höll exekutionstitlar från skiljeförfaranden under ECT som de sökte verkställighet i USA för. Spanien i sin tur försökte blockera sådan verkställighet genom kontraåtgärder i EU varpå investerna begärde ett förhandsavgörande i USA avseende kontraåtgärder mot Spaniens blockad. Domstolen ansåg sig i det här skedet av tvisten begränsad till att utreda huruvida det existerade ett skiljeavtal mellan parterna och inte avtalets giltighet i sig. Av större vikt så konstaterades att det var ”högst sannolikt” att investerna skulle nå framgång med sina verkställighetsförfarande i USA varpå domstolen uppmanade Spanien att upphöra med sina försök att obstruera verkställighetsförförandena.²⁶⁸ I ett snarlikt mål mellan ytterligare en nederländsk investerare och Spanien avtog *US District Court for the District of Columbia* den 29 mars 2023 investerarens verkställighetstalan. Med hänvisning till EU-rätten ansåg domstolen att det inte existerat ett giltigt skiljeavtal mellan parterna och att domstolen således saknade jurisdiktion i verkställighetstalan.²⁶⁹ Den sista domen på området är långt ifrån avkunnad i Washington D.C. dels då nämnda tvister med stor sannolikhet kommer att överklagas, dels för att fler tvister med snarlika omständigheter står inför förestående prövning.²⁷⁰

För det fall att en konventionsansluten stat konsekvent skulle motsätta sig verkställighet så har investerare – med en exekutionstitel från en EU-intern ISDS-tvist under ECT – gott om andra stater som är anslutna till New York-konventionen att vända sig till och söka verkställighet hos. I avseendet bör det poängteras att det för investerare även existerar icke-juridiska metoder. Ett exempel är påtryckningar mot kreditvärderingsinstitut som Internationella Valutafonden (IMF) eller Fitch and Moody’s med en begäran om att exempelvis Spaniens kreditvärdighet ska nedgraderas. Konsekvensen är omfattande – att Spanien skulle tvingas betala en högre ränta på sin statsskuld.²⁷¹

Mot bakgrund av att utsikterna till verkställighet i tredjeland är både högst aktuell och osäker får det i förevarande arbete anses tillräckligt att konstatera följande: De skilda avgörandena från den federala distriktsdomstolen i

²⁶⁸ NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, Civil Action No. 19-cv-01618 (TSC), Case 1:19-cv-01618-TSC.; 9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain, Civil Action No. 19-cv-01871 (TSC), Case 1:19-cv-01871-TSC.

²⁶⁹ Blasket Renewable Investments, LLC v. Kingdom of Spain, Civil Case No. 21-3249 (RJL), Case 1:21-cv-03249-RJL.

²⁷⁰ Perry Sebastian (2023).; Marigo, Noiana; Wendler, Carsten; Pettazzi, Gregorio & Salazar, Gonzalo (2023).

²⁷¹ Marigo, Noiana; Wendler, Carsten; Pettazzi, Gregorio & Salazar, Gonzalo (2023).

Washington D.C. visar att den binära synen på artikel 26 ECT som konkretiserades i *Komstroy* – å ena sidan det strikt unionsrättsliga perspektivet och å andra sidan det strikt folkrättsliga perspektivet – upprepar sig på en ny spelplan och i en senare del av processen.

6 Avslutande kommentarer

Det övergripande syftet med denna avhandling har varit att analysera samspelet på det investeringsrättsliga området mellan internationell rätt och EU-rätten i ljuset av EU-domstolens dom *Komstroy*. Av målet följer att skiljeklausulen i artikel 26(2)(c) ECT, ur ett unionsrättsligt perspektiv, är oförenlig med unionsrätten vid EU-interna ISDS-tvister. Som konsekvens ska den multilaterala traktaten ECT ges en asymmetrisk tolkning utifrån parterna till tvisten, i strid mot en av folkrättens fundamentala principer *pacta sunt servanda*. Tolkningen och tillämpningen av skiljeklausulen i ECT belyser den komplicerade relation som föreligger mellan internationell rätt och EU-rätt. I det följande återknyts arbetets slutsatser dels till den juridiskt praktiska kontext som stipulerats av avhandlingens syfte och frågeställning, dels till den klimatpolitiska kontext som avhandlingens ämne introducerades inom.

EU-fördragen utgör som bekant ett avancerat system av regler beträffande fri rörlighet av varor, personer, tjänster och kapital. För att uppnå dessa mål har EU tillskrivits makten att harmonisera medlemsstaters nationella lagstiftning i syfte att säkerställa en fungerande inre marknad. I dess essens tar *Komstroy* sikte på risken att enskilda investerare skulle kunna undvika skyldigheter under EU-rätten genom skiljeklausulen i ECT. En skiljenämnd konstituerad under ECT riskerar således medföra en inkonsekvent tolkning av EU-rätten, vilket ultimatum hotar unions existens. I *Komstroy* demonstreras vilket effektivt och brett applicerbart verktyg som principen om unionsrättens autonomi utgör för EU-domstolen. Principen är kapabel att både bemöta hot på systemnivå och utveckla EU-rätten. I förhållande till principens dynamiska del kan behovet anses befogat med tanke på att EU år 1994 (vid unionens och dess medlemsstaters ratificering av ECT) är långt ifrån detsamma som EU år 2023. På så vis är principen om unionsrättens autonomi ett exempel på hur EU:s rättsordning står under ständig utveckling. Samtidigt som principen utgör ett dynamiskt verktyg i en tillvaro där såväl omvärlden som unionen ständigt utvecklas, så riskerar avsaknaden av tydliga gränser för principen att förhålla sig till att stöta sig med unionens och unionsrättens demokratiska fundament. Ultimatum så följer unionens legitimitet av medlemsstaterna, och i förlängningen av dess invånare.

Som extensivt har belysts i detta arbete föreligger det en grundläggande konflikt mellan å ena sidan EU-rätt och principen om unionsrättens autonomi, och å andra sidan internationell rätt och *pacta sunt servanda*. Faktum är att det existerar en lösning till denna normkonflikt som för båda rättsordningar är av existentiell karaktär. Genom antagandet av en explicit fränkopplingsklausul beträffande EU-interna investeringstvister i ECT – som både varit föremål för och utarbetats i det pågående moderniseringsarbetet av ECT – skulle såväl principen om unionsrättens autonomi och *pacta sunt servanda* kunna tillgodoses. Mot bakgrund av EU:s officiella uttalande att avbryta moderniseringsarbetet samt tidigare nämnda medlemsstaters val att

officiellt frånträda ECT innan ett moderniseringsavtal antagits, så tycks den lösning som beaktar båda rättsordningarnas fundament vara en utopi. Ytterst resulterar denna rättsliga och politiska utvecklingen i en ökad risk för investerare och potentiellt ökade ackumulerade kostnader till följd av det osäkra rättsläget.

EU-domstolens resonemang i *Komstroy* tycks indikera på en strävan mot att utvidga och formulera EU:s befogenhetsfär inom investeringsområdet, vilken historiskt sett inte framgått med samma tydlighet som inom handelsområdet. Av *Achmea*, *Komstroy* och *PL Holdings* följer att EU-interna ISDS-tvister hotar EU:s grundläggande filosofi och att EU:s rättsordning måste isoleras från sådant hot. Mycket tyder emellertid på att EU-domstolens resonemang står i strid (jämför *Yttrande 1/17*) med EU:s ambitioner att ge auktoritet åt ett EU-frånkopplat domstolssystem, något som är nödvändigt för att ingå större frihandelsavtal med tredjeländer. I sammanhanget kan därför ett signifikant unionsrättsligt intresse identifieras i form av en ”rätt-att-lagstifta-princip”. I CETA framgår principen explicit²⁷² medan den är mer diffus under ECT²⁷³. Härigenom kan en position skönjas i att ECT i större utsträckning förväntas ge upphov till *regulatory chill*. Avgörandet i *Yttrande 1/17* följer nämligen av att avtalet genom explicita förbehåll anses värna om unionsrättens autonomi.²⁷⁴ I *Komstroy* tycks emellertid inte lagtexten som sådan vara avgörande eftersom det explicit i domskälen anges att ECT är fortsatt tillämpligt mellan EU:s medlemsstater och tredjeländ.²⁷⁵ Skiljelinjen mellan *Komstroy*, *Achmea* och *PL Holdings* å ena sidan och *Yttrande 1/17* å andra sidan framstår därför som artificiellt och skönsmässigt konstruerad.

Som redogjordes för inledningsvis i detta arbete har såväl EU som vissa av dess medlemsstater anfört att ECT är ett förlegat avtal och som utgör ett hinder för unionens klimatagenda. Att ECT, till följd av den legala risken i form av skadeståndsanspråk från investerare, de facto begränsar staters handlingsutrymme att anta klimatambitiös politik. Följaktligen har detta bland annat angetts som skäl för ett antal medlemsstaters aviserade frånträde av fördraget samt EU-kommissionens uppmaning till ett EU-gemensamt frånträde från traktaten.²⁷⁶ Samtidigt tangeras inte denna klimataspekt av EU-domstolen i *Komstroy*. För tillfället existerar ungefär femtio EU-interna ISDS-tvister under ECT. För denna kategori såväl som för redan avgjorda tvister under ECT avser en majoritet förnyelsebar energi.²⁷⁷

I synnerhet målen RWE och Uniper mot Nederländerna, som båda avser landets policy att fasa ut kolkraft till 2030, har anförts som belysande exempel

²⁷² Jfr. Artikel 8.9(1–2) *Investeringar och lagstiftningsåtgärder* CETA.

²⁷³ Jfr. Artikel 13 *Expropriation* ECT.; Artikel 24 *Exceptions* ECT.

²⁷⁴ Jfr. *Yttrande 1/17* CETA p. 154–161.; GA Szpunar i C-741/19 *Komstroy* p. 84–88.

²⁷⁵ C-741/19 *Komstroy* p. 65.

²⁷⁶ European Parliament (2022).; Liboreiro Jorge (2023).

²⁷⁷ International Energy Charter (2023), *Statistics*.

på hur ECT utgör ett direkt hinder mot staters möjlighet att ställa om sin energisektor för att uppnå sina klimatmål. Inget av målen ser ut att få ett avgörande i skiljedomstol då i förhållande till Uniper Tyskland avbröt ICSID-förfarandet i början av 2023 efter att de trädde in som majoritetsägare i företaget.²⁷⁸ Även RWE:s ännu aktiva skadeståndsanspråk ser ut att återkallas.²⁷⁹ I skrivande stund finns det alltså ingen ISDS-tvist under ECT som prövats i ett skiljeförfarande mot denna kontext. Utifrån detta kan det därför varken konkluderas att ECT utgör eller inte utgör ett hinder för länder att anta ambitiösare klimatpolicy.

RWE anhängiggjorde även målet vid distriktsdomstolen i Haag i Nederländerna (Rechtbank Den Haag). Av *Komstroy* följer som bekant inget hinder mot att ISDS-tvister i enlighet med artikel 26(2)(a) anhängiggörs vid värdstatens nationella domstol. Även de medlemsstater som avser frånträda traktaten är i detta avseende bundna till dess rättigheter och skyldigheter tjugo år efter effektivt utträde till följd av traktatens ”sunset clause”. Det kan därför anas att nationella domstolar som hittills innehaft en marginell roll i tvister av liknande karaktär kan komma att få en betydligt större sådan, varierande med hur effektivt EU och dess medlemsstater lyckas blockera skiljedomstolars jurisdiktion och verkställighet utanför EU. Distriktsdomstolen i Haag meddelade i sitt domslut att den regulatoriska utfasningen av kolkraft visserligen utgjorde en expropriering av kolkraftverket men att den inte utgjorde en olaglig sådan med hänvisning till att lagstiftningen ansågs proportionell, ha tagit hänsyn till kolkraftsinvesterarnas intressen samt varit förutsägbar.²⁸⁰ Domen föreskriver en ”rätt-att-lagstifta-princip” på det klimatpolitiska området och utgör möjligtvis en fingervisning på hur framtida tvister av liknande karaktär skulle kunna komma att avgöras vid nationell domstol.

Utan att ta vidare ställning till EU:s positionering genom *Komstroy*, som ytterst tycks handla om befogenhetsavgränsningar på investeringsområdet såväl mellan EU och medlemsstaterna som mellan unionsrätten och folkkrätten, finns det anledning att ifrågasätta EU-domstolens tillvägagångssätt. Att på inrådan av ett fåtal medlemsstater, i ett skiljeförfarande mellan EU-externa parter till en multilateral traktat som såväl EU som dess medlemsstater är bundna av, tolka traktaten från ett strikt unionsrättsligt perspektiv utan en tillämpning av VCLT, framstår som något ignorant och taktlöst. I *Komstroy* förefaller såväl generaladvokaten som EU-domstolen ha bestämt sig för utgången först och därefter resonerat sig dit.

²⁷⁸ Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands, *Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding and Decision on Costs*. ICSID Case No. ARB/21/22.

²⁷⁹ RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands (ICSID Case No. ARB/21/4). *Procedure details*.

²⁸⁰ IISD (2022).; RWE Generation NL B.V. te Geertruidenberg tegen De Staat Der Nederlanden. C-09-608588-HA ZA 21-245.

Eller som Paschalis Paschalidis²⁸¹ kritiskt sammanfattat EU-domstolens dom i *Komstroy*

”the Court’s interpretation of Article 26(2)(c) ECT gives rise to constitutional, procedural and substantive issues that go beyond the ECT and intra-EU investment treaty arbitration.”²⁸²

²⁸¹ Juridiskt ombud vid Arendt & Medernach inom internationella skiljeförfaranden samt professor vid juridiska fakulteten på University of Lyon III “Jean Moulin”.

²⁸² Paschalidis (2021) s. 1.

Källförteckning

Källor

Offentligt tryck

Europaparlamentet

2022/2934(RSP). European Parliament resolution of 24 November 2022. *Outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty*. Strasbourg. <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0421_EN.html> (besökt 2023-05-10).

Europeiska kommissionen

Declaration of the Representatives of the Governments of Member States of 15 January 2019: *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, <https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en> (besökt 2023-05-10).

Kommissionens beslut (EU) 2015/1470 av den 30 mars 2015 *om det statliga stöd SA.38517 (2014/C) (f.d. 2014/NN) som Rumänien har genomfört – Skiljedomen Micula mot Rumänien av den 11 december 2013* [delgivet med nr C(2015) 2112].

Europeiska rådet

Europeiska rådet, Europeiska unionens fördrag och avtal: *Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*. SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020, s. 1–41. <www.consilium.europa.eu/sv/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en> (besökt 2023-05-10).

FN

The Declaration of the Establishment of a New International Economic Order, GA res. 3201 (S-VI), 1 maj 1974.

The Charter of Economic Rights and Duties of States, GA res. 3281 (XXIX), 12 december 1974.

Sverige

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

Övrigt

Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1961, Teil II.

Övriga källor

Europeiska unionens publikationsbyrå (2020-05-25). *Sammanfattning av EU-lagstiftningen: Energistadgefördraget och energistadgeprotokollet*. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l27028&from=SV>> (besökt 2023-05-10).

Europeiska unionens råd (2022-12-06). *Den europeiska gröna given*. <<https://www.consilium.europa.eu/sv/policies/green-deal/>> (besökt 2023-05-10).

International Energy Charter (2023-02-13). *Clarifications on the resolution of the European Parliament on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty*. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/0047-SG-13022023-EP_President.pdf> (besökt 2023-05-10).

International Energy Charter (1994-03-17), *Draft Ministerial Declaration to the Energy Charter Treaty, version 7*. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/ECT_Drafts/21_-_ECT_7__17.03.94_.pdf> (besökt 2023-05-10).

International Energy Charter (2022-09-20). *Energy Charter Conference*. <<https://www.energycharter.org/who-we-are/energy-charter-conference/>> (besökt 2023-10-05).

International Energy Charter (2018-10-17). Members and Observers to the Energy Charter Conference. <<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/>> (besökt 2023-10-05).

International Energy Charter (2023-05-01). *Statistics*. <<https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>> (besökt 2023-05-10).

International Energy Charter (2019-02-18). *The Energy Charter Treaty*. <<https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>> (besökt 2023-10-05).

International Energy Charter (2015-06-02), *The European Energy Charter*. <<https://www.energycharter.org/process/european-energy-charter-1991/>> (besökt 2023-05-10).

International Energy Charter (2016-06-23), *The International Energy Charter*. <<https://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/>> (besökt 2023-05-10).

International Energy Charter. *Written notifications of withdrawal from the Energy Charter Treaty*. <<https://www.energychartertreaty.org/details/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/>> (besökt 2023-10-05).

International Institute for Sustainable Development (IISD) (2022-12-26). *Dutch court denies compensation to RWE and Uniper*. <<https://www.iisd.org/itn/en/2022/12/26/dutch-court-denies-compensation-to-rwe-and-uniper/>> (besökt 2023-05-10).

Liboreiro Jorge (2023-02-07), *In U-turn, Brussels recommends EU-wide exit from controversial Energy Charter Treaty*. Euronews. <<https://www.euronews.com/my-europe/2023/02/07/in-u-turn-brussels-recommends-eu-wide-exit-from-controversial-energy-charter-treaty>> (besökt 2023-10-05).

Marigo, Noiana; Wendler, Carsten; Pettazzi, Gregorio & Salazar, Gonzalo (2023-02-27). *The US proves to be a promising jurisdiction to enforce intra-EU investor-State awards*. Freshfields Bruckhaus Deringer. <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c3d4c043-fa50-4d5e-bee4-f19dda0a21bf>> (besökt 2023-05-10).

New York Arbitration Convention. *Contracting Parties*. <<https://www.newyorkconvention.org/countries>> (besökt 2023-05-10).

Perry, Sebastian (2023-03-30), *US court declines to enforce ECT award against Spain*. Global Arbitration Review. <<https://www.wc.com/portalresource/lookup/poid/Z1tOI9NPluKPtDNIqLMRVPMQiLsSw43Eu0ZC/document.name=/GAR%20Article.pdf>> (besökt 2023-05-10).

Skidmore Chris (2023-03-05). *Britain must leave the Energy Charter Treaty*. Financial Times. <<https://www.ft.com/content/98d3d302-116b-4835-8762-fb9f5a71e855>> (besökt 2023-05-10).

Tanaka Sofia (2023-03-21). *Klimataktivister får grönt ljus för att stämna staten*. Dagens Nyheter. <<https://www.dn.se/sverige/klimataktivister-far-gront-ljus-for-att-stamma-staten/>> (besökt 2023-05-10).

The Economist (2020-10-05). *How some international treaties threaten the environment*. <<https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/10/05/how-some-international-treaties-threaten-the-environment>> (besökt 2023-05-10).

Litteratur

Basendow, Jürgen (2020). *The Achmea Judgement and the Applicability of the Energy Charter Treaty in intra-EU Investment Arbitration*, Journal of International Economic Law, Vol. 23 No. 1, s. 271–292.

Cahill, Gillian (2021-10-19). *Komstroy (C-741/19): What is in the seat?*. EU Law Live. <<https://eulawlive.com/op-ed-komstroy-c-741-19-whats-in-the-seat-by-gillian-cahill/>> (besökt 2023-05-10).

Cançado Trindade, Antônio Augusto (2014). *Introductory note: Statute of the international court of justice*. United Nations Audiovisual Library of International Law. <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_e.pdf> (besökt 2023-05-10).

Chaisse, Julien (2012). *Promises and pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment – How will the new EU Competence on FDI Affect the Emerging World Regime*. Journal of International Economic Law, Vol. 15 No. 1, s. 51–84.

Corten, Olivier & Klein, Pierre (2012). *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary Vol 1*. Oxford: Oxford University Press.

Dashwood, Alan (2021). *Article 26 ECT and intra-EU Disputes: The Case Against an Expansive Reading of Achmea*. European Law Review, Vol. 46, No. 4 s. 415–434.

Dashwood, Alan (2022). *Republic of Moldova v Komstroy LCC: Arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU Disputes by Obiter Dictum*. European Law Review, Vol. 47, s. 127–140.

De Boeck, Michael (2021-09-15). *Republic of Moldova v Komstroy (C-741/19): what next for the Energy Charter Treaty?*. EU Law Live. <<https://eulawlive.com/op-ed-republic-of-moldova-v-komstroy-c-741-19-what-next-for-the-energy-charter-treaty-by-michael-de-boeck/>> (besökt 2023-05-10).

de Sadeleer, Nicolas (under utgivning 2023): (Kapitel i bok) *The incompatibility of ISDS mechanism provided for by the Energy Charter Treaty with EU law Nothing new under the sun*. The EU law of investment:

Past, Present and Future – Groussot, X., Öberg, M-L., & Butler, G. (Ed.)
Oxford: Hart Publishing. Swedish Studies in European Law.

Delgado Casteleiro, Andrés (2021-09-21). *The Komstroy judgment, the Union interest, and the autonomy of the EU legal order*. EU Law Live. <<https://eulawlive.com/22856-2/>> (besökt 2023-05-10).

Fauchald, Ole Kristian (2008). *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis*. The European Journal of International Law Vol. 18 No. 2, s. 301–364.

Fermeglia, Matteo & Monti, Alessandro (2021-09-17). *Completing the unfinished Achmea business in the Komstroy case: farewell to intra-EU ECT-based investment arbitration?*. EU Law Live. <<https://eulawlive.com/op-ed-completing-the-unfinished-achmea-business-in-the-komstroy-case-farewell-to-intra-EU-ect-based-investment-arbitration-by-alessandro-monti-and-matteo-fermeglia/>> (besökt 2023-05-10).

Ferrari, Franco & Rosenfeld, Friedrich (2021). *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*. Edward Elgar Publishing.

Groussot, Xavier & Öberg, Marja-Liisa (2021): *Chapter 85 The Web of Autonomy of the EU Legal Order: Achmea*. EU External Relations Law: The Cases in Context – Graham Butler & Ramses A. Wessel (editors) Oxford: Hart Publishing, 2021, s. 927–937.

Hallberg, J., & Östlund, A. (2022). På fel plats vid fel tid. EU-domstolens distansering från internationell rätt genom ett problematiskt obiter dictum. *Europarättslig tidskrift*, s. 15–38.

Hettne, J., & Otken Eriksson, I. (2011). *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl. Norstedts Juridik AB.

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

Hober, Kaj (2020). *The Energy Charter Treaty – A commentary*. Oxford: Oxford University Press.

IEA (2021), Net Zero by 2050, IEA, Paris <https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>, License: CC BY 4.0.

IPCC, 2022: Summary for Policymakers. In: Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [P.R. Shukla, J. Skea, R. Slade, A. Al Khourdajie, R. van Diemen, D. McCollum, M. Pathak, S. Some, P. Vyas, R. Fradera, M. Belkacemi, A. Hasija, G. Lisboa, S. Luz, J. Malley, (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA. doi: 10.1017/9781009157926.001.

IPCC, 2023: Summary for Policymakers. In: Climate Change 2023: AR6 Synthesis Report. Based on the content of the three Working Groups Assessment Reports: WGI – The Physical Science Basis, WGII – Impacts, Adaptation and Vulnerability, WGIII – Mitigation of Climate Change, and the three Special Reports: Global Warming of 1.5°C, Climate Change and Land, The Ocean and Cryosphere in a Changing Climate. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA.

Kochenov, Dimitry Vladimirovich & Lavranos, Nikos (2021). *Achmea versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union*. Hague Journal on the Rule of Law Vol. 14, s. 195–219.

Lehrberg Bert (2018) *Praktisk juridisk metod*. 10 uppl. Uppsala: Iusté.

Maurel Raphaël (2023-02-10). *PL Holdings case: The Investor Ordered to Pay the Expropriating State's Costs, a New Consequence of Achmea*. European Papers, Vol. 7, 2022, No 3, European Forum pp. 1131-1139.

McKinsey (January 2022). *The net-zero transition: What it would cost, what it could bring*, Tillgänglig på [<https://www.mckinsey.com/capabilities/sustainability/our-insights/the-net-zero-transition-what-it-would-cost-what-it-could-bring>].

Moreno-Lax, Violeta & Ziegler Katja S (2022). *Autonomy of the EU Legal Order a General Principle? On the Risks of Normative Functionalism and Selective Constitutionalisation* i KS Ziegler, PJ Neuvonen, & V Moreno-Lax (eds), *Research Handbook on General Principles in EU Law: Constructing Legal Orders in Europe*. Edward Elgar.

Moses, Margaret L (2017). *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3 uppl. Cambridge University Press.

Nagy, Csongor István (2018). *Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: "Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back"*, German Law Journal, Vol. 19, No. 4, s. 982–1016.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) (2018). Juridisk metodlära. Andra upplagan Lund: Studentlitteratur.

Odermatt, Jed (2023). *The Court of Justice of the European Union and International Dispute Settlement: Conflict, Cooperation and Coexistence*. Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 23, s. 1–23.

Orakhelashvili, Alexander (2018). *Akehurt's Modern Introduction to International Law*. 8 uppl. London: Routledge.

Paschalidis, Paschalis (2021-09-24). *Komstroy: constitutional, procedural and substantive implications*. EU Law Live. <<https://eulawlive.com/op-ed-komstroy-constitutional-procedural-and-substantive-implications-by-paschalis-paschalidis/>> (besökt 2023-05-10).

Sinclair, Ian (1984). *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. 2 uppl. Cambridge University Press.

Stoppioni, Edoardo (2021-09-09). *The Komstroy case: common market philosophy, the ECT and intra-EU ISDS*. EU Law Live. <<https://eulawlive.com/op-ed-the-komstroy-case-common-market-philosophy-the-ect-and-intra-EU-isds-by-edoardo-stoppioni/>> (besökt 2023-05-10).

Strömholm Stig (1996). *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*. 5 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Zhao, Yanjun (2021). *Legal Issues under International Energy Investment Disputes*. International Academic Press.

Rättsfall

EU-domstolen

EU-domstolens dom

Mål C-26/62, *van Gend & Loos* (ECLI:EU:C:1963:1).

Mål C-6/64, *Costa v. E.N.E.L.* (ECLI:EU:C:1964:66).

Mål C-181/73, *Haegeman* (ECLI:EU:C:1974:41).

Mål C-102/81, *Nordsee* (ECLI:EU:C:1982:107).

Mål C-265/85, *Van den Bergh* (ECLI:EU:C:1987:121).

Mål C-314/85, *Firma Foto-Frost* (ECLI:EU:C:1987:452).

Mål C-126/97, *Eco Swiss* (ECLI:EU:C:1999:269).

Mål C-321/97, *Andersson & Wåkerås-Andersson* (ECLI:EU:C:1999:307).

Mål C-459/03, *Commission v Ireland (Mox Plant)* (ECLI:EU:C:2006:345).

Mål C-415/05, *P - Kadi and Al Barakaat International Foundation* (ECLI:EU:C:2008:461).

Mål C-386/08, *Brita* (ECLI:EU:C:2010:91).

Mål C-21/13, *Simon, Evers & Co* (ECLI:EU:C:2014:2154).

Mål C-464/14, *SECIL* (ECLI:EU:C:2016:896).

Mål C-104/16, *Europeiska unionens råd mot Polisario* (ECLI:EU:C:2016:973).

Mål C-284/16, *Slowakische Republik mot Achmea BV (Achmea)* (ECLI:EU:C:2018:158).

Mål C-8/19, *PPU* (ECLI:EU:C:2019:110).

Mål C-741/19, *Republiken Moldavien mot Komstroy LLC (Komstroy)* (ECLI:EU:C:2021:655).

Mål C-109/20, *Republiken Polen mot PL Holdings Sàrl (PL Holdings)* (ECLI:EU:C:2021:875).

Mål C-333/19, *Commission v. European Food and Others* (ECLI:EU:C:2022:749).

EU-domstolens yttrande

EU-domstolens yttrande 1/76, den 26 april 1977, *EEC Treaty* (ECLI:EU:C:1977:63).

EU-domstolens yttrande 1/91, den 14 december 1991, *EEA Agreement I*, (ECLI:EU:C:1991:490).

EU-domstolens yttrande 1/00, den 18 april 2002, *ECAA* (ECLI:EU:C:2002:231).

EU-domstolens yttrande 1/09, den 8 mars 2011, *Patents Court*, (ECLI:EU:C:2011:123).

EU-domstolens yttrande 2/13, den 18 december 2014, *ECHR II* (ECLI:EU:C:2014:2454).

EU-domstolens yttrande 1/17, den 30 april 2019, *CETA* (ECLI:EU:C:2019:341).

Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-284/16, *Slowakische Republik mot Achmea BV* (ECLI:EU:C:2017:699).

Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-741/19, *Republiken Moldavien mot Komstroy LLC* (EU:C:2021:164).

Nederländerna

Hoge Raad der Nederlanden

The State of the Netherlands v Urgenda Foundation, The Supreme Court of the Netherlands (20 December 2019), case 19/00135 (English translation) <<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>> (Supreme Court decision).

Rechtbank Den Haag

RWE Generation NL B.V. te Geertruidenberg tegen De Staat Der Nederlanden. C-09-608588-HA ZA 21-245. (ECLI:NL:RBDHA:2022:12635).

Skiljeförfaranden

ICSID-förfarande

Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain, *Decision on the Kingdom of Spain's request for reconsideration*. ICSID Case No. ARB/15/34. 31 August 2020.

Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg SARL v. Kingdom of Spain, *Final Award*. ICSID Case No. ARB/13/36. 4 May 2017.

Eskosol v. Italy, *Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra EU-disputes*. ICSID Case No. ARB/15/50. 7 May 2019

Mainstream Renewable Power Ltd et al. v. Federal Republic of Germany, *Rule 41(5) Decision*. ICSID Case No. ARB/21/26. 18 January 2022.

Mainstream Renewable Power Ltd et al. v. Federal Republic of Germany, *Procedural Order No. 5*, ICSID Case No. ARB/21/26. 6 March 2023.

Masdar v. Kingdom of Spain, *Award*. ICSID Case No. ARB/14/1. 16 May 2018.

Mathias Kruck et al. v. Kingdom of Spain, *Decision Dismissing the Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on Jurisdiction and Admissibility*, ICSID Case No. ARB/ 15/23. 6 December 2021.

RENERGY S.à.r.l. v. Kingdom of Spain, *Award*. ICSID Case No. ARB/14/18. 6 May 2022.

RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4.

Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands, *Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding and Decision on Costs*. ICSID Case No. ARB/21/22. 17 March 2023.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, *Decision on the Achmea Issue*. ICSID Case No. ARB/12/12, 31 August 2018.

9REN Holding v. Kingdom of Spain, *Award*, ICSID Case No. ARB/15/15. 31 May 2019.

Säte i Frankrike

Komstroy (formerly Energoalians) v. Republic of Moldova, UNCITRAL, *Award (Unofficial English Translation)*. 23 October 2013.

Säte i Sverige

Green Power K/S and Obton A/S v. Spain, *Award*. SCC Case No. V 2016/135. 16 June 2022.

PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland, SCC Mål nr. V 2014/163, Partial Award, 28 juni 2017.

Säte i Tyskland

Achmea B.V. v. The Slovak Republic, PCA Mål nr. 2008-13, Final Award, 7 december 2012.

Sverige

Svea hovrätt

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

Tyskland

Bundesgerichtshof, Högsta förbundsdomstolen i Tyskland

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

USA

United States District Court for the District of Columbia

Blasket Renewable Investments, LLC v. Kingdom of Spain, Civil Case No. 21-3249 (RJL), Case 1:21-cv-03249-RJL.

NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, Civil Action No. 19-cv-01618 (TSC), Case 1:19-cv-01618-TSC.

9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain, Civil Action No. 19-cv-01871 (TSC), Case 1:19-cv-01871-TSC.

Övrigt

International Court of Justice

Territorial Dispute (Libya v Chad), Judgement of 3 February 1994, ICJ Reports (1994).