



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Höstterminen 2020

Examensarbete i processrätt, särskilt skiljedomsrätt
30 högskolepoäng

Achmea: slutet för EU-interna investeringsstvister?

En rättslig analys av *Achmea*-domens implikationer för EU-interna investeringstvister under ECT

Achmea: The end of Intra-EU Investment Arbitration?

*A Legal Analysis of the Implications of the Achmea-ruling for
Intra-EU Investment Arbitration under the ECT*

Författare: Christian Andersson

Handledare: Professor Torbjörn Andersson



Innehållsförteckning

1	INLEDNING	1
1.1	PROBLEMFÖRMULERING	1
1.2	SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	3
1.3	AVGRÄNSNINGAR	3
1.4	METOD OCH MATERIAL	5
1.4.1	Metod	5
1.4.2	Material	6
1.5	KORT INTRODUKTION TILL ECT – DESS SYFTE OCH TVISTLÖSNINGSMEKANISM	7
1.6	DISPOSITION	8
2	TVISTLÖSNINGSMEKANISMER I INVESTERINGSAVTAL UR ETT EU-RÄTTSLIGT PERSPEKTIV	9
2.1	NÅGOT OM DETTA AVSNITT	9
2.2	EU-DOMSTOLENS DOM I <i>ACHMEA</i> -MÅLET	9
2.2.1	Bakgrund	9
2.2.2	Domskäl	10
2.3	ANALYS AV EU-DOMSTOLENS REASONEMANG	12
2.3.1	Inledande anmärkningar	12
2.3.2	Dikotomin mellan kommersiella skiljeförfaranden och investeringsförfaranden	14
2.3.3	<i>Achmeas</i> betydelse för ECT	15
2.4	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	16
3	TVISTLÖSNINGSMEKANISMER I INVESTERINGSAVTAL UR ETT FOLKRÄTTSLIGT PERSPEKTIV	18
3.1	NÅGOT OM DETTA AVSNITT	18
3.2	EU-INTERNA INVESTERINGSTVISTER UNDER ECT EFTER <i>ACHMEA</i>	18
3.2.1	<i>Masdar mot Spanien</i>	18
3.2.2	<i>Vattenfall mot Tyskland</i>	19
3.2.3	<i>Cavalum mot Spanien</i>	22
3.3	ECT:S TILLÄMPLIGHET PÅ EU-INTERNA INVESTERINGSTVISTER	25
3.3.1	Kan artikel 26 ECT tillämpas på EU-interna investeringstvister?	25
3.3.2	Innehåller ECT en frånskiljningsklausul?	27
3.3.3	EU-rättens företrädare i egenskap av <i>lex posterior</i>	28
3.3.4	EU-fördragen som en modifiering av ECT	31
3.4	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	32
4	<i>ACHMEA</i>-DOMENS PÅVERKAN PÅ ECT	34
4.1	<i>ACHMEA</i> OCH ECT UR ETT FOLKRÄTTSLIGT PERSPEKTIV, IGEN?	34
4.2	KAN EN SKILJENÄMND KOMMA ATT TOLKA OCH TILLÄMPA EU-RÄTT?	34
4.3	OFÖRENLIGHET PÅ ETT EU-RÄTTSLIGT PLAN – VAD SPELAR DET FÖR ROLL?	38
4.4	SÅ, VAD GÄLLER TILL FÖLJD AV <i>ACHMEA</i> ?	40
5	VERKSTÄLLIGHETSPROBLEMATIKEN – KOLLISIONEN MELLAN EU-RÄTTSLIGA OCH FOLKRÄTTSLIGA ÅTAGANDEN PÅ NATIONELL NIVÅ	42
5.1	INLEDANDE UTGÅNGSPUNKTER	42
5.2	VERKSTÄLLANDE AV ICSID-SKILJEDOMAR	42
5.3	UTGÖR VERKSTÄLLANDET AV EN ICSID-SKILJEDOM OTILLÅTET STATSSTÖD?	44
5.4	FÖRHÅLLET MELLAN EU-RÄTTEN OCH ICSID-KONVENTIONEN	45
5.5	BÖR SKILJENÄMNDER FORTSÄTTA GE SIG SJÄLVA BEHÖRIGHET UNDER ECT?	47
5.6	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	48
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	50
	KÄLLFÖRTECKNING	52

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
Achmea	EU-domstolens dom den 6 mars 2018 i mål C-284/16
BIT	Bilaterala investeringstraktat
CETA	Comprehensive Economic Trade Agreement
ECT	Energistadgefördraget (Energy Charter Treaty)
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
New York-konventionen	Konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID-konventionen	Washingtonkonventionen den 18 mars 1965 om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
UNCITRAL	United Nations Commission of International Trade Law
UB	Utsökningsbalk
Wienkonventionen	Wienkonventionen den 21 mars 1986 om traktaträtten mellan stater och internationella organisationer eller internationella organisationer sinsemellan

1 Inledning

1.1 Problemformulering

Genom investeringsskyddsavtal som ECT och BIT:s tillhandahålls en möjlighet för investerare att inleda skiljeförfarande mot en avtalsbrytande stat. Denna tvistlösningsmekanism är tänkt att tillförsäkra investerare en effektiv och opartisk rättsprocess till skillnad från en tvist som slits i den avtalsbrytande statens egna domstolar.¹ Skiljeförfarande som processform anses därför vara det viktigaste rättsmedlet för investerare i syfte att åtnjuta sina rättigheter.² Förenligheten mellan tvistlösningsmekanismen i investeringsskyddsavtal å ena sidan och EU-rätten å andra sidan har varit föremål för en omfattande debatt som sträckt sig långt över ett decennium.³ Från EU-rättsligt håll har det argumenterats för att den äventyrar EU-rättens enhetliga tillämpning och på så sätt även dess fulla verkan, koherens och autonomi.⁴ Som ett slutligt svar på denna debatt konstaterade EU-domstolen i dess dom den 6 mars 2018 i *Achmea*-målet att denna typ av tvistlösningsmekanism i en BIT mellan Slovakien och Nederländerna var oförenlig med art. 267 och 344 FEUF. På sätt och vis får EU-domstolen förvisso sägas ha satt punkt för den tidigare debatten genom *Achmea*, men domstolen har samtidigt väckt en ny debatt till liv med såväl juridiska som politiska inslag.⁵

Utfallet i *Achmea* är särskilt problematiskt mot bakgrund av att det under de senaste åren har skett en markant ökning av antalet investeringstvister.⁶ Domen har gett upphov till många komplicerade frågor om hur pågående, avslutade och nya skiljeförfaranden ska hanteras framöver. Många har trott att *Achmea* skulle innebära slutet för skiljeförfarande som processform i investeringstvister.⁷ Trots detta har det visat sig att skilje-

¹ Dolzer och Schreuer, s. 235 f.

² Hobér, s. 162.

³ Se bland annat Hallberg och Östlund (2018), s. 841 och Wehland, s. 942–949.

⁴ Se mål C-484/16, *Achmea*, p. 37 med hänvisning till EU-domstolens yttrande 2/13, p. 176 med där angiven praxis.

⁵ Se Bilanová och Kurdrna, s. 261 som beskriver *Achmea* som ”the beginning of a new chapter in investment treaty arbitration”. Se vidare Basedow, s. 271 och Nagy (2019), s. 1.

⁶ Iacob och Cirlig, s. 74–78. En investerare kan även välja att påkalla ett skiljeförfarande på basis av en BIT och ECT tillsammans.

⁷ Se bland annat Hallberg och Östlund (2018), s. 853 f. och Nagy (2018), s. 1013–1015.

nämnder även efter *Achmea* kommit att upprätthålla sin behörighet. Som en respons på detta har EU-kommissionen i sin tur – i ett försök att motsätta sig fortskridandet av skiljenämndspraxis – framhållit att alla utbetalningar som vidtas av en medlemsstat med anledning av en meddelad skiljedom utgör olagligt statsstöd.⁸ På så sätt har EU-rätten, såsom den tillämpats av EU-kommissionen, kommit att sätta käppar i hjulet för EU-interna investeringstvister under verkställighetsstadiet. Detta är särskilt problematiskt för de tvister som slitits under ICSID:s förfaranderegler eftersom ICSID-konventionen inte tillhandahåller något utrymme för verkställighetshinder.⁹ Till följd av det nämnda har EU:s medlemsstater hamnat i en minst sagt bekymmersam sits – om en medlemsstat verkställer en meddelad skiljedom strider det mot EU-rätten, om den tvärtom inte gör det strider det mot ICSID-konventionen.

Med andra ord har såväl investerare som EU:s medlemsstater hamnat i kläm i en normkonflikt mellan EU-rätten och ECT.¹⁰ Detta har resulterat i att investerare nu börjat söka verkställighet i domstolar utom EU eftersom dessa inte är bundna att följa EU-rätt på samma sätt som nationella domstolar inom EU är.¹¹ Frågan om hur denna problematik bör lösas är av stor praktisk betydelse sett till såväl antalet investeringstvister under ECT som till tvisternas värden.¹² ECT är nämligen i dag det mest frekvent använda investeringsskyddsavtalet vid investeringstvister i världen, varav en majoritet av dessa är EU-interna.¹³ Oaktat hur dessa frågor bör besvaras är det angeläget att nå en lösning som inte avskräcker investerare från hållbara investeringar inom energisektorn, utan tvärtom främjar sådana investeringar om EU:s klimatmål ska bli verklighet.

⁸ Se kommissionens beslut 2015/1470, *Micula*. I målet ansågs Rumäniens utbetalning till ett antal investerare med anledning av en skiljedom utgöra otillåtet statsstöd. Se vidare Verburg och Lavranos, s. 215.

⁹ Art. 54 ICSID-konventionen. Mer om detta under avsnitt 5.

¹⁰ Se Pinna, s. 14, som uttrycker det på följande vis: "We are therefore witnessing a battle on the hierarchy of norms between two autonomous legal orders and two incompatible rationales."

¹¹ Wehland, s. 944.

¹² Se Iacob och Cirlig, s. 74 f., Koutrakos, s. 874 och Nagy (2019), s. 1.

¹³ UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and outcomes in 2019. Tillgänglig på: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>. Se vidare Verburg och Lavranos, s. 198.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med denna uppsats är att utreda och analysera *Achmeas* påverkan på EU-interna investeringstvister under ECT. Mot bakgrund av detta förhållandevis breda syfte vill jag poängtera att det inte är min avsikt att närmare redogöra för alla tänkbara konsekvenser för EU-interna investeringstvister till följd av *Achmea*. I stället ligger fokus på frågor kopplade till skiljenämnders behörighet i investeringstvister och verkställandet av dessa tvister. Mer specifikt kommer följande frågor att utredas:

- 1) Vilken betydelse har *Achmea* för en skiljenämnds behörighetsprövning i en EU-intern investeringstvist under ECT?
- 2) Vilken betydelse har *Achmea* för verkställandet av EU-interna investeringstvister under ECT?

Nedan kommer jag att referera till den första frågeställningen som *behörighetsfrågan* och den andra som *verkställighetsfrågan*. Inom ramen för behörighetsfrågan diskuteras den övergripande frågan om *Achmea* numera satt punkt för skiljeförfarandet som processform för EU-interna investeringstvister under ECT mellan stater och investerare. I denna del av uppsatsen är (den eventuella) normkonflikten mellan EU-rätten och ECT central. De slutsatser som dras där ligger sedan till grund för analysen av verkställighetsfrågan.

1.3 Avgränsningar

Achmea handlade om förenligheten mellan EU-rätten å ena sidan och den tvistlösningsmekanism som var upprättad i en BIT mellan Slovakien och Nederländerna å andra sidan. Vilka implikationer domen generellt sätt har för övriga EU-interna BIT:s är en separat fråga som redan behandlats utförligt i litteraturen.¹⁴ För egen del anser jag att frågan om EU-interna BIT:s vara eller icke vara får anses vara överspelad i och med det plurilaterala avtal som ingicks den 29 maj 2020 mellan 23 av EU:s medlemsstater. I

¹⁴ Se bland annat Burkhard, s. 121–136 och Nagy (2018), s. 981–1015. Till exempel har det diskuterats huruvida *Achmea* enbart har rättsverkningar för den BIT som var föremål för prövning i det enskilda fallet eller om domen även kan utsträckas till samtliga EU-interna BIT:s (dvs. en fråga om domens omfång). En ytterligare fråga är om *Achmea* också innebär att dessa BIT:s är *ogiltiga* eller om domen snarare bör ses som en uppmaning till medlemsstaterna att omförhandla dessa (dvs. en fråga om domens rättsverkningar).

avtalet har medlemsstaterna kommit överens om en uppsägning av respektive medlemsstats EU-interna BIT:s.¹⁵ Avtalet får sägas vara en vinst för EU-kommissionen i dess långa kamp mot EU-interna BIT:s.¹⁶ Frågan om EU-rättens förenlighet med ECT kvarstår alltså.¹⁷

Centralt för uppsatsen är som nämnts frågor om behörighet och verkställighet. Vad som däremot inte kommer att avhandlas närmare är frågor kopplade till klander, ogiltighet eller *Achmeas* påverkan på skiljedomar som har status av *res judicata*.¹⁸ Inte heller kommer domens potentiella konsekvenser för EU-externa investeringstvister att diskuteras.¹⁹ Eftersom investeringstvister involverar stater – och på så sätt aktualiserar frågor om statsansvar – ligger det även nära till hands att gå in på frågor om statsimmunitet. Dessa frågor kommer likaså att bortses från. Vilka potentiella verkningar *Achmea* kan ha för kommersiella skiljeförfaranden är också en högst intressant fråga som inte kommer att behandlas på ett uttömmande sätt. Med det sagt kommer uppsatsen att, i vissa delar, beröra kommersiella skiljeförfaranden.²⁰ Det sker dock endast i den utsträckning det är av intresse för investeringsförfaranden.

De avgränsningar som nu framhållits kan kategoriseras in under den delen av uppsatsen som centrerar kring behörighetsfrågan. Vad gäller verkställighetsfrågan kan det i all korthet sägas att ECT tillhandahåller investerare möjligheten att välja mellan ett antal förfaranderegler vid påkallandet av skiljeförfarande. Valet av förfaranderegler spelar sedan en viktig roll i verkställighetskeendet eftersom ICSID-skiljedomar verkställs direkt genom ICSID-konventionen, medan övriga skiljedomar i stället verkställs genom New York-konventionen.²¹ I denna del av uppsatsen ligger fokus på verkställandet av

¹⁵ Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union (även benämnt ”Termination Agreement”), se särskilt art. 2–3. Det har förvisso framhållits att det starkt kan ifrågasättas om avtalet faktiskt har de juridiska effekterna som det ges av. För vidare läsning, se Florou, s. 78 f.

¹⁶ EU-kommissionen intervenerade i egenskap av *amicus curiae* för första gången redan år 2007 i skiljeförfarandet mellan Eastern Sugar mot Tjeckien, *Final Award*, SCC No. 088/2004.

¹⁷ Det framgår uttryckligen av preambeln till avtalet att: ”The European Union and its Member States will deal with [the ECT] matter at a later stage.”

¹⁸ För vidare läsning, se Hallberg och Östlund (2019), s. 675–706.

¹⁹ För vidare läsning, se Pinna, s. 23–26.

²⁰ Se nedan avsnitt 2.3.2.

²¹ Mer om detta nedan under avsnitt 5.

skiljedomar genom ICSID-konventionen. Avgränsningen är motiverad av två skäl. För det första handläggs majoriteten av ECT:s investeringstvister i enlighet med ICSID:s förfaranderegler.²² För det andra är ICSID-konventionen mer intressant att utreda mot bakgrund av att EU:s medlemsstater kommit att motsätta sig verkställandet av skiljedomar trots att ICSID-konventionen inte tillhandahåller något utrymme för det.²³

1.4 Metod och material

1.4.1 Metod

Syftet med uppsatsen är att utreda gällande rätt och mer specifikt vilken betydelse *Achmea* har för behörighets- och verkställighetsfrågan. Den metod jag använt för detta ändamål är den rättsdogmatiska metoden vars syfte är att rekonstruera rätten genom användandet av de allmänt accepterade rättskällorna.²⁴ Annorlunda uttryckt innebär metoden att svaret på en juridisk frågeställning söks i lag, rättspraxis, förarbeten och doktrin. Mot bakgrund av uppsatsämnets såväl EU-rättsliga som folkrättsliga karaktär har de allmänt accepterade rättskällorna inom respektive rättsordning använts i syfte att fastställa gällande rätt. De EU-rättsliga rättskällorna består huvudsakligen av EU-fördragen och allmänna rättsprinciper.²⁵ Även om EU-fördragen i egenskap av primärrätt har det högsta rättskällevärdet spelar EU-domstolen en viktig roll för EU-rättens utveckling genom att precisera EU-fördragens närmare innebörd i dess rättspraxis.²⁶ Därav tillmäts EU-domstolens rättspraxis stor betydelse vid fastställandet av EU-rättens innebörd varför jag i stor utsträckning använt mig av just rättspraxis. I de delar av uppsatsen jag försökt fastställa gällande rätt utifrån ett folkrättsligt perspektiv har jag givetvis beaktat det faktum att detta rättsområde i sin tur har sin grund i andra

²² Enligt ECT:s statistik handläggs ca 65 % av de i dagsläget 135 pågående investeringstvisterna i enlighet med ICSID:s förfaranderegler, <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/> (senast hämtad 8/1/2020). Värt att notera är dock att en del av dessa fall är EU-externa. Se vidare Dolzer och Schreuer, s. 238.

²³ Art. 54 ICSID-konventionen. Se till exempel Nacka tingsrätts beslut i mål Ä 2550-17 i vilket tingsrätten avslog investerarnas överklagan av Kronofogdemyndighetens beslut att inte verkställa en ICSID-skiljedom med grund i en BIT mellan Sverige och Rumänien: ”Sveriges åtaganden med anledning av artikel 4.3 i [FEUF] medför alltså att det för nuvarande föreligger hinder mot verkställighet”, s. 13 i beslutet.

²⁴ Kleineman, s. 21.

²⁵ EU-rättens *bindande* rättskällor består vidare av EU:s rättighetsstadga, bindande sekundärrätt och internationella avtal. Det finns även *vägledande* rättskällor som består av icke-bindande sekundärrätt, förarbeten, generaladvokaters förslag till avgöranden och doktrinen. Se Hettne och Otken Eriksson, s. 40.

²⁶ Hettne och Otken Eriksson, s. 49 och Reichel, s. 115.

rättskällor. Enligt art. 38(1) i Internationella domstolens stadga består de folkrättsligt vedertagna rättskällorna av internationella konventioner, internationell sedvanerätt, allmänna principer, rättspraxis och i viss mån av doktrin.²⁷

Huruvida man vill beteckna den beskrivna metoden som ”EU-rättslig” eller ”folkrättslig” låter jag läsaren avgöra. För egen del anser jag att metoden med rättvisa kan betecknas som rättsdogmatisk eftersom jag i uppsatsens alla delar sökt svaret på en juridisk frågeställning med hjälp av de allmänt accepterade rättskällorna inom respektive rättssystem. Gemensamt för uppsatsens samtliga delar är att jag i dessa – som Svensson nobelt uttryckt saken – ”har läst, tänkt och skrivit – och i alla dessa moment strävat efter att göra mitt bästa”.²⁸

1.4.2 *Material*

I uppsatsen används skiljenämndspraxis genomgående. Genomgången av skiljedomarna är emellertid inte uttömmande. En första anledning härtill är att inte alla skiljedomar offentliggörs. För det andra är vissa skiljedomar endast tillgängliga på ett språk jag varken behärskar eller har möjlighet att översätta. För det tredje finns det inget krav på parterna i ett ECT-förfarande att meddela ECT:s sekretariat att ett skiljeförfarande har påkallats, vilket innebär att det i själva verket pågår fler tvister än vad som framgår av ECT:s egen statistik.²⁹

I uppsatsen förekommer hänvisningar till yttranden och meddelanden från EU-kommissionen. Detta material är inte bindande och används därför inte för att fastställa gällande rätt.³⁰ I stället används det för att belysa EU-kommissionens inställning till de

²⁷ Art. 38(1) i Internationella domstolens stadga fastställer att domstolen ska tillämpa: ”a) international conventions, whether general or particular, 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) subject to the provisions of Article 59, 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.”

²⁸ Svensson, s. 46.

²⁹ Denna statistik finns tillgänglig på <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>. Materialet som sådant, dvs. domar och särskilda beslut, finns däremot inte tillgängliga på ECT:s hemsida utan finns att tillgå på <https://www.italaw.com>.

³⁰ Art. 288 FEUF. Med det sagt är det inte sällan sådan ”soft law” får en normerande verkan, se Reichel, s. 128.

frågor som behandlas i uppsatsen. Inställningen är av intresse främst av två skäl. För det första är EU-kommissionen den EU-institution som varit den nitiska pådrivaren i frågan om EU-rättens förenlighet med tvistlösningsmekanismen i investeringsskyddsavtal. För det andra har verkställandet av investeringstvister visat sig ha ett nära samband med EU:s regler om statligt stöd.³¹ I dessa frågor är det EU-kommissionen som har den övervakande, tillika beslutsfattande, rollen.³²

1.5 Kort introduktion till ECT – dess syfte och tvistlösningsmekanism

ECT är en multilateralt investeringsskyddsavtal som ingåtts mellan EU,³³ dess medlemsstater (med undantag för Italien) och flera stater utom EU. Avtalets övergripande syfte är att etablera en rättslig ram för att främja ett långsiktigt samarbete inom energisektorn.³⁴ Mer specifikt är målsättningen att (i) främja gränsöverskridande investeringar och skydda dessa mot risker av icke-kommersiell natur, och (ii) tillhandahålla investerare en effektiv och opartisk tvistlösningsmetod genom skiljeförfarande.³⁵

Med andra ord innehåller ECT såväl materiella som processuella skyddsbestämmelser. De materiella skyddsbestämmelserna består bland annat av principen om rättvis behandling och skyddet mot diskriminering och expropriation.³⁶ I detta avseende liknar ECT:s bestämmelser det skydd som tillhandahålls i BIT:s.³⁷ Vad avser de processuella skyddsbestämmelserna är art. 26 ECT den centrala tvistlösningsmekanismen mellan investerare och stater. Enligt art. 26(2) ECT ska parterna försöka nå en fredlig överenskommelse inom tre månader. Om en sådan överenskommelse inte kan nås står det investeraren fritt att driva processen vidare genom skiljeförfarande.³⁸ Vid påkallande av skiljeförfarande kan investeraren välja mellan tre olika institutioner som potentiella skilje-

³¹ Se ovan not 6.

³² Art. 108(2) FEUF. Dessa beslut är bindande till skillnad från yttranden enligt art. 288 FEUF.

³³ En viktig skillnad mellan ECT och BIT:s är just den att EU är part till traktatet, vilket jag återkommer till nedan i avsnitt 4.

³⁴ Art. 2 ECT.

³⁵ Hobér, s. 154–156.

³⁶ Art. 10(1) och art. 13(1) ECT.

³⁷ Jacob och Cirlig, s. 73.

³⁸ Art. 26(2)(c) ECT. Investerare har förvisso även rätt att driva processen vidare genom (a) nationell domstol, eller (b) i enlighet med en tidigare överenskommelse om tvistlösning. Som nämnts ovan anses dock möjligheten till skiljeförfarande vara det viktigaste rättsmedlet för investerare för att kunna förverkliga sina rättigheter enligt ECT. Se Hobér, s. 163.

domstolar, vilket får till följd att målen handläggs i enlighet med respektive institutions förfaranderegler. Dessa institutioner är (i) ICSID, en gren av Världsbanken, (ii) UNCITRAL, FN:s kommission för internationell handelsrätt, och (iii) SCC, ett skiljedomsinstitut vid Stockholms Handelskammare.

Under det föregående decenniet genomförde många av EU:s medlemsstater ett brett spektrum av åtgärder i syfte att attrahera och stimulera investeringar inom sektorn för förnybar energi. Den globala finanskrisen under år 2007–2008 fick dock flera länder att revidera sina regelverk.³⁹ Dessa lagstiftningsåtgärder har i sin tur legat till grund för det ökande antalet investeringstvister under senare år eftersom investerare hävdar att de strider mot skyddsbestämmelserna i ECT.⁴⁰

1.6 Disposition

I det följande avsnittet diskuteras tvistlösningsmekanismer i investeringsavtal ur ett EU-rättsligt perspektiv. Här presenteras EU-domstolens dom i *Achmea* närmare, vilken utgör själva grunden för den problembeskrivning som redogjorts för ovan. Syftet med avsnittet är att belysa varför skiljeförfarande som processform inom ramen för investeringstvister mellan investerare och stater utgör ett hot mot EU-rättens autonomi ur ett EU-rättsligt perspektiv samt hur EU-domstolen valt att hantera detta genom *Achmea*. I det tredje avsnittet analyseras samma fråga ur ett folkrättsligt perspektiv. Detta sker genom en undersökning av hur skiljenämnder under ECT i praktiken kommit att behandla *Achmea* samt ur ett mer teoretiskt orienterat perspektiv med utgångspunkt i Wienkonventionen. Min avsikt i detta avseende är att klarlägga dels vilka konsekvenser *Achmea* fått för behörighetsfrågan fram till i dag, dels vilka möjligheter det finns att ge EU-rätten företräde framför ECT enligt folkrätten. I det fjärde avsnittet möts det EU-rättsliga och det folkrättsliga perspektivet vari frågor av mer övergripande karaktär – såsom förhållandet mellan EU och ECT – utreds. I det femte avsnittet övergår fokus från behörighetsfrågan till verkställighetsfrågan vari frågor om hur verkställandet av ICSID-skiljedomar bör ske i ljuset av de slutsatser som dragits dessförinnan diskuteras. I det sjätte och sista avsnittet framhålls några avslutande kommentarer.

³⁹ Jacob och Cirlig, s. 74 f.

⁴⁰ Jacob och Cirlig, s. 74 f.

2 Tvistlösningsmekanismer i investeringsavtal ur ett EU-rättsligt perspektiv

2.1 Något om detta avsnitt

I detta avsnitt diskuteras tvistlösningsmekanismer i investeringsavtal ur ett EU-rättsligt perspektiv. Genom *Achmea* bereddes EU-domstolen för första gången tillfälle att pröva frågan om EU-interna BIT:s – särskilt den i investeringskyddsavtalet föreskrivna tvistlösningsmekanismen mellan investerare och stater – och dess förenlighet med EU-fördragen.⁴¹ Domen illustrerar väl hur skiljeförfarande som processform för EU-interna investeringstvister riskerar att undergräva den EU-rättsliga autonomi.

2.2 EU-domstolens dom i *Achmea*-målet

2.2.1 Bakgrund

Achmea (tidigare Eureko) är en nederländsk försäkringskoncern som år 2004 investerade i marknaden för privat sjukförsäkring i Slovakien genom etablerandet av ett dotterbolag. Under år 2007 förbjöd Slovakien utdelningar av vinster från privata sjukförsäkringsbolag genom lagstiftning, vilket senare fastslogs vara författningsstridigt genom dom av den slovakiska författningsdomstolen år 2011. En ny lag antogs då som återigen tillät vinstutdelning.⁴²

På grund av den skada som vållats med anledning av Slovakiens lagstiftningsåtgärder påkallade Achmea skiljeförfarande mot Slovakien i enlighet med art. 8 i den BIT mellan Slovakien och Nederländerna.⁴³ Skiljedomstolen ogillade Slovakiens invändning att domstolen saknade behörighet på grund av Slovakiens anslutning till EU och fastslog att Slovakien skulle betala skadestånd med ett belopp om ca 22 miljoner euro.⁴⁴ Eftersom Tyskland valts som säte för skiljeförfarande var tysk rätt tillämplig enligt *lex loci arbitri*. I hopp om att få skiljedomen upphävd väckte Slovakien talan vid tysk över-

⁴¹ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-284/16, *Achmea*, p. 2.

⁴² Mål C-284/16, *Achmea*, p. 7–8.

⁴³ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 9. Art. 8(2) i förevarande BIT stadgade att ”[d]e avtalslutande parterna är överens om att en tvist som avses i punkt 1 i denna artikel ska lämnas till avgörande av en skiljedomstol [...]”.

⁴⁴ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 10–12.

domstol vilken ogillade talan, vilket i sin tur överklagades till den högsta federala domstolen i Tyskland som begärde ett förhandsavgörande avseende tvistlösningsmekanismens förenlighet med autonomiprincipen i art. 18, 267 och 344 FEUF.⁴⁵

2.2.2 Domskäl

Inledningsvis konstaterade EU-domstolen att det av fast praxis följer att ett internationellt avtal inte kan inkräkta på den befogenhetsordning som slagits fast i fördragen och därmed inte heller på autonomi i unionens rättsordning, vars efterlevnad säkerställs av domstolen.⁴⁶ Härvid framhöll domstolen att unionens autonomi inte enbart gäller i förhållande till medlemsstaternas nationella rätt utan även till folkrätten eftersom autonomi härrör från en autonom källa – dvs. fördragen – som bygger på premissen att varje medlemsstat delar en rad gemensamma värden. Kravet på medlemsstaternas efterlevnad av dessa värden kommer till uttryck i principen om lojalt samarbete i art. 4(3) FEU, vilken ålägger varje stat att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen efterlevs.⁴⁷

Efter en allmän genomgång av EU:s grundläggande egenskaper övergick EU-domstolen till bedömningen av tvistlösningsmekanismens förenlighet med art. 267 FEUF. Härvid betonades att det genom art. 267 FEUF har inrättats en dialog mellan EU-domstolen och domstolarna i medlemsstaterna som säkerställer en enhetlig tolkning av EU-rätten, som i sin tur tillförsäkrar dess koherens, fulla verkan och autonomi. Förfarandet för förhandsavgörande utgör på så sätt själva kärnan i EU:s domstolssystem.⁴⁸

Enligt art. 8(5) i aktuell BIT hade skiljedomstolen att tillämpa ”den lagstiftning som [var] tillämplig i den berörda avtalsslutande parten” och ”allmänna principer i inter-

⁴⁵ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 12. Art. 18 FEUF innefattar diskriminering på grund av nationalitet och prövades inte av EU-domstolen. Art. 267 FEUF ger nationella domstolar möjligheten att begära förhandsavgöranden av EU-domstolen. Art. 344 FEUF förbinder medlemsstaterna att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpning av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen.

⁴⁶ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 32 med hänvisning till EU-domstolens yttrande 2/13 och där angiven praxis. Det följer även av art. 19(1) FEU att det ankommer på EU-domstolen att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen.

⁴⁷ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 33–34.

⁴⁸ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 37. Om syftena bakom förhandsavgörande som institut, se vidare Matz, s. 36–46. Huruvida art. 267 FEUF *de facto* undanröjer dessa tvivel om en diversifierad tolkning av EU-rätten kan dock ifrågasättas, se von Papp, avsnitt 8.

nationell rätt”.⁴⁹ EU-domstolen menade att skiljedomstolen därmed kunde komma att tolka och till och med tillämpa EU-rätt eftersom den dels är en del av gällande rätt i medlemsstaterna, dels är en rätt som härrör från ett internationellt avtal.⁵⁰ Den avgörande frågan var därför huruvida skiljedomstolen var en ”domstol” i den mening som avses i art. 267 FEUF eftersom möjligheten att begära förhandsavgörande skulle säkerställa en enhetlig tillämpning av EU-rätten. EU-domstolen jämförde den situation som var för handen i dess tidigare avgörande i *Ascendi*.⁵¹ I det målet ansågs en skiljedomstol utgöra en ”domstol” enligt art. 267 FEUF eftersom den var förankrad i det nationella domstolssystemet i syfte att avgöra skattemål.⁵² Mot bakgrund av att själva syftet med tvistlösningsmekanismen i art. 8 i förevarande BIT var att undandra tvisten från nationella domstolar ansåg EU-domstolen att skiljedomstolen ”under inga omständigheter” kunde anses vara en ”domstol” i den mening som avses i art. 267 FEUF.⁵³

EU-domstolen övergick sedan till att pröva huruvida skiljedomen var underkastad kontroll av nationell domstol i enlighet med art. 19 FEU.⁵⁴ Om en nationell domstol blir involverad i samband med överklagandeprocessen finns nämligen en möjlighet för denna att begära ett förhandsavgörande, och på så sätt skulle EU-rättens enhetliga tillämpning kunna säkerställas trots bedömningen att skiljedomstolen inte var en ”domstol”. Mot bakgrund av att tysk rätt var tillämplig på förfarandet undersöktes i vilken utsträckning denna tillät en överprövning av skiljedomar. Den tyska civilprocesslagen föreskrev emellertid endast en begränsad prövning.⁵⁵ Samma begränsade prövning gällde förvisso även för kommersiella skiljeförfaranden i vilka en skiljedomstol mycket väl kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt. EU-domstolen upprättade därför en distinktion mellan kommersiella skiljeförfaranden och investeringsförfaranden. Den

⁴⁹ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 4.

⁵⁰ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 41–42.

⁵¹ Mål C-377/13, *Ascendi*.

⁵² Mål C-284/16, *Achmea*, p. 44 med hänvisning till mål C-377/13, *Ascendi*, p. 25–26. Jfr till exempel den svenska regleringen i 22 kap. 5 § ABL som hänskjuter tvister om tvångsinlösen av aktier till skiljedomstol.

⁵³ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 46.

⁵⁴ Art. 19 FEU lyder i relevanta delar: ”Medlemsstaterna ska fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten.”

⁵⁵ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 53. De tyska reglerna liknar i stort LSF:s regler om ogiltighet och klander, jfr 33–34 §§ LSF.

begränsade möjligheten till en prövning av kommersiella skiljeförfaranden, och därmed den begränsade möjligheten att begära förhandsavgöranden inom ramen för dessa, ansågs motiverad av de krav som hänför sig till förfarandenas effektivitet.⁵⁶ Sådana effektivitetsöväganden kunde däremot inte göras gällande beträffande investeringsförfaranden med grund i en BIT eftersom de har sina ursprung i ett *avtal*, medan kommersiella skiljeförfaranden har sitt ursprung i den *gemensamma partsviljan*.⁵⁷ Mot bakgrund av detta konstaterade EU-domstolen följande:

Vid en samlad bedömning [...] finner EU-domstolen att de medlemsstater som är parter i avtalet, genom att ingå detta *har upprättat en mekanism för att lösa tvister mellan en investerare och en medlemsstat som kan innebära att dessa tvister avgörs på ett sätt som inte säkerställer unionsrättens fulla verkan*, trots att de kan avse tolkningen eller tillämpningen av unionsrätten.⁵⁸

Avslutningsvis framhöll EU-domstolen emellertid att det följer av fast rättspraxis att ett internationellt avtal om upprättande av en domstol vilken kan tolka och tillämpa EU-rätt visserligen i princip är förenligt med unionsrätten.⁵⁹ Problemet med tvistlösningsmekanismen i art. 8 i aktuell BIT mellan Slovakien och Nederländerna var dock att den hade sin grund i ett avtal ”som *inte ingåtts av unionen utan av medlemsstater*”.⁶⁰ Artikelns ansågs därför vara oförenlig med principen om lojalt samarbete i art. 4(3) FEU. Som ett slutligt svar fastslog EU-domstolen att art. 267 och art. 344 FEUF utgjorde hinder för den tvistlösningsmekanism som föreskrivits i förevarande BIT.⁶¹ Frågan om dess förenlighet med diskrimineringsförbudet i art. 18 FEUF prövades därför inte.

2.3 Analys av EU-domstolens resonemang

2.3.1 Inledande anmärkningar

Syftet med detta delavsnitt är att kritiskt analysera EU-domstolens resonemang i *Achmea*. Med det sagt är avsikten inte att ge sken av att prejudikatet i någon mån skulle

⁵⁶ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 54.

⁵⁷ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 55. Distinktionen är minst sagt märklig, vilket jag återkommer till nedan i delavsnitt 2.3.2.

⁵⁸ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 56. Min kursivering.

⁵⁹ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 57 med hänvisning till EU-domstolens yttrande 1/09 (upprättandet av ett enhetligt system för patenntvister) och 2/13 (EU:s anslutning till Europakonventionen).

⁶⁰ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 58. Min kursivering.

⁶¹ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 60.

ha ett svagare prejudikatvärde.⁶² Som bekant är det EU-domstolen som har det sista ordet avseende EU-rättens tolkning och tillämpning.⁶³ I stället avser jag att adressera de delar av domskälen som – enligt min mening – starkt kan ifrågasättas samt belysa vilka frågor *Achmea* gett upphov till för tvistlösningsmekanismen i ECT.

Initialt kan sägas att EU-domstolens domskäl är förvånansvärt korta med tanke på att det var första gången som domstolen hade denna komplicerade fråga på sitt bord vilket lämnar många frågor öppna.⁶⁴ I domskälen förekommer inte heller en enda hänvisning till generaladvokatens förslag till avgörande. EU-domstolen är visserligen inte bunden av varken förslaget till avgörande som sådant eller av den motivering som ligger till grund för förslaget.⁶⁵ Emellertid lyfte generaladvokat Wathelet i sitt utförliga förslag till avgörande flera intressanta aspekter som EU-domstolen valde att inte bemöta, vilket ledde till att EU-domstolen kom fram till en diametralt motsatt slutsats.⁶⁶

⁶² Till exempel har många författare flitigt diskuterat frågan om huruvida art. 344 FEUF verkligen kan tillämpas vid en tvist mellan en investerare och stat eftersom det följer av artikelns ordalydelse att ”medlemsstaterna förbinder sig att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen”, se bland annat Hillebrand Pohl, s. 777–782 och von Papp, avsnitt 6 not 65. För egen del anser jag inte att EU-domstolens tillämpning av art. 344 FEUF i *Achmea* var felaktig eftersom domstolen inte bedömde själva tvisten som sådan, utan tvistlösningsmekanismen vilken var upprättad mellan just två medlemsstater. Vad beträffar EU-domstolens slutsats att det begränsade utrymmet för en domstolsprövning av en skiljedom enligt tysk rätt var otillräckligt har uppfattats som paradoxalt med tanke på att målet *de facto* var föremål för EU-domstolens prövning. Se bland annat Burkhard, s. 124, Cordero-Moss, s. 23 och Gáspár-Szilágyi, s. 363 f. Det faktum att målet nådde EU-domstolen genom en begäran av förhandsavgörande talar förvisso för att en tillräcklig kontrollmekanism existerar. Men det är emellertid bara sant för de fall en skiljenämnd har sitt säte inom EU. EU-domstolen tog troligtvis härvid höjd för skiljenämnder vars säte är beläget utom EU.

⁶³ Art. 19 FEU och EU-domstolens yttrande 2/13, p. 245–246. Se vidare Hettne och Otken Eriksson, s. 49, Matz, s. 15 f. och Reichel, s. 115 f. om EU-domstolens pådrivande roll för EU-rättens utveckling.

⁶⁴ Jfr generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-284/14, *Achmea*, p. 2 och Nagy (2018), s. 989.

⁶⁵ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 27.

⁶⁶ Bland annat diskuteras (i) huruvida den systemrisk som EU-kommissionen ansåg att tvistlösningsmekanismen medförde var befogad eller inte, vilken generaladvokaten menade var starkt överdriven (p. 44–45), (ii) vilken *faktisk* (och inte enbart en hypotetisk) risk det fanns för att skiljedomstolen skulle kunna komma att tolka och tillämpa EU-rätt (p. 174–178), (iii) utrymmet för nationella domstolar att involveras i samband med verkställandet av skiljedomar genom såväl ICSID-konventionen som New York-konventionen (p. 238–253), och (iv) EU-rättslig ordre public, vilket EU-domstolen gärna hade fått skänka klarhet till på grund av de oklarheter som råder avseende vad som konstituerar EU-rättslig ordre public. Om detta, se Brekoulakis, s. 12–14.

2.3.2 *Dikotomin mellan kommersiella skiljeförfaranden och investeringsförfaranden*

Som framgått kan även skiljedomstolar i kommersiella skiljeförfaranden komma att tolka och tillämpa EU-rätt samtidigt som de saknar möjligheten att begära förhandsavgöranden av samma anledningar som en skiljedomstol i ett investeringsförfarande. Utrymmet för nationella domstolar att kontrollera skiljenämnders tolkning och tillämpning av EU-rätt inom ramen för en överprövningsprocess skiljer sig heller inte mellan kommersiella skiljeförfaranden och investeringsförfaranden.⁶⁷ Vad som enligt EU-domstolen motiverar denna särbehandling av kommersiella skiljeförfaranden är dess ursprung i den gemensamma partsviljan, till skillnad från investeringsförfaranden vilka har sin grund i ett avtal mellan stater.⁶⁸

Den av EU-domstolen upprättade dikotomin mellan investeringsförfaranden och kommersiella skiljeförfaranden är inte särskilt övertygande. EU-domstolens resonemang antyder att det inte skulle föreligga någon gemensam partsavsikt för att slita en investeringstvist inom ramen för ett skiljeförfarande.⁶⁹ Detta är knappast sant. I kommersiella skiljeförfaranden lämnas ett direkt adresserat samtycke till skiljeförfarande till ett specifikt subjekt (den andra avtalsparten). I ett investeringsskyddsavtal lämnas i stället ett samtycke till en specifik krets av då ännu okända subjekt (framtida investerare).⁷⁰ I en investeringstvist lämnar alltså staten sitt samtycke till skiljeförfarande vid tidpunkten för ingåendet av investeringsskyddsavtalet, medan en investerare i sin tur lämnar sitt samtycke vid påkallandet av skiljeförfarandet.⁷¹ Med andra ord finns (givetvis) även en gemensam partsavsikt i investeringsförfaranden. Den enda skillnaden är att tidpunkten för parternas samtycke skiljer sig.⁷²

Hur denna skillnad skulle motivera EU-domstolens särbehandling av kommersiella skiljeförfaranden är svårt att förstå. Samtliga motiv som EU-domstolen lade till grund för dess angrepp på investeringsförfaranden kan likväl användas på kommersiella skilje-

⁶⁷ Nagy (2018), s. 991.

⁶⁸ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 55.

⁶⁹ Jfr Cordero-Moss, s. 21–26.

⁷⁰ Hillebrand och Pohl, s. 785–788.

⁷¹ Cordero-Moss, s. 25 och Dolzer och Schreuer, s. 257–259.

⁷² Pinna, s. 8.

förfaranden. Det finns alltså ingen anledning att göra någon skillnad mellan dessa två typer av skiljeförfaranden. Även om EU-domstolen uttryckligen framhöll att *Achmea* exkluderar kommersiella skiljeförfaranden är det inte helt säkert att alla frågor avseende dess existensberättigande är besvarade.⁷³

2.3.3 *Achmeas* betydelse för ECT

Det är viktigt att ha i åtanke att *Achmea* handlade om förenligheten mellan tvistlösningsmekanismen upprättad i en BIT mellan två medlemsstater å ena sidan, och EU-rätten å andra sidan. EU-domstolen refererade över huvud taget inte till ECT. Trots detta menar EU-kommissionen och en majoritet av EU:s medlemsstater att domen även innebär slutet för EU-interna investeringstvister under ECT.⁷⁴ Ståndpunkten bygger för det första på EU-domstolens generellt formulerade slutsats att art. 267 och art. 344 FEUF ”utgör hinder för *en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna* som artikel 8 i avtalet”.⁷⁵ Formuleringen tyder på att EU-domstolens slutsats inte enbart tar sikte på den BIT som var föremål för prövning i det specifika fallet, utan även på andra internationella avtal som innehåller en liknande tvistlösningsmekanism. Eftersom ECT är ett internationellt avtal mellan (bland annat) EU:s medlemsstater som innehåller en sådan tvistlösningsmekanism skulle det alltså innebära att även dessa investeringstvister berörs av *Achmea*.⁷⁶ För det andra är det inte osannolikt att även en EU-intern investeringstvist under ECT riskerar att uppfylla de tre kriterier som EU-domstolen uppställde i *Achmea*:⁷⁷

- 1) skiljenämnden kan komma att tolka och till och med tillämpa EU-rätt,

⁷³ Se till exempel mål C-109/20, *PL Holdings*. I målet har svenska HD begärt ett förhandsavgörande inom ramen för en klanderprocess avseende en skiljedom mellan Polen och PL Holdings med grund i en BIT. Frågan som är ställd av HD tar sikte på *Achmeas* civilrättsliga verkningar och möjligheten för en stat att ingå ett skiljeavtal genom passivitet alternativt konkludent handlande. Om denna fråga besvaras på så sätt att *Achmea* även utgör hinder i en sådan situation har jag svårt att se hur detta inte också skulle innebära slutet för kommersiella skiljeförfaranden. Se vidare Cordero-Moss, s. 27 f. och Trittman och Tzionas, s. 62 f.

⁷⁴ I en gemensam deklARATION avseende de juridiska konsekvenserna till följd av *Achmea* har EU-kommission tillsammans med 22 medlemsstater framhållit att tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT mellan stat och investerare är oförenlig med EU-fördragen, se ”Declaration of the representatives of the governments of the Member State 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”, s. 2.

⁷⁵ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 60. Min kursivering. För motsatt uppfattning, jfr Nagy (2018), s. 999 f. som menar att *Achmea* på sin höjd kan ha implikationer för andra typer av *ad hoc*-förfaranden (vilket var fallet i *Achmea*), men att det däremot inte kan utsträckas till institutionella förfaranden.

⁷⁶ Se art. 26 ECT och Hobér, s. 155 f.

⁷⁷ Arif, s. 159.

- 2) skiljenämnden är ingen ”domstol” enligt art. 267 FEUF, och
- 3) skiljedomen är endast föremål för en begränsad prövning av nationella domstolar.

Enligt EU-kommissionen är *Achmea* relevant för tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT mellan stater och investerare eftersom den ”öppnar för möjligheten att låta dessa tvister slitas av ett organ som inte omfattas av det unionsrättsliga systemet” och ”korrekt tolkad, [inte föreskriver] någon klausul om skiljeförfaranden som är tillämplig [i en EU-intern investeringstvist]”.⁷⁸

Mot *Achmeas* potentiella implikationer för EU-interna investeringstvister under ECT har det i sin tur påpekats att EU-domstolen samtidigt framhöll att (i) ett internationellt avtal om upprättande av en domstol som kan komma att tolka och tillämpa EU-rätt i princip är förenligt med EU-rätten,⁷⁹ och (ii) den BIT som var föremål för EU-domstolens prövning var ett avtal som ”inte ingåtts av unionen utan av medlemsstater”. Eftersom ECT är ett avtal som har ingåtts av unionen, bör *Achmea* inte ha någon påverkan på dessa tvister.⁸⁰

2.4 Sammanfattande slutsatser

Ett svar på frågan om EU-interna BIT:s förenlighet med EU-rätten hade sedan länge varit efterfrågat. Genom *Achmea* kom äntligen det slutliga svaret, om än ett annat än vad många förväntat sig.⁸¹ Trots att domen i viss mån har bidragit till ett klarare rättsläge får den nog ändå anses ha väckt fler frågor än vad den besvarat. Vissa menar att EU-domstolens ställningstagande i *Achmea* i första hand handlar om att stärka den

⁷⁸ EU-kommissionens meddelande COM(2018) 547 final ”Skydd för EU-interna investeringar”, s. 3 f.

⁷⁹ *Cavalum mot Spanien, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 353.

⁸⁰ Se bland annat *Cavalum mot Spanien, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 353 och Basedow, s. 275. För motsatt uppfattning, jfr Burkhard, s. 130 f. som anser att EU:s anslutning till ECT inte på något sätt skulle innebära ett godkännande av EU-interna investeringstvister med grund i ECT.

⁸¹ Såväl generaladvokat Wathelet som den tyska domstolen som begärde förhandsavgörandet var av uppfattningen att ingen konflikt förelåg mellan EU-fördragen och förevarande BIT, mål C-284/16, *Achmea*, p. 15–21 och generaladvokatens förslag till avgörande i samma mål, p. 273.

EU-rättsliga autonomin och i andra hand om investeringstvister.⁸² Särskilt problematiskt är att investerare hamnat i kläm till följd av *Achmea* och att de numera är hänvisade till nationella domstolar i medlemsstater som för tillfället handskas med problem kopplade till bland annat politiskt oberoende.⁸³ Risken för att domstolars oberoende är bristfälligt på grund av politiskt tryck kan knappast förväntas vara mindre i mål där staterna själva är part och riskerar att åläggas enorma skadeståndsbelopp.⁸⁴

Sammanfattningsvis är det förvånande att EU-domstolen landade i slutsatsen att skiljedomstolen inte var en ”domstol” enligt art. 267 FEUF.⁸⁵ Om syftet var att säkerställa en enhetlig tillämpning av EU-rätten framstår alternativet att ge skiljedomstolar möjligheten att begära förhandsavgörande som en lämpligare lösning.⁸⁶ EU-domstolens oro för en diversifierad tolkning och tillämpning av EU-rätten är förvisso inte helt obefogad sett till de risker som framhållits ovan utifrån ett EU-rättsligt perspektiv.

⁸² Gáspár-Szilágyi, s. 359.

⁸³ Om detta, se EU-kommissionens meddelande COM(2019) 198/2 ”The 2019 EU Justice Scoreboard”, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2019_en.pdf (senast hämtad 8/1/2020), särskilt s. 55: ”Among the reasons for the perceived lack of independence of courts and judges, the *interference or pressure from government and politicians* was the most states reasons, followed by the pressure from economic or other specific interests. Both reasons are still notable for several Member States where perceived independence is very low.” Min kursivering.

⁸⁴ Se vidare, Verburg och Lavranos, s. 219 f. Det har förvisso argumenterats för att även skiljenämnders oberoende kan ifrågasättas. Enligt en studie från år 2015 utförd på begäran av Europaparlamentet hade så få som 15 skiljedomare tillsammans avgjort cirka 55 % av alla offentligt tillgängliga investeringstvister. Domarnas oberoende ifrågasattes främst mot bakgrund av deras tidigare innehav av ledande tjänster inom företagskoncerner vilka förekommit som parter i vissa av dessa investeringstvister. Se ”Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU”, s. 291–296.

⁸⁵ Före *Achmea* var majoritetsuppfattning i doktrinen att en sådan skiljedomstol var en domstol enligt art. 267 FEUF. Se von Papp, avsnitt 9.

⁸⁶ Hallberg och Östlund (2018), s. 854.

3 Tvistlösningsmekanismer i investeringsavtal ur ett folkrättsligt perspektiv

3.1 Något om detta avsnitt

Av föregående avsnitt har det framgått att tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT, enligt EU-kommissionen, är oförenlig med EU-rätten ur ett EU-rättsligt perspektiv.⁸⁷ I detta avsnitt undersöks samma fråga utifrån ett folkrättsligt perspektiv. Detta sker dels genom en genomgång av hur skiljenämnder på ett praktiskt plan kommit att bemöta den EU-interna behörighetsinvändningen som framhållits av såväl stater i egenskap av svarande som EU-kommissionen i egenskap av *amicus curiae* efter *Achmea*. Dels ur ett mer teoretiskt orienterat perspektiv med utgångspunkt i Wienkonventionen.⁸⁸

Skiljenämndernas materiella bedömningar berörs inte eftersom de inte är av intresse för uppsatsen.⁸⁹ Det finns inte heller anledning att utförligt beskriva bakgrunden till dessa mål. Kort sagt handlar de om att investerare påkallat skiljeförfarande mot en stat till följd av staternas lagstiftningsåtgärder, vilka – enligt investerarna – strider mot ECT:s materiella skyddsbestämmelser.

3.2 EU-interna investeringstvister under ECT efter *Achmea*

3.2.1 *Masdar mot Spanien*

I *Masdar mot Spanien* invände Spanien tillsammans med EU-kommissionen att art. 26 ECT inte var tillämplig på EU-interna investeringstvister. Om skiljenämnden skulle

⁸⁷ Se ovan avsnitt 2.3.3. Att påstå att även EU-domstolen är av samma uppfattning som EU-kommissionen skulle, enligt min mening, inte vara något annat än en spekulering fram till dess att EU-domstolen får chansen att adressera frågan. För egen del anser jag dock att mycket talar för att EU-domstolen kommer att dela EU-kommissionens uppfattning, vilket jag återkommer till nedan i avsnitt 4.2.

⁸⁸ Det är alltså inte av betydelse om skiljeförfarandena påkallats *före* *Achmea* eller inte, utan enbart att skiljenämnden tagit ställning i behörighetsfrågan *efter* *Achmea*. Den EU-interna behörighetsinvändningen (på engelska, "the intra-EU objection") är förvisso ingen skapelse till följd av *Achmea*, utan har tvärtom varit en fråga för skiljenämnder redan innan dess. Se *BayWa v. Spanien, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/16, p. 244 med där angiven rättspraxis. Däremot får *Achmea* sägas ge invändningen mer fog eftersom den etablerat en ny EU-rättslig regel med innebörden att en tvistlösningsmekanism mellan stater under vissa förutsättningar kan vara oförenlig med EU-rätten.

⁸⁹ Det är därför i de fall där (i) dom ännu inte avkunnats, eller (ii) där beslut om behörighet fattas i ett särskilt beslut, som hänvisning sker till beslutet som sådant och inte till själva domen.

finna att artikeln var tillämplig var den ändå ogiltig på grund av dess oförenlighet med art. 344 FEUF. Vidare framhölls att EU:s anslutning till ECT inte innebar att EU eller dess medlemsstater på något sätt skulle ha tillåtit eller godkänt EU-interna tvister under ECT.⁹⁰

Skiljenämnden konstaterade att det inte fanns något stöd för invändningen att art. 26 ECT inte skulle omfatta EU-interna investeringstvister sett till dess ordalydelse.⁹¹ Nämnden fann även, med stöd av ett tidigare avgörande, att det inte förelåg någon normkonflikt mellan EU-fördragen och ECT.⁹² Till skillnad från EU-fördragen erbjuder ECT investerare möjligheten att påkalla skiljeförfarande mot en stat och det fanns inget EU-rättsligt stöd för att prekludera en sådan rätt för investerare under ECT.⁹³ Enligt nämnden påverkade *Achmea* inte denna bedömning av två skäl. För det första är ECT inte ett ”sådant avtal” som den BIT som var föremål för EU-domstolens prövning eftersom ECT är en multilateralt traktat vilket EU även är part till.⁹⁴ För det andra ansåg nämnden att det faktum att EU-domstolen inte explicit refererade till ECT i *Achmea* innebar att det stod klart att domen inte påverkade EU-interna investeringstvister under ECT.⁹⁵ Skiljenämnden avvisade därför behörighetsinvändningen.

3.2.2 *Vattenfall mot Tyskland*

I *Vattenfall mot Tyskland* invände Tyskland att skiljenämnden inte var behörig eftersom EU-rätt var tillämplig rätt till följd av art. 26(6) ECT.⁹⁶ Det skulle resultera i att EU-rätten gavs företräde genom företrädesklausulerna i art. 30(4) Wienkonventionen och art. 351 FEUF till följd av ECT:s oförenlighet med art. 267 och 344 FEUF. Tyskland

⁹⁰ Masdar mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 296–300 och p. 304–305.

⁹¹ Masdar mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 313.

⁹² Masdar mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 327–329 med hänvisning till Oostergetel mot Slovakien, *Decision on jurisdiction*, UNCITRAL, p. 77.

⁹³ Masdar mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 340.

⁹⁴ Masdar mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 679–680 med hänvisning till generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-284/16, *Achmea*.

⁹⁵ Masdar mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 682.

⁹⁶ *Vattenfall mot Tyskland*, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 48–59. Art. 26(6) ECT stadgar att: ”A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issue in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.”

framhöll även att en framtida skiljedom skulle vara problematisk att verkställa på grund av EU:s regler om statsstöd.⁹⁷

Skiljenämnden avvisade behörighetsinvändningen på fem grunder. För det första gjorde nämnden en distinktion mellan tillämplig rätt vid behörighetsprövningen och tillämplig rätt vid den materiella bedömningen.⁹⁸ EU-rätt ansågs inte vara tillämplig rätt vid behörighetsprövningen eftersom art. 26(6) ECT och art. 42(1) ICSID-konventionen enbart hänvisade till vilken rätt som ska vara tillämplig på den materiella bedömningen.⁹⁹ Skiljenämnden undvek på så sätt att ta ställning till hur utfallet skulle ha blivit för det fall EU-rätten i stället smög sig in bakvägen genom den materiella bedömningen.¹⁰⁰ Värt att notera i detta avseende är att EU-domstolen i *Achmea* inte gjorde någon sådan uppdelning mellan tillämplig rätt i olika delar i ett skiljeförfarande, utan enbart framhöll att skiljedomstolen kunde ”komma att tolka och till och med tillämpa unionsrätten”.¹⁰¹ Huruvida EU-rätt är tillämplig rätt vid behörighetsbedömningen eller den materiella bedömningen tycks med andra ord inte spela någon roll enligt EU-domstolen.

För det andra framhöll skiljenämnden att dess behörighet grundade sig på folkrätt och inte på EU-rätt, samt att art. 26 ECT – likt alla andra traktatsbestämmelser – måste tolkas i enlighet med folkrätten, närmare bestämt genom Wienkonventionen.¹⁰² Enligt Tyskland skulle art. 26 ECT tolkas utifrån ett EU-rättsligt perspektiv genom art. 31(3)(c) Wienkonventionen vilken stadgar att det vid traktatstolking ska tas hänsyn till ”relevanta internationella rättsregler, som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna”.¹⁰³ Med andra ord menade Tyskland att EU-rätten skulle ges företräde efter-

⁹⁷ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 230.

⁹⁸ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 109: ”the Tribunal recalls the distinction between the law applicable to the merits of a dispute and the law applicable to the jurisdiction”.

⁹⁹ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 121.

¹⁰⁰ Arif, s. 157 f. Även andra författare är väldigt kritiska mot denna typ av uppdelning av tillämplig rätt vid behörighetsprövningen å ena sidan, och vid den materiella bedömningen å andra sidan. Se von Papp, avsnitt 6 som uttryckt saken på följande sätt: ”This approach is questionable from a purely logical perspective: in order to uphold its jurisdiction, a tribunal needs to fully address the question of whether or not there is jurisdictional conflict that ousts its own jurisdiction.”

¹⁰¹ Mål C-284/16, *Achmea*, p. 42.

¹⁰² Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 124–125.

¹⁰³ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 130.

som målet var EU-internt. Skiljenämnden fann förvisso att EU-rätten utgjorde en ”international rättregel” med hänvisning till art. 38(1) i Internationella domstolens stadga.¹⁰⁴ Däremot konstaterade nämnden att art. 31(3)(c) Wienkonventionen inte kunde tillämpas på det sätt som framhållits av Tyskland, utan att tolkningsapparaten hade sin utgångspunkt i art. 31(1) Wienkonventionen enligt vilken tolkning ska ske ”ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens termer sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte”.¹⁰⁵ Avgörande för skiljenämnden var att en sådan ”EU-rättslig tolkning” av art. 26 ECT, förespråkad av Tyskland, skulle resultera i vitt skilda tolkningar av samma bestämmelse beroende på om tvisten var EU-intern eller inte. En sådan tolkning skulle inte bara vara oförenlig med ECT:s syfte och ändamål, utan skulle även strida mot folkrättens bestämmelser om traktatstolkning – särskilt principen om *pacta sunt servanda* i art. 26 Wienkonventionen.¹⁰⁶

För det tredje ansåg skiljenämnden att det inte fanns något stöd för att EU-interna investeringstvister under ECT skulle vara oförenliga med EU-rätten även om den skulle beaktas vid tolkningen av ECT.¹⁰⁷ I denna del förlitade sig nämnden i stora delar på den bedömning som skiljenämnden i *Masdar* gjorde avseende *Achmeas* betydelse för ECT.¹⁰⁸ Enligt skiljenämnden ankom det inte på nämnden att härleda nya rättsregler ur *Achmea* som inte har tydligt stöd däri.¹⁰⁹ Annorlunda uttryckt ansåg nämnden att det var oklart huruvida EU-domstolens resonemang i *Achmea* även kunde tillämpas på EU-

¹⁰⁴ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 150. Enligt art. 38(1)(a) i Internationella domstolens stadga består folkrätten av bland annat: ”international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states”.

¹⁰⁵ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 152–153.

¹⁰⁶ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 154–156.

¹⁰⁷ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 159.

¹⁰⁸ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 161–163 med hänvisning till *Masdar* mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 682.

¹⁰⁹ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, p. 164: ”It is not for this Tribunal to extrapolate from the ECJ Judgment and declare a new rule of international law which is not clearly stated therein, or to decide which other scenarios would pose the same EU law concerns as those that the ECJ found in relation to the Dutch-Slovak BIT.”

interna investeringstvister under ECT till skillnad från nämnden i *Masdar* som tog EU-domstolens tystnad som ett kvitto på att *Achmea* inte påverkade ECT.¹¹⁰

För det fjärde, beträffande Tysklands invändning om EU-rättens företräde till följd av art. 30(4) Wienkonventionen, framhöll skiljenämnden att tillämpningen av artikeln förutsatte att det förelåg en normkonflikt mellan ECT och EU-rätten. Art. 30 Wienkonventionen tar nämligen sikte på hur successiva traktater rörande *samma ämne* (nedan benämmt samma *subject-matter*) ska tillämpas. Skiljenämnden ansåg inte, med hänvisning till tidigare skiljenämndspraxis, att ECT och EU-fördragen reglerade samma *subject-matter* och fann därför inte att någon normkonflikt förelåg.¹¹¹ Även företrädesregeln i art. 351 FEUF avvisades av nämnden eftersom den inte reglerar EU-interna förhållanden inom ECT, utan enbart tar sikte på förhållandet mellan medlemsstater och stater utom EU.¹¹²

För det femte och slutligen framhöll skiljenämnden att en potentiell verkställighetsproblematik var en separat fråga, vilken ansågs vara skild från behörighetsfrågan. Huruvida ett verkställande av skiljedomen i ett senare skede eventuellt skulle kunna strida mot EU-rättsliga regler ansågs därför vara såväl onödigt som olämpligt att ta ställning till inom ramen för behörighetsprövningen.¹¹³ Mot bakgrund av det anförda avvisade skiljenämnden den EU-interna behörighetsinvändningen.

3.2.3 *Cavalum mot Spanien*

I *Cavalum mot Spanien* invände Spanien och EU-kommissionen att skiljenämnden saknade behörighet att avgöra målet eftersom (i) ECT inte var tillämplig på EU-interna investeringstvister, (ii) ECT hade inte skapat skyldigheter mellan EU:s medlemsstater som infattade bestämmelser om investeringsskydd och tvistlösning, (iii) EU-rätten för-

¹¹⁰ Jfr *Masdar mot Spanien*, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 682: "The *Achmea* Judgment is simply silent on the subject of the ECT."

¹¹¹ *Vattenfall mot Tyskland*, *Decision on the Achmea issue*, p. 212 och not 127. Mer om denna bedömning av samma *subject-matter* nedan under avsnitt 3.3.3.

¹¹² *Vattenfall mot Tyskland*, *Decision on the Achmea issue*, p. 225. Slutsatsen har även stöd i EU-domstolens egen rättspraxis, se mål C-478/07, *Budvar*, p. 99: "Vidare är [art. 351 FEUF] inte tillämplig på sådana avtal, eftersom inget tredjeland är part i avtalet".

¹¹³ *Vattenfall mot Tyskland*, *Decision on the Achmea issue*, p. 230–231.

bjöd all form av tvistlösning utöver vad som följer av EU-fördragen, och (iv) om en konflikt mellan EU-fördragen och ECT förelåg skulle EU-fördragen ha företräde.¹¹⁴

Skiljenämnden framhöll initialt att den i enlighet med *kompetenz-kompetenz*-principen i art. 41(1) ICSID-konventionen var behörig att pröva sin egen behörighet på folkrättslig grund, nämligen ECT och ICSID-konventionen, och inte på basis av EU-rätt.¹¹⁵ Vidare avfärdade nämnden Spaniens och EU-kommissionens invändning att art. 26 ECT inte skulle vara tillämplig på en EU-intern investeringstvist eftersom en sådan tolkning vore ”helt orimlig” sett till artikelns ordalydelse.¹¹⁶ För att dessa tvister ska vara undantagna från ECT:s räckvidd krävs en uttrycklig fränskiljningsklausul i ECT. Såväl vissa medlemsstater som EU-kommissionen har i ett flertal tidigare mål hävdad att art. 16 ECT (”Relation to Other Agreements”) skulle utgöra en sådan klausul. Samtliga skiljenämnder har emellertid kommit att underkänna att art. 16 skulle ha en sådan innebörd. Skiljenämnden i förevarande mål såg ingen anledning att avvika från tidigare skiljenämndspraxis och citerade i denna del skiljenämnden i *RREEF mot Spanien*:

The purpose of a disconnection clause is to make clear that EU Member States will apply EU law in their relations *inter se* rather than the convention in which it is inserted [...] given that there is no disharmony or conflict between the ECT and EU [...] there was simply no need for a disconnection clause, implicit or explicit [...].¹¹⁷

Avseende Spaniens tredje invändning att EU-rätten förbjöd all form av tvistlösning utöver vad som följer av EU-fördragen gjorde nämnden en analys av vilka implikationer *Achmea* hade för EU-interna investeringstvister under ECT. I denna del gjorde skiljenämnden en bedömning som avvek från tidigare rättspraxis. Enligt nämnden fanns åtminstone en möjlighet, och troligtvis även en sannolikhet, att EU-domstolen skulle komma att förklara att tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT var oförenlig med EU-

¹¹⁴ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 301.

¹¹⁵ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 309–316. Enligt *kompetenz-kompetenz*-principen är en skiljenämnd behörig att pröva sin egen behörighet. Se till exempel 2 § LSF och Hobér, s. 186.

¹¹⁶ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 328.

¹¹⁷ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 329 med hänvisning till *RREEF mot Spanien, Decision on jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/13/30, p. 82. Det finns goda skäl för bedömningen att ECT inte innehåller någon sådan fränskiljningsklausul som EU-kommissionen hävdar, vilket diskuteras mer i detalj nedan avsnitt 3.3.2.

fördragen om domstolen fick frågan på sitt bord. Som grund för denna slutsats lade nämnden dels EU-domstolens slutsats i *Achmea* att EU-fördraget utgjorde hinder för en ”sådan bestämmelse i ett internationellt avtal”,¹¹⁸ dels EU-domstolens yttrande 1/09 vari den underkände upprättandet av en patentdomstol eftersom ett sådant system skulle frånta nationella domstolar dess uppgift att implementera EU-rätten och dess förmåga att begära förhandsavgöranden.¹¹⁹

Efter att ha konstruerat en slags ”möjlig och sannolik” oförenlighet mellan art. 26 ECT och EU-fördragen på basis av en hypotetisk bedömning av EU-domstolens ståndpunkt i frågan framhöll skiljenämnden även, i likhet med skiljenämnden i *Vattenfall mot Tyskland*, att EU-rätten var en del av internationell rätt.¹²⁰ Frågan var dock om EU-rätten också var *tillämplig* rätt.¹²¹ Nämnden framhöll härvid att det förvisso var en sedan länge etablerad princip att EU som rättsordning skapat ett eget autonomt system samt att art. 267 FEUF säkerställer EU-rättens enhetliga tolkning och tillämpning genom att reservera EU-domstolen det sista ordet i EU-rättsliga frågor.¹²² Detta kunde emellertid inte på något sätt innebära att ett organ som inte var en ”domstol” i EU-rättslig mening skulle vara obehörig så fort EU-rättsliga frågor aktualiserades. Tvärtom ansåg nämnden att ett sådant EU-rättsligt monopol framstod som ”absurt”.¹²³ Även om EU-rätten (genom *Achmea*) utgjorde hinder för EU-interna investeringstvister under art. 26 ECT kvarstod det faktum att en skiljenämnd – till skillnad från en nationell domstol – inte på något sätt är bunden av EU-domstolens rättspraxis. Inte heller fann

¹¹⁸ Min kursivering. För egen del anser jag att skiljenämnden i denna del mycket missvisande citerar vad EU-domstolen i *Achmea* framhöll eftersom domstolen i själva verket konstaterade att art. 267 och 344 FEUF ”utgör hinder för en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna”. Se mål C-284/16, *Achmea*, p. 60. ECT är till skillnad från den BIT som prövades i *Achmea* inte ett avtal ”mellan medlemsstaterna”.

¹¹⁹ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 356. Se vidare EU-domstolens yttrande 1/09, p. 80.

¹²⁰ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 358.

¹²¹ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 359: ”the point that EU law (or most of it) is international law [...] is not in any sense conclusive. The question still remains as to whether EU law and the rulings of the CJEU are part of the *applicable international law*.” Min kursivering.

¹²² Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 360–361 med hänvisning till mål C-6/64, *Costa v ENEL*, och mål C-283/81, *CILFIT*.

¹²³ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 362.

nämnden att någon oförenlighet mellan EU-rätten och ECT förelåg genom en tolkning av Wienkonventionen.¹²⁴ Eftersom nämnden bedömde att någon konflikt inte förelåg fanns inte heller något behov att konsultera företrädesklausulerna i art. 30 och 41 Wienkonventionen. Även EU-kommissionens invändning att ett framtida verkställande av skiljedomen inom EU skulle vara oförenligt med EU-rätten avvisades på samma sätt som i *Vattenfall mot Tyskland*.¹²⁵ Mot bakgrund av det anförda avvisade skiljenämnden den EU-interna behörighetsinvändningen.

3.3 ECT:s tillämplighet på EU-interna investeringstvister

3.3.1 Kan artikel 26 ECT tillämpas på EU-interna investeringstvister?

I samtliga EU-interna investeringstvister under ECT efter *Achmea* har EU-kommissionen och respektive svarande stat konsekvent hävdats att art. 26 ECT inte skulle vara tillämplig i ett EU-internt förfarande.¹²⁶ Artikelns stadgar att:

Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

I korthet bygger EU-kommissionens ståndpunkt på att en investerare i en medlemsstat inte kan påkalla skiljeförfarande mot en annan medlemsstat eftersom samtliga medlemsstater utgör en "Contracting Party" enligt definitionen i art. 1(2) ECT.¹²⁷ Art. 26 ECT är alltså inte tillämplig eftersom den förutsätter att skiljeförfarandet påkallas av en investerare "of another Contracting Party".¹²⁸ Med andra ord innebär det att en investerare inom EU aldrig skulle kunna påkalla skiljeförfarande mot en annan medlemsstat.

¹²⁴ *Cavalum mot Spanien, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 366.

¹²⁵ *Cavalum mot Spanien, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 367–369 med hänvisning till *Vattenfall mot Tyskland, Decision on the Achmea issue*, p. 230.

¹²⁶ Se bland annat *Hydro Energy mot Spanien, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/42, p. 171.

¹²⁷ *Hydro Energy, Decision on jurisdiction liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/42, p. 171 och 176. Detta bygger på att "Contracting Party" definieras som en "Regional Economic Integration Organisation", vilket i sin tur definieras i art. 1(3) ETC som: "an organization constituted by states to which they have transferred competence [...]".

¹²⁸ Min kursivering.

Samtliga skiljenämnder har motsatt sig detta argument eftersom de anser att det följer av ordalydelsen i art. 26(1) att den tar sikte på en investering i en annan stat, oavsett om det är en medlemsstat inom EU eller inte.¹²⁹ Det faktum att EU är avtalspart till ECT innebär inte att en medlemsstats territorium ska anses utgöra hela EU, utan tvärtom skulle en sådan tolkning vara uppenbart orimlig.¹³⁰ Att en bestämmelses ordalydelse har en särskilt stark ställning inom ramen för traktatstolkning har även framhållits av Internationella domstolen som beskrivit saken enligt följande: ”if the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, *that is an end of the matter*”.¹³¹ Andra tolkningsmetoder ska alltså inte användas i de fall ordalydelsen är klar.

Att – som EU-kommissionen och de medlemsstater som blivit stämnda gjort – åberopa EU-rätten som ett hinder för efterlevandet av de åtaganden som följer av ECT strider även mot art. 27 Wienkonventionen. Enligt denna kan en stat som är part i en traktat (ECT) inte åberopa bestämmelser i sin interna rätt (EU-fördragen) för att rättfärdiga sin underlåtenhet att fullgöra traktaten. Även EU-domstolen har konstaterat att EU-fördragen inte kan åberopas som skäl för att underlåta efterlevnaden av ett internationellt avtal.¹³² Utifrån ett folkrättsligt perspektiv kan det förvisso diskuteras huruvida EU-fördragen snarare bör definieras som ”internationell rätt” i stället för som ”intern rätt”.¹³³ En sådan klassificering av EU-fördragen som internationell rätt spelar emellertid ingen roll i det här avseendet eftersom EU-rätten oavsett skulle behålla sin karaktär av intern rätt till följd av att EU:s medlemsstater tillåter EU-rätten att vara direkt tillämplig och därmed lika effektiv som intern rätt.¹³⁴ Det står därmed, enligt min mening, klart att art. 26 ECT är tillämplig på EU-interna investeringstvister.

¹²⁹ Se bland annat 9REN Holding mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/15/15, p. 118–126.

¹³⁰ Hydro Energy, *Decision on jurisdiction liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/42, p. 470: ”The fact that the EU is also a Contracting Party and a ’Regional Economic International Organization’ does not mean in the context of Article 26(1) that the Area is the territory of the EU as a whole, *which would simply make no sense*.” Min kursivering.

¹³¹ Internationella domstolen, *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Reports 1950, p. 4, s. 8. Min kursivering.

¹³² Mål C-317/04, *Parlamentet mot kommissionen*, p. 73.

¹³³ Bedömningen att EU-fördragen utgör en del av internationell rätt gjorde skiljenämnderna i både *Vattenfall* och *Cavalum*. Se även Electrabel mot Ungern, *Decision on jurisdiction, applicable law and liability*, ICSID Case No. ARB/07/19, p. 4.120.

¹³⁴ Dörr och Schmalenbach, s. 497.

3.3.2 Innehåller ECT en frånskiljningsklausul?

Att EU-interna investeringstvister omfattas av art. 26 ECT står klart enligt undersökningen ovan. När EU ingår ett internationellt avtal (likt ECT) följer det av art. 216(2) FEUF att EU:s institutioner är bundna av avtalet.¹³⁵ EU-domstolen har i dess rättspraxis även framhållit att internationella avtal som slutits av EU ska ges företräde framför unionens egna rättsakter.¹³⁶ Vidare är utgångspunkten i en multilateral traktat att alla avtalsparter är jämlika. Detta gäller oavsett om EU och dess medlemsstater sinsemellan kommit överens om att överlåta befogenheten inom vissa frågor till EU.¹³⁷ Det står däremot parterna fritt att avvika från denna utgångspunkt genom att avtala om att vissa bestämmelser i en traktat inte ska gälla i ett särskilt förhållande mellan vissa parter – till exempel att art. 26 ECT inte ska gälla i ett EU-internt förhållande. Ett avsteg från denna utgångspunkt kräver dock att det står klart att det också varit parternas avsikt genom en s.k. frånskiljningsklausul.¹³⁸

I skiljenämndspraxis har EU-kommissionen och respektive medlemsstat systematiskt hävdats att ECT skulle innehålla en sådan frånskiljningsklausul som diskuteras ovan, vilket i sin tur på ett lika systematiskt sätt underkänts av samtliga skiljenämnder.¹³⁹ Enligt min mening finns det goda skäl för dessa underkännanden. För det första finns det inget stöd i ECT:s ordalydelse för att det föreläggat en avsikt från vare sig EU eller dess medlemsstater att EU-interna investeringstvister skulle vara exkluderade från ECT:s tillämpningsområde. För det andra innehåller art. 16 ECT en frånskiljningsklausul som behandlar relationen mellan ECT och Svalbardstraktaten:

In the event of a conflict between [the Svalbard Treaty] and the [ECT], the treaty concerning [Svalbard] shall prevail [...]. In the event of such conflict or a dispute as to whether there is such conflict or as to its extent, Article 16 and Part V of the [ECT] shall not apply.¹⁴⁰

¹³⁵ EU-domstolens yttrande 2/13, p. 180.

¹³⁶ Mål C-366/10, *Air Transportation*, p. 50 och mål C-266/16, *Western Sahara*, p. 47.

¹³⁷ Alvarez, s. 562 f. och Dörr och Schmalenbach, s. 488.

¹³⁸ Dörr och Schmalenbach, s. 488. På engelska, ”disconnection-clause”.

¹³⁹ Se bland annat *Watkins mot Spanien*, *Award*, ICSID Case. No. ARB/15/44, p. 199–202 med hänvisning till *RREEF mot Spanien*, *Decision on jurisdiction*, Case No. ARB/13/30 och mål C-266/16, *Western Sahara*, p. 52–85.

¹⁴⁰ Art. 16 ECT.

Det framstår som minst sagt märkligt om en EU-intern frånskiljningsklausul vid upprättandet av ECT helt enkelt glömdes bort samtidigt som en sådan klausul skrevs in avseende Svalbardstraktaten.¹⁴¹ Det faktum att det under ECT:s avtalsförhandlingar framhölls av EU att avtalet skulle ges verkan i en EU-intern kontext, men att det trots detta inte skrevs in i ECT, stödjer slutsatsen att frånvaron av en uttrycklig frånskiljningsklausul talar för att man inte ”glömt bort” att skriva till den, utan helt enkelt att man valde att inte inkludera en sådan klausul.¹⁴² Det saknas därmed skäl för att avvika från huvudregeln; parterna till ECT är jämlika och traktatens innehåll ska inte ges en särskild innebörd i en EU-intern kontext.

3.3.3 EU-rättens företräde i egenskap av *lex posterior*

En tredje väg att gå vore att hävda att EU-rätten ska ges företräde enligt *lex posterior*-regeln i art. 30(4) Wienkonventionen.¹⁴³ Artikelns syfte på tillämpningen av successiva traktater rörande samma *subject-matter* och stadgar i relevanta delar att:

1. De rättigheter och förpliktelser som tillkommer stater och internationella organisationer som är parter i successiva traktater rörande samma [*subject-matter*] skall avgöras i enlighet med följande bestämmelser. [...] 3. När alla parter i den tidigare traktaten också är parter i den senare traktaten, men den tidigare traktaten ej upphört eller suspenderats enligt artikel 59, äger den tidigare traktaten tillämpning endast i den utsträckning som dess bestämmelser är förenliga med den senare traktatens bestämmelser. 4. När inte alla parterna i den tidigare traktaten är parter i den senare traktaten, a) gäller i förhållandet mellan två parter som var och en är part i båda traktaterna samma regel som enligt punkt 3.

Eftersom nästan hälften av EU:s medlemsstater anslutit sig till EU *efter* ECT skulle det alltså innebära att EU-fördragen har företräde framför ECT i dessa fall.¹⁴⁴ Även denna invändning har dock blivit systematiskt avfärdad av skiljenämnder eftersom tillämpningen av art. 30 Wienkonventionen förutsätter att EU-fördragen och ECT reglerar

¹⁴¹ Bjorge, s. 9 f.

¹⁴² European Energy Charter, Note from the Secretariat, 12 augusti 1992, s. 84, p. 27.18. Se även *Antin mot Spanien*, *Award*, ICSID Case No. ARB/13/31, p. 217 (a).

¹⁴³ Se till exempel Spaniens invändning i *BayWa mot Spanien*, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/16, p. 272.

¹⁴⁴ De medlemsstater som anslutit sig till EU *efter* det att ECT trätt i kraft är: Bulgarien, Kroatien, Cypern, Tjeckien, Estland, Ungern, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Rumänien, Slovakien och Slovenien. Jfr respektive stat under <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/> och https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en#tab-0-1 (senast hämtade 8/1/2020).

samma *subject-matter*. Skiljenämnderna har i denna del jämfört det investeringskydd som tillhandahålls i ECT med det skydd som EU-fördragen erbjuder och därvid kommit fram till att de inte täcker samma *subject-matter*, varpå ingen konflikt mellan dessa föreligger. Enligt vissa författare har skiljenämndernas bedömningar i detta avseende varit alltför ”formalistiska”.¹⁴⁵

För egen del vill jag hävda att det finns goda skäl för att ECT och EU-fördragen inte bör anses täcka samma *subject-matter*. Skillnaderna mellan de båda kan med fördel delas in i *materiella* och *processuella* skillnader. Vad avser de materiella är bestämmelserna i ECT om rätten till rättvis och skälig behandling i art. 10 ECT samt skyddet mot expropriation i art. 13 ECT av särskilt intresse.¹⁴⁶ Rätten till rättvis och skälig behandling är troligtvis den enda bestämmelsen i investeringskyddsavtal vars förenlighet med EU-rätten det råder konsensus om, eftersom det inte finns någon motsvarande rätt enligt EU-fördragen.¹⁴⁷ I skiljenämndspraxis har rättighetens innehåll närmare preciserats till att innehålla principer om god tro, berättigade förväntningar, rättvis domstolsprocess och proportionalitet.¹⁴⁸ Många av dessa principer är förvisso även kodifierade i EU-rätten.¹⁴⁹ Men även här föreligger en viktig skillnad i framförallt två avseenden. För det första är rättighetsskyddet i EU-stadgan endast tillämplig när en medlemsstat tillämpar EU-rätten.¹⁵⁰ Mot detta får dock sägas att EU-domstolen har satt ribban relativt lågt för när en medlemsstat ska anses tillämpa EU-rätt.¹⁵¹ Det betyder däremot inte att det för den sakens skull är säkert att det aldrig uppkommer situationer där medlemsstater inte anses tillämpa EU-rätt.¹⁵² För det andra är de EU-rättsliga principerna föremål för särskilda begränsningar. Till exempel förutsätter principen om berättigade förväntningar

¹⁴⁵ Burkhard, s. 126: ”Based on this rather formalistic approach, usually the objection to jurisdiction has been rejected.” Detta uttalande gjordes emellertid i anslutning till en diskussion om bedömningen av samma *subject-matter* mellan BIT:s och EU-fördragen. Eftersom investeringskyddet i ECT återspeglar det som tillhandahålls i BIT:s har skiljenämnderna kommit att göra samma bedömning av samma *subject-matter* i såväl ECT-förfaranden som i BIT-förfaranden. Se *BayWa mot Spanien, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/16, p. 271 och Iacob och Cirlig, s. 73.

¹⁴⁶ På engelska, ”the right to fair and equitable protection” och ”the right to protection against expropriation”. Se art. 10 och 13 ECT och Alvarez, s. 575.

¹⁴⁷ Alvarez, s. 575.

¹⁴⁸ Hobér, s. 157 med hänvisning till skiljenämndspraxis.

¹⁴⁹ Se till exempel mål C-265/85, *Van den Bergh*, p. 44 om principen om berättigade förväntningar.

¹⁵⁰ Nagy (2018), s. 998.

¹⁵¹ Mål C-617/10, *Åkerberg Fransson*, p. 17–29. Se även Nagy (2018), s. 998 och Witte, s. 532 f.

¹⁵² Se till exempel mål C-206/13, *Siragusa*, p. 30–33.

att (i) en EU-institution lämnat tydliga och precisa försäkringar, (ii) dessa försäkringar väckt befogade förväntningar, och (iii) de lämnade försäkringarna är förenliga med tillämplig lag.¹⁵³ Några sådana begränsningar gör sig inte gällande för skyddet i ECT. Vad gäller det EU-rättsliga skyddet mot expropriation finns inga direkta bestämmelser som reglerar rätten till kompensation vid expropriation. Det beror på att det inte finns någon EU-lagstiftning som kan påtvinga en medlemsstat särskilda bestämmelser avseende dess egendomsordning eftersom det är en fråga som ligger utanför EU:s befogenhet.¹⁵⁴

Vad beträffar de processuella skillnaderna mellan ECT och EU-rätten finns det framförallt två märkbara skillnader. För det första är rättighetsskyddet i EU-stadgan endast tillämpligt i de fall en medlemsstat tillämpar EU-rätt till skillnad från ECT:s skyddsbestämmelser vilka är ”förutsättningslöst” tillämpliga. Den andra skillnaden är investerares rätt att påkalla skiljeförfarande mot en avtalsbrytande stat i enlighet med art. 26 ECT. En sådan rätt för investerare existerar inte under EU-rätten.¹⁵⁵ Rätten till skiljeförfarande har till och med framhållits som den viktigaste bestämmelsen i investeringsskyddsavtal eftersom den undandrar tvisten från den avtalsbrytande statens egna nationella domstolar, och på så sätt undanröjer tvivel om domstolars oberoende.¹⁵⁶ Att skiljeklausuler i internationella avtal har en central roll i investeringsskyddsavtal har även bekräftats av EU-domstolen i dess yttrande avseende ett frihandelsavtal med Singapore i vilket den uttalat att skiljeförfarande som tvistlösningssystem ”inte [kan] vara av ren stödkaraktär”.¹⁵⁷

Sammanfattningsvis står det klart att såväl ECT:s materiella som processuella skydd skiljer sig från det skydd som tillhandahålls genom EU-rätten. ECT:s materiella bestämmelser har dels ett bredare tillämpningsområde, dels är de inte underkastade

¹⁵³ Förenade målen T-427/04 och T-17/05, *France Télécom*, p. 259–261.

¹⁵⁴ Detta följer av art. 345 FEUF. Se även mål C-309/96, *Annibaldi*, p. 23–24 och Alvarez, s. 576 f.

¹⁵⁵ *Belenergia mot Italien, Award*, ICSID Case No. ARB/15/40, p. 317.

¹⁵⁶ Dolzer och Schreuer, s. 235. Se även generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-284/16, *Achmea*, p. 208: ”[det är] föga förvånande att en investerares rätt att tillgripa ett internationellt skiljeförfarande inom den internationella investeringsrätten har erkänts som den viktigaste bestämmelsen i BIT, eftersom den, utöver det processuella innehållet, även i sig utgör en garanti som främjar och skyddar investeringar.” Uttalandet kan likväl appliceras på ECT som på BIT:s.

¹⁵⁷ EU-domstolens yttrande 2/15, p. 292.

några begränsningar som de EU-rättsliga reglerna är. EU-rätten erbjuder inte heller investerare möjligheten att slita tvister inom ramen för ett internationellt skiljeförfarande, vilket får sägas vara den enskilt viktigaste bestämmelsen i ECT. Skiljenämndernas bedömningar av samma *subject-matter* i art. 30 Wienkonventionen framstår alltså knappast som ”formalistiska”. Tvärtom har undersökningen visat att det finns goda skäl för deras bedömningar.

Även för det fall begreppet samma *subject-matter* skulle tolkas mer extensivt än vad som gjorts i analysen ovan skulle resultatet bli detsamma. Det beror på att *lex posterior*-regeln i art. 30 Wienkonventionen är subsidiär i förhållande till *lex specialis*.¹⁵⁸ Eftersom såväl art. 16 ECT som art. 351 FEUF är *lex specialis*-bestämmelser uppstår frågan om vilken av dessa två artiklar som bör ges företräde framför den andra. Som redan framgått kan den senare inte tillämpas i en EU-intern kontext eftersom den tar sikte på förhållandet mellan medlemsstater och tredjeland vilket får till följd att art. 16 ECT ges företräde.¹⁵⁹ ECT trumfar med andra ord EU-rätten även för det fall ECT och EU-fördragen anses täcka samma *subject-matter*.

3.3.4 EU-fördragen som en modifiering av ECT

En fjärde möjlighet vore att betrakta medlemsstaternas anslutning till EU som en modifiering av ECT enligt art. 41 Wienkonventionen som rör ”överenskommelser om modifikation av multilaterala traktater endast mellan vissa av parterna”.¹⁶⁰ Till skillnad från art. 30 Wienkonventionen förutsätter nämligen art. 41 inte att ECT och EU-fördragen har samma *subject-matter*. Art. 41 Wienkonventionen stadgar att:

1. Två eller flera parter i en multilateral traktat kan ingå en överenskommelse avsedd att modifiera traktaten endast dem emellan, om [...] b) traktaten inte förbjuder modifikationen i fråga och denna, [...] ii) ej berör en bestämmelse från vilken en avvikelse är *oförenlig med det effektiva förverkligandet av traktatens ändamål och*

¹⁵⁸ Detta följer av art. 30(2) Wienkonventionen vilken lyder: ”När en traktat anger att den gäller med förbehåll för [...] skall denna andra traktats bestämmelser ha företräde”. Se även Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 217 och Dörr och Schmalenbach, s. 540.

¹⁵⁹ Se ovan avsnitt 3.2.2 not 112.

¹⁶⁰ Bland annat har Spanien försökt nå framgång genom denna argumentationslinje. Se BayWa mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/16, p. 274.

syfte som helhet. 2. Såvida inte traktaten i ett fall som omfattas av punkt 1 a) föreskriver annat, skall parterna i fråga underrätta de övriga parterna om sin avsikt att ingå överenskommelsen och om den modifikationen av traktaten som överenskommelsen innebär.¹⁶¹

Vid en första anblick kan artikeln framstå som ett lämpligt verktyg för att ge EU-rätten företräde framför ECT eftersom art. 42 ECT (vilken reglerar ändringar av ECT) inte uttryckligen nämner något förbud mot modifikationer. Emellertid brister detta resonemang på tre grunder. För det första är det möjligt att en sådan EU-intern modifikation skulle äventyra ”det effektiva förverkligandet av traktatens ändamål och syfte som helhet” enligt art. 41(1)(ii) Wienkonventionen.¹⁶² Det beror på att ett av ECT:s huvudsyften är att tillhandahålla investerare en effektiv och opartisk tvistlösningsmetod genom skiljeförfarande,¹⁶³ vilket inte längre skulle vara möjligt i en EU-intern kontext. För det andra hindrar troligtvis art. 16 ECT en sådan EU-intern modifikation.¹⁶⁴ Enligt art. 16 ECT får nämligen ingen annan bestämmelse i en tidigare eller senare traktat mellan två eller flera avtalsparter begränsa rätten till tvistlösning enligt art. 26 ECT.¹⁶⁵ För det tredje kräver art. 41(2) Wienkonventionen att parterna (EU och dess medlemsstater) ska ha underrättat övriga parter till ECT om sin avsikt att modifiera ECT till följd av respektive stats anslutning till EU. Det finns, såvitt jag känner till, inget dokumenterat stöd för att varken EU eller dess medlemsstater har underrättat ECT:s sekretariat att medlemsstaternas anslutning till EU skulle ha modifierat ECT enligt art. 41 Wienkonventionen.

3.4 Sammanfattande slutsatser

Av föregående avsnittet har det framgått att tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT med största sannolikhet är oförenlig med EU-rätten ur ett EU-rättsligt perspektiv.¹⁶⁶ Vad

¹⁶¹ Min kursivering.

¹⁶² BayWa mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/16, p. 276–280.

¹⁶³ Hobér, s. 162–164.

¹⁶⁴ Arif, s. 167.

¹⁶⁵ Art. 16(2) ECT stadgar att: ”nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty”.

¹⁶⁶ Det slutliga svaret på den frågan får vi den dagen EU-domstolen får möjligheten att ta ställning till den. Jfr Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 356.

detta avsnitt påvisat är emellertid att samma fråga får ett annat svar ur ett folkrättsligt perspektiv. Enligt skiljenämnderna i de tvister som ovan redogjorts för föreligger ingen folkrättslig konflikt mellan EU-rätten och ECT, varför vi nu ser ett fortskridande av EU-interna investeringstvister som om *Achmea* aldrig satts på pränt. I stället har skiljenämnder i dess bedömningar avseende den EU-interna behörighetsinvändningen kommit att starkt förlita sig på varandra vilket resulterat i en slags ”snöbollseffekt”.¹⁶⁷ Enligt vissa författare har skiljenämnderna på så sätt misslyckats med att beakta all relevant fakta i det enskilda fallet och i stället tagit den enkla vägen genom att sätta sin tillit till andra nämnders bedömningar.¹⁶⁸

Det är inte särskilt svårt att hålla med om att man kan tala om en sådan snöbollseffekt. Däremot är det betydligt svårare att instämma i att det inte skulle finnas goda skäl för skiljenämndernas behörighetsbedömningar. Tvärtom har undersökningen ovan visat att det är en svår uppgift att konstruera en oförenlighet mellan EU-rätten och ECT ur ett folkrättsligt perspektiv. De möjligheter som står till buds att göra så – till exempel genom att ”tolka”¹⁶⁹ art. 26 ECT så att den inte skulle avse EU-interna förhållanden – skulle leda till resultat vilka, för att låna skiljenämndens uttryck i målet mellan Hydro Energys och Spanien, ”would make no sense”.¹⁷⁰ Den slutsats som kan dras utifrån vad som ovan anförts är att det ur ett folkrättsligt perspektiv inte föreligger någon oförenlighet mellan EU-rätten och ECT.

¹⁶⁷ Se bland annat Foresight mot Spanien, *Final Award*, SCC Arbitration V (2015/150), p. 221. Om denna snöbollseffekt, se vidare Gáspár-Szilágyi och Usynin, s. 39 f.

¹⁶⁸ Hindelang och Krajewski, s. 202: ”[M]any tribunals have not approached interpretation as a single combined operation during which all legally relevant aspects are to be considered. Instead, they have strongly relied on previous awards to explain why a particular interpretation applies.”

¹⁶⁹ En sådan ”tolkning” skulle i praktiken snarare innebära en omskrivning av bestämmelsen.

¹⁷⁰ Hydro Energy, *Decision on jurisdiction liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/42, p. 470.

4 *Achmea*-domens påverkan på ECT

4.1 *Achmea* och ECT ur ett folkrättsligt perspektiv, igen?

Av undersökningen ovan har det framgått att det ur ett folkrättsligt perspektiv inte föreligger någon oförenlighet mellan tvistlösningsmekanismen i ECT och EU-rätten samtidigt som det motsatta gäller ur ett EU-rättsligt perspektiv. Medan det föregående avsnittet har belyst tvistlösningsmekanismen i ECT ur ett mer allmänt folkrättsligt perspektiv ligger i stället fokus i detta avsnitt mer specifikt på hur *Achmea* kan påverka EU-interna investeringstvister under ECT. *Achmeas* eventuella påverkan i nu angivet avseende väcker frågor av mer principiell karaktär såsom vilken betydelse EU-domstolens rättspraxis har för skiljedomstolar konstituerade under ECT samt vilken betydelse den EU-rättsliga autonomi har för internationella avtal likt ECT.

4.2 Kan en skiljenämnd komma att tolka och tillämpa EU-rätt?

Som framgått ovan har jag för egen del svårt att instämma i den kritik som riktats mot skiljenämnderna för att allt för lättvindigt ha följt tidigare skiljenämndspraxis i samband med behörighetsprövningen.¹⁷¹ Vad skiljenämnderna däremot kan kritiserats för är för att ha undvikit att ta ställning till frågan vad det skulle innebära för dess behörighet om EU-rätten inte enbart var internationell rätt utan även *tillämplig* internationell rätt. I *Achmea* uttalade EU-domstolen att själva kärnan i problemet var att en skiljenämnd kunde ”komma att tolka och till och med tillämpa unionsrätten”.¹⁷² EU-domstolen upprättade ingen dikotomi mellan behörighetsprövningen och den materiella prövningen. Tvärtom tycks domstolen ha gett lokutionen en vidsträckt innebörd som tyder på att det närmast räcker med en hypotetisk risk för att en skiljenämnd kan komma att tolka eller tillämpa EU-rätt för att en EU-rättslig oförenlighet ska vara för handen.¹⁷³ Med andra ord finns det inget i *Achmea* som pekar på att det skulle spela någon avgörande roll i vilken del av skiljedomen som EU-rätten smyger sig in.

¹⁷¹ Se ovan avsnitt 3.4.

¹⁷² Mål C-284/16, *Achmea*, p. 42.

¹⁷³ Gáspár-Szilágyi, s. 370 och Hillebrand Pohl, s. 778.

Av *Achmea* framgår att en tvistlösningsmekanism i ett internationellt avtal är oförenlig med EU-rätten om samtliga av följande tre kriterier är uppfyllda:

- 1) skiljenämnden kan komma att tolka och till och med tillämpa EU-rätt,
- 2) skiljenämnden är ingen ”domstol” enligt art. 267 FEUF, och
- 3) skiljedomen är endast föremål för en begränsad prövning av nationella domstolar.

Att en skiljenämnd under ECT inte är någon domstol enligt art. 267 FEUF och att skiljedomen är föremål för en begränsad prövning står klart. Men kan en skiljenämnd komma att tolka och tillämpa EU-rätt? I investeringstvister har skiljenämnder genomgående hävdats att så inte är fallet, utan att de enbart har att pröva huruvida en viss åtgärd inneburit en överträdelse av ECT vilket sker med utgångspunkt i folkrätten såsom den kodifierats i Wienkonventionen.¹⁷⁴ EU-rätten får därför endast betydelse som sakomständighet (”matters of fact”), och inte som tillämplig rätt (”matters of law”). Det innebär att en skiljenämnd har att följa den gällande tolkningen av en EU-rättslig bestämmelse som gjorts av de domstolar som har att tolka och tillämpa EU-rätt, nämligen medlemsstaternas domstolar och i slutändan EU-domstolen.¹⁷⁵ Frågan är dock om det faktum att EU-rätten endast får betydelse som sakomständighet i en investeringstvist räcker för att en skiljenämnd inte ska anses tolka och tillämpa EU-rätt. Jag vill hävda att så inte är fallet.

EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen beretts tillfälle att uttala sig om EU-rättens förenlighet med upprättandet av domstolar genom internationella avtal.¹⁷⁶ Som utgångspunkt har det konsekvent framhållits att upprättandet av sådana domstolar genom ett internationellt avtal vars uppgift är att tolka *avtalets* bestämmelser – vars avgörande är bindande för institutionerna, inbegripet EU-domstolen – i princip *inte* är oförenligt med

¹⁷⁴ Electrabel mot Ungern, *Decision on jurisdiction, applicable law and liability*, ICSID Case No. ARB/07/19, p. 4.127. Se vidare, Hallberg och Östlund (2018), s. 845, Pinna, s. 10, Verburg och Lavranos, s. 211 och Witte, s. 485.

¹⁷⁵ Jfr EU-domstolens yttrande 1/17, p. 130.

¹⁷⁶ Art. 218(11) FEUF stadgar att EU-domstolen vid begäran får yttra sig om huruvida ett planerat avtal är förenligt med EU-fördragen. Om domstolen finner att så inte är fallet kan avtalet inte träda i kraft såvida inte avtalet eller fördragen ändras.

EU-rätten.¹⁷⁷ Det förutsätter emellertid att avtalet om upprättande av en ny domstol inte påverkar EU-domstolens karaktär och på så sätt äventyrar den EU-rättsliga autonomi.¹⁷⁸ I yttrande 1/09 om upprättandet av ett enhetligt system för patenttvister framhöll EU-domstolen att det enligt avtalsutkastet framgick att den tilltänkta patentdomstolen inte enbart var behörig att tolka avtalets bestämmelser, utan även EU-rätten.¹⁷⁹ Eftersom patentdomstolen skulle vara placerad utanför såväl EU:s institutionella ram som ramen för unionens domstolar skulle EU-domstolen vara fråntagen dess behörighet att besvara frågor om EU-rättens tolkning genom institutet för förhandsavgörande.¹⁸⁰ Avtalet ansågs därför utgöra en risk för bibehållandet av unionsrättens karaktär och bedömdes på grund av detta vara oförenligt med EU-fördragen. EU-domstolen fann även i dess yttrande 2/13 avseende EU:s anslutning till Europakonventionen att det tilltänkta avtalet var oförenligt med EU-fördragen på i stort sett samma grunder som i det tidigare yttrandet. Enligt det planerade avtalet skulle Europadomstolen nämligen ges möjligheten att pröva giltigheten av EU-rättsliga bestämmelser i både primär- och sekundär-rätten.¹⁸¹ Mot bakgrund av att det är en uppgift som ankommer på EU-domstolen att slutgiltigt tolka EU-rätten bedömdes avtalet utgöra en risk för unionens autonomi.¹⁸²

EU-domstolen kom däremot fram till en motsatt slutsats i dess yttrande 1/17 angående förenligheten mellan EU-fördragen och CETA, vilket är ett handelsavtal mellan Kanada å ena sidan, och EU och dess medlemsstater å andra sidan. EU-domstolen fann att den tvistlösningsmekanism som stadgades i CETA mellan investerare och stater inte var oförenlig med EU-rätten.¹⁸³ Vad skiljer då detta avtal från de två tidigare? Det avgörande tycks ha varit att CETA-avtalet innehöll en explicit bestämmelse som stadgade ett uttryckligt förbud för de tilltänkta domstolarna att tolka och tillämpa EU-rätten. Av art. 8.31(2) CETA följer att:

Tribunalen ska inte vara behörig att fastställa om en åtgärd, som påstås utgöra en överträdelse av detta avtal, är laglig i enlighet med en parts inhemska rätt. För

¹⁷⁷ EU-domstolens yttrande 1/09, p. 74, yttrande 2/13, p. 182, yttrande 1/17, p. 106 och mål C-284/16, *Achmea*, p. 57.

¹⁷⁸ EU-domstolens yttrande 1/09, p. 76.

¹⁷⁹ EU-domstolens yttrande 1/09, p. 73 och 78.

¹⁸⁰ EU-domstolens yttrande 1/09, p. 89.

¹⁸¹ EU-domstolens yttrande 2/13, p. 239–242.

¹⁸² EU-domstolens yttrande 2/13, p. 246.

¹⁸³ EU-domstolens yttrande 1/17, p. 245.

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.

Här kan man argumentera på två sätt. Det ena sättet är att tolka EU-domstolens yttrande mot bakgrund av nämnda artikel som att det räcker att EU-rätten endast beaktas i egenskap av sakomständighet för att en skiljenämnd inte ska anses ”tolka och tillämpa EU-rätt”. Det andra sättet att se på saken är att det krävs ett uttryckligt förbud mot att beakta EU-rätt som tillämplig rätt. Om man härvid väljer det förstnämnda synsättet skulle man kunna argumentera för att EU-interna investeringstvister under ECT skulle vara förenliga med EU-domstolens yttrande eftersom de nämnder som har att avgöra dessa tvister endast beaktar EU-rätten som en sakomständighet.¹⁸⁴ Däremot skulle det andra synsättet leda till det motsatta eftersom ECT inte innehåller någon bestämmelse likt art. 8.31(2) CETA.

Enligt min mening har det andra synsättet mest fog för sig. Detta baseras på att EU-domstolen systematiskt understrukit att ”ett internationellt avtal endast får påverka domstolens egna befogenheter om *de väsentliga förutsättningarna är uppfyllda* för att de ska bibehålla sin karaktär och *att autonomi hos unionens rättsordning således inte äventyras*”.¹⁸⁵ För det första är det osannolikt att EU-domstolen skulle nöja sig med att ta skiljenämndernas påståenden om att de aldrig skulle beakta EU-rätten som tillämplig rätt till intäkt för att de ”väsentliga förutsättningarna” skulle vara uppfyllda. För det andra är det inte heller säkert att det i alla lägen går att dra en skarp gräns för när EU-rätt beaktas i egenskap av sakomständighet eller som tillämplig rätt.¹⁸⁶ För det tredje kan det uppstå situationer i vilka en skiljenämnd har att beakta EU-rätt som en sakomständighet men där EU-domstolen ännu inte uttalat sig om hur en viss EU-rättsligt bestämmelse ska tolkas. I ett sådant läge hamnar en skiljenämnd oundvikligen i en position där den måste tolka EU-rätten. Det bör därför krävas ett uttryckligt förbud för skiljenämnderna att betrakta EU-rätten som tillämplig rätt för att de ”väsentliga förutsättningarna” ska vara uppfyllda. Eftersom ECT inte innehåller någon sådan

¹⁸⁴ Electrabel mot Ungern, *Decision on jurisdiction, applicable law and liability*, ICSID Case No. ARB/07/19, p. 4.127 och Verburg och Lavranos, s. 211.

¹⁸⁵ EU-domstolens yttrande 2/13, p. 183 med hänvisningar. Min kursivering.

¹⁸⁶ Lavranos, s. 235.

bestämmelse är det därför högst sannolikt att EU-domstolen skulle anse att ECT vore oförenlig med EU-rätten.

4.3 Oförenlighet på ett EU-rättsligt plan – vad spelar det för roll?

Skiljenämnder har hittills varit försiktiga med att dra allt för långtgående slutsatser av *Achmea*. Det finns de nämnder som på ett självsäkert sätt tolkat det faktum att EU-domstolen valde att inte referera till ECT som att det står klart att *Achmea*-doktrinen inte kan appliceras på EU-interna investeringstvister under ECT.¹⁸⁷ Andra har i stället varit mer återhållsamma genom att framhålla att det är oklart huruvida *Achmea* även tar sikte på ECT och att det inte är en uppgift för en skiljenämnd att tolka domen extensivt på ett sätt som inte har tydligt stöd i domskälen.¹⁸⁸ Det finns även en tredje kategori av skiljenämnder som gått längre än de andra genom att konstruera en slags ”möjlig och sannolik” oförenlighet mellan art. 26 ECT och EU-fördragen baserad på bland annat EU-domstolens yttrande 1/09.¹⁸⁹ Som framgått är jag för egen del villig att gå än längre mot bakgrund av resonemanget ovan kopplat till EU-domstolens yttrande i CETA-frågan. Med vad spelar det för roll om EU-domstolen skulle anse att EU-rätten är oförenlig med ECT? Som vi sett under avsnitt 3 är det närmast en omöjlig uppgift att ge EU-rätten företräde framför ECT enligt folkrätten även om en oförenlighet mellan de två föreligger.¹⁹⁰ Detta väcker frågan om hur EU-rätten förhåller sig till ECT och vice versa. Kan utvecklingar inom EU-rätten över huvud taget påverka ECT?

EU-rättens autonomi är en sedan länge fastslagen princip inom unionen som gäller i förhållande till såväl medlemsstaternas respektive rättsordningar som till folkrätten.¹⁹¹ Med andra ord kan man tala om en intern respektive extern sida av den EU-rättsliga autonomi. Den interna tar sikte på förhållandet mellan EU och dess medlemsstater,

¹⁸⁷ Masdar mot Spanien, *Award*, ICSID Case No. ARB/14/1, p. 682: ”The *Achmea* Judgment is simply silent on the subject of the ECT.”

¹⁸⁸ Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 164: ”It is not for this Tribunal to extrapolate from the ECJ Judgment and declare a new rule of international law which is not clearly stated therein”.

¹⁸⁹ Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, ICSID Case No. ARB/15/34, p. 356.

¹⁹⁰ Se särskilt ovan avsnitt 3.3.3 avseende bedömningen av samma *subject-matter* i art. 30 Wienkonventionen.

¹⁹¹ EU-domstolens yttrande 2/13, p. 170.

medan den externa rör förhållandet mellan EU och folkrätten.¹⁹² Det externa elementet av den EU-rättsliga autonomi har kärnfullt beskrivits på följande sätt av generaladvokat Maduro i hans förslag till avgörande i Kadi I:

[T]rots att [EU-domstolen] är mycket mån om att se till att de skyldigheter som åvilar gemenskapen enligt folkrätten uppfylls, först och främst strävar efter att upprätthålla den konstitutionella ram som inrättades genom fördraget. Det skulle således vara fel att dra slutsatsen att om gemenskapen är bunden av en folkrättslig regel är gemenskapsdomstolarna tvungna att underkasta sig nämnda regel med fullständig eftergivenhet och tillämpa den villkorslöst inom gemenskapens rättsordning. Förhållandet mellan folkrätten och gemenskapens rättsordning styrs av gemenskapens rättsordning, och folkrätten kan endast tränga igenom den rättsordning på de villkor som följer av gemenskapens konstitutionella principer.¹⁹³

EU-domstolen följde sedan upp detta genom att i samma mål konstatera att: "[e]tt internationellt avtal kan inte inkräkta på den behörighetsordning som slagits fast i fördragen och därmed på autonomi hos gemenskapens rättsordning, vilken domstolen har att säkerställa med stöd av sin exklusiva behörighet enligt [art. 19 FEU]".¹⁹⁴ Det externa elementet av EU-rättens autonomi utgör alltså ett hinder för internationella avtal att inkräkta på EU:s konstitutionella ram. Som kronan på verket har EU-domstolen konsekvent framhållit att det genom EU-fördragen, till skillnad från vad som gäller vid vanliga internationella fördrag, har införts en ny rättsordning.¹⁹⁵ Denna rättsordning av *sui generis*-karaktär kan dock inte på något sätt innebära att EU-rätten skulle trumfa folkrätten eftersom den enda formella normhierarkin som erkänns inom den senare är den om *jus cogens* överordnande ställning.¹⁹⁶

EU är själv part till ECT och är därmed bunden av avtalet vilket följer dels av EU-rättsliga bestämmelser, nämligen art. 216(2) FEUF, dels av art. 26 Wienkonventionen vilken kodifierar principen om *pacta sunt servanda*. Att EU-domstolen respekterar denna princip har tydligt stöd i domstolens egen rättspraxis. I *Western Sahara* uttalade

¹⁹² Vajda, s. 66.

¹⁹³ Generaladvokatens förslag till avgörande i de förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, *Kadi I*, p. 24.

¹⁹⁴ De förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, *Kadi I*, p. 282.

¹⁹⁵ EU-domstolens yttrande 1/09, p. 65 med hänvisning till mål C-26/62, *van Gend & Loos* och mål C-6/64, *Costa v ENEL*.

¹⁹⁶ RREEF mot Spanien, *Decision on jurisdiction*, ICSID Case No. ARB/13/30, p. 87: "EU law does not and cannot 'trump' public international law." Se vidare om frånvaron av normhierarki inom folkrätten, Binder, s. 967 not 9, Dörr och Schmalenbach, s. 540, och Witte, s. 553.

EU-domstolen att EU ”[e]nligt fast rättspraxis är [...] skyldig att utöva sin befogenhet med iakttagande av internationell rätt i sin helhet, inte enbart allmänna folkrättsliga regler och sedvanerättsliga regler och principer, utan även bestämmelserna i de internationella avtal som unionen är bunden av”.¹⁹⁷ EU och dess institutioner är inte enbart skyldiga att beakta internationella avtal likt ECT, utan är även bundna av avtalets bestämmelser på så sätt att de ska ges företräde framför EU:s egna rättsakter.¹⁹⁸ Det innebär att en utveckling inom EU-rätten inte under några omständigheter kan påverka eller ändra ECT så länge folkrätten inte erkänner att en sådan möjlighet existerar.¹⁹⁹ Tvärtom bedömer skiljenämnder under ECT sin egen behörighet enligt *kompetenz-kompetenz*-principen uteslutande på folkrättslig basis och är över huvud taget inte bunden av EU-domstolens praxis.²⁰⁰

Även om man laborerar med tanken att *Achmea*-doktrinen vore tillämplig på tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT skulle det alltså på sin höjd innebära att EU och dess medlemsstater har en skyldighet under EU-rätten att antingen lämna eller ändra ECT i enlighet med folkrätten – dvs. ECT och Wienkonventionen. EU-domstolen har själv uttalat att det är ostridigt att internationella avtal inte kan ändras ensidigt utan att avtalsförhandlingar mellan avtalsparterna inletts.²⁰¹

4.4 Så, vad gäller till följd av *Achmea*?

I ett försök att besvara uppsatsens första frågeställning kan följande konstateras. Tvistlösningsmekanismen i art. 26 ECT är, enligt min bedömning, oförenlig med EU-rätten ur ett EU-rättsligt perspektiv. Däremot föreligger ingen sådan oförenlighet ur ett folkrättsligt perspektiv. En annan fråga är om den EU-rättsliga oförenligheten kan sägas vara förkroppsligad genom *Achmea*. Det beror helt och hållet på hur villig man är att tänja prejudikatet. Vad som emellertid står klart efter analysen ovan i avsnitt 3–4 är att

¹⁹⁷ Mål C-266/16, *Western Sahara*, p. 47.

¹⁹⁸ Mål C-366/10, *Air Transportation*, p. 50 med hänvisning till de ovannämnda förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, *Kadi I*, p. 307.

¹⁹⁹ Arif, s. 161.

²⁰⁰ Eskosol mot Italien, *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. 184. Se även Kleinheisterkamp, s. 105, Lavranos, s. 257 f. och Pinna, s. 22.

²⁰¹ Mål C-211/01, *Kommissionen mot rådet*, p. 55.

Achmea inte har någon betydelse för en skiljenämnds behörighetsprövning i en EU-intern investeringstvist under ECT. Slutsatsen stöds dels av undersökningen ovan i avsnitt 3 som visat att det inte är möjligt att ge EU-rätten företräde framför ECT enligt folkrätten. Dels av förevarande avsnitt vari det konstaterats att utvecklingar inom EU-rätten – till exempel till följd av ny rättspraxis från EU-domstolen – helt enkelt inte kan ändra innehållet i ECT. Om EU och dess medlemsstater inte längre vill tillåta EU-interna investeringstvister under ECT står två alternativ till buds – antingen får de söka ändra eller lämna ECT.

Ministerrådet har under 2019 antagit förhandlingsdirektiv och gett EU-kommissionen mandat att inleda förhandlingar i syfte att modernisera ECT. En av målsättningarna är att ändra tvistlösningsmekanismen mellan stater och investerare så att den ”reflect[s] the EU approach in its investment protection agreements and the position taken by the EU in the ongoing multilateral reforms”.²⁰² Värt att notera är att om EU och dess medlemsstater skulle välja att lämna ECT till följd av misslyckade förhandlingar kommer de fortfarande att vara bundna av bestämmelserna i ECT i ytterligare 20 år från och med dagen för utträdet på grund av solnedgångsklausulen i art. 47(3) ECT.²⁰³

²⁰² Se <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/07/15/council-adopts-negotiation-directives-for-modernisation-of-energy-charter-treaty/>.

²⁰³ ”The provisions of this Treaty shall continue to apply [...] as of the date when that Contracting Party’s withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date.”

5 Verkställighetsproblematiken – kollisionen mellan EU-rättsliga och folkrättsliga åtaganden på nationell nivå

5.1 Inledande utgångspunkter

Som undersökningen ovan visat kan *Achmea* inte påverka skiljenämnders behörighet i EU-interna investeringstvister under ECT. Denna slutsats ligger nu till grund för analysen av verkställighetsfrågan i detta avsnitt som utgår från ett svenskt perspektiv.

5.2 Verkställande av ICSID-skiljedomar

Enligt 3 kap. 2 § UB kan utländska skiljedomar verkställas i den mån det framgår av särskilda föreskrifter. Vad gäller ICSID-skiljedomar verkställs dessa enligt ICSID-konventionens regler vilka implementerats i svensk rätt genom lag (1966:735) om erkännande och verkställighet av skiljedomar i vissa internationella investeringstvister. Av art. 53–54 ICSID-konventionen följer att:

Skiljedomens är bindande för parterna och *får icke bli föremål för överklagande eller annat rättsmedel vid sidan av dem som bestämts i denna konvention.*²⁰⁴

Avtalsslutande stat skall erkänna skiljedom, som meddelats i enlighet med denna konvention, som bindande och inom sitt område verkställa penningförpliktelser, som ålagts i skiljedomens, som om den vore en laga kraft ägande dom, meddelad av en domstol i den staten.²⁰⁵

Regeringen har i samband med implementeringen av nämnda lag bekräftat att "[n]ågon prövning av skiljedomens avses inte få ske vare sig i materiellt eller formellt avseende".²⁰⁶ Med andra ord finns det ingen möjlighet för varken Kronofogdemyndigheten eller svenska domstolar att över huvud taget pröva om verkställighet ska ske eller inte.²⁰⁷ Än mindre finns det något utrymme att ta hänsyn till de formella eller materiella

²⁰⁴ Art. 53 ICSID-konventionen. Min kursivering. Den enda möjligheten som står till buds enligt konventionen är att föra en ogiltighetstalan vilken prövas av en särskilt upprättad *ad hoc*-kommitté enligt art. 52(3) ICSID-konventionen.

²⁰⁵ Art. 54 ICSID-konventionen.

²⁰⁶ Prop. 1966:146, s. 11 f. Min kursivering.

²⁰⁷ Detta var även generaladvokat Wathelets ståndpunkt i *Achmea*. Se förslaget till avgörande i mål C-284/16, *Achmea*, p. 252: "Härav följer att det inte finns någon rättslig grund som möjliggör för de nationella domstolarna att kontrollera huruvida en skiljedom från ICSID är förenlig med

invändningar som svaranden i en verkställighetsprocess kan tänkas framföra.²⁰⁸ Tanken bakom ICSID-konventionens utformning är just att göra systemet för erkännande och verkställande av investeringstvister enklare genom att undanröja möjligheterna till verkställighetshinder.²⁰⁹ Skyldigheten att verkställa ICSID-skiljedomar utan att därvid beakta EU-rätt följer alltså av Sveriges folkrättsliga åtaganden.

Den vinnande parten kan söka verkställighet i flera konventionsstater samtidigt, något som också skett i praktiken.²¹⁰ Det beror med all sannolikhet på att en investerare har större chanser att verkställa en ICSID-skiljedom utom EU eftersom sådana domstolar inte har en lika EU-vänlig attityd. Med det sagt vill jag återigen poängtera att en myndighet eller domstol inom EU är förhindrad att beakta EU-rätt inom ramen för ett verkställighetsförfarande. Trots detta har nationella domstolar kommit att motsätta sig verkställighet just mot bakgrund av EU-rättsliga resonemang.²¹¹ Den enda fråga som en nationell domstol har att ta ställning till är den om domens äkthet vilket uttrycks på följande sätt av amerikanska domstolar:

A federal court is 'not permitted to examine an ICSID award's merits, its compliance with international law, or the ICSID tribunal's jurisdiction to render the award.' [...] Instead, *the court 'may do no more than examine the judgment's authenticity and enforce obligations imposed by the award.'*²¹²

Att en ICSID-skiljedom ska erkännas och verkställas som en svensk lagakraftvunnen dom innebär alltså inte att en domstol ska pröva verkställighetsinvändningar som om de hade riktats mot en svensk dom eftersom EU-rätt hade kunnat beaktas inom ramen för

unionsrätten." Det enda sättet att förhindra verkställighet är att begära uppskov enligt ICSID-konventionens föreskrifter, se lag (1966:735).

²⁰⁸ Wehland, s. 957 f.

²⁰⁹ Fouret, m.fl., s. 733: "Article 54(1) seeks to continue this theme by limiting the considerations that the enforcement jurisdiction court can take into account when reviewing the Award, a departure from the approach under the New York Convention."

²¹⁰ Dolzer och Schreuer, s. 310 och Fouret m.fl., s. 736. I skrivande stund har 155 stater tillträtt konventionen, se <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (senast hämtad 8/1/2020).

²¹¹ Se till exempel Nacka tingsrätts beslut i mål Ä 2550-17. Se även redogörelsen för hur rumänska domstolar hanterat förhållandet mellan ICSID-konventionen och EU-rätten i kommissionens beslut 2015/1470, *Micula*, p. 32–37. Se vidare, Fermeglia och Mistura, s. 45.

²¹² Memorandum Opinion of the United States District Court for the District of Colombia, 1 september 2019, s. 14. Min kursivering. https://jsumundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-memorandum-opinion-of-the-united-states-district-court-for-the-district-of-colombia-wednesday-11th-september-2019#decision_5499 (senast hämtad 8/1/2020).

en sådan prövning. Tvärtom har det klart stöd i förarbetena till den särskilda ICSID-lagen att reglerna i ICSID-konventionen innebär att varken materiella eller formella in-
vändningar får beaktas under verkställighetsskedet.²¹³

5.3 Utgör verkställandet av en ICSID-skiljedom otillåtet statsstöd?

I ett försök att motsätta sig fortskridandet av EU-interna investeringstvister har EU-kommissionen framhållit att verkställandet av skiljedomar utgör olagligt statsstöd. EU-kommissionen har i ett beslut bedömt att en utbetalning som vidtagits av Rumänien till följd av en ICSID-skiljedom utgjort ett nytt stöd vilket bedömdes vara oförenligt med art. 107–108 FEUF.²¹⁴ Beslutet har förvisso ogiltigförklarats av EU-tribunalen eftersom EU-kommissionens beslut delvis tog sikte på en tidsperiod före Rumániens anslutning till EU, vilket resulterade i att beslutet i dess helhet ogiltigförklarades.²¹⁵ EU-tribunalen behövde därför inte ta ställning till den materiella frågan om verkställandet var förenligt med EU:s regler om statsstöd eller inte. Domen har nu överklagats till EU-domstolen som troligtvis kommer att ta tillfället i akt att kommentera förhållandet mellan verkställandet av ICSID-skiljedomar och EU:s regler om statsstöd.²¹⁶

Enligt EU-domstolens tidigare rättspraxis har medlemsstaters utbetalningar av medel till följd av deras överträdelse av nationell rätt inte betraktats som statsstöd.²¹⁷ Denna situation är jämförbar med den där en medlemsstat har en skyldighet att betala ett skadestånd till följd av en överträdelse av ECT. Den enda skillnaden mellan dessa två är att skyldigheten att ersätta den skadelidande parten har sin grund i nationell lagstiftning i det ena fallet, och i ett internationellt avtal i det andra fallet. Om en medlemsstat enligt EU-rätten är tillåten att ersätta en skadelidande till följd av dess nationella bestämmelser är det svårt att se varför den inte skulle kunna göra detsamma till följd av en överträdelse av ECT.²¹⁸ Det står även en medlemsstat fritt att implementera

²¹³ Prop. 1966:146, s. 8.

²¹⁴ Se kommissionens beslut 2015/1470, *Micula*, p. 153.

²¹⁵ EU-tribunalens dom i de förenade målen T-624/15, T-694/15 och T-704/15, *Micula mot kommissionen*.

²¹⁶ Se överklagande ingett den 27 augusti 2019 av EU-kommissionen i mål C-638/19 P och Florou, s. 70 not 10.

²¹⁷ Mål C-61/79, *Denkavit*, p. 31 och de förenade målen C-106/87–120/87, *Asteris*, p. 23–24. Se även kommissionens beslut C 36/A/06, *ThyssenKrupp*, p. 70.

²¹⁸ Tietje och Wackernagel, s. 221.

bestämmelser i ett internationellt avtal i dess nationella lagstiftning. Om så sker bör EU-domstolens tidigare praxis till och med vara direkt tillämplig.²¹⁹ Det skulle innebära att verkställandet av en ICSID-skiljedom inte skulle utgöra otillåtet statsstöd eftersom ersättningen inte skulle kunna tillskrivas staten i den bemärkelse som avses i art. 107 FEUF. Det ska förvisso sägas att denna typ av argumentation underkändes av EU-kommissionen.²²⁰ Eftersom EU-kommissionens beslut nu ogiltigförklarats av EU-tribunalen och ligger i väntan på att avgöras av EU-domstolen är frågan emellertid fortfarande öppen. En belgisk domstol har även begärt ett förhandsavgörande som tar sikte på förhållandet mellan EU-rätten och ICSID-konventionen.²²¹

5.4 Förhållandet mellan EU-rätten och ICSID-konventionen

Som vi sett tillhandahåller ICSID-konventionen inget utrymme för att beakta EU-rätt inom ramen för ett verkställighetsförfarande. Trots detta har så felaktigt skett av nationella domstolar och myndigheter inom EU, och EU-domstolen kommer dessutom inom en snar framtid att säga sitt i frågan. Det framstår knappast som en vild gissning att anta att EU-domstolen kommer att ge dessa frågor det svar som passar EU bäst.²²² Problemet är dock att även om EU-domstolen skulle konstatera att verkställandet av ICSID-skiljedomar vore oförenligt med EU:s statsstödsregler så skulle det inte ha någon betydelse för innebörden av ICSID-konventionen. Till skillnad från New York-konventionen innehåller nämligen ICSID-konventionen inget utrymme för att hindra verkställighet med hänsyn till *ordre public*.²²³ Under avtalsförhandlingarna av ICSID-

²¹⁹ Mål C-61/79, *Denkavit*, p. 31 och de förenade målen C-106/87–120/87, *Asteris*, p. 23–24. Jfr mål T-351/02, *Deutsche Bahn*, p. 101–102 där EU-tribunalen ansåg att en förmån inte kunde tillskrivas staten eftersom den nationella lagstiftningen avsåg att implementera ett EU-direktiv.

²²⁰ Kommissionens beslut 2015/1470, *Micula*, p. 64. I korthet menade Rumänien att verkställandet av en ICSID-skiljedom var en ”automatisk och oavsiktlig konsekvens” till följd av Rumäniens skyldigheter enligt ICSID-konventionen, vilket därmed inte kan ”tillskrivas staten”.

²²¹ Mål C-333/19, *Romanian Air Traffic*.

²²² Se Koutrakos, s. 884, som uttryckt saken på följande sätt: ”CJEU – a court which is prepared to show deference of international law only in so far as it suits the strengthening of its own jurisdiction.”

²²³ Jfr art. 5(2)(b) New York-konventionen. Enligt denna artikel kan en konventionsstat underlåta att verkställa en skiljedom om verkställandet skulle strida mot grunderna för rättsordningen (”public policy”). Enligt EU-domstolens rättspraxis står det klart att EU-fördragets konkurrensrättsliga bestämmelser i art. 101–102 FEUF utgör sådana grundläggande bestämmelser. Se mål C-126/97, *Eco Swiss*, p. 35–39, mål C-295/04, *Manfredi*, p. 31 och mål C-168/05, *Mostaza Claro*, p. 34. Dessa mål avsåg förvisso inte art. 107–108 FEUF men det är sannolikt att även dessa konkurrensrättsliga bestämmelser utgör hinder för verkställighet, se Tietje och Wackernagel, s. 224.

konventionen uttrycktes saken på följande sätt under en diskussion kring huruvida en tredje stat, dvs. en stat som varken varit part i skiljeförfarandet eller hemstat för investeraren som varit part i skiljeförfarandet, kunde neka verkställighet med hänsyn till *ordre public*:

Paragraph (4), [...] which dealt with the exception of public policy, had been inspired by the fact that awards should also be enforceable in third States, but that several delegations felt that such third States should have an opportunity to refuse enforcement if such enforcement would violate their public policy. *On the other hand there seemed to be a fairly strong feeling that this right should not be given to the State party to the dispute or to the national State of the investor.*²²⁴

Denna fråga upptogs senare till omröstning där delegaterna röstade emot möjligheten att neka verkställighet. Frågan om *ordre public* kunde användas av stater som varit part eller varit investerarens hemviststat togs inte ens upp till prövning eftersom frågan redan ansågs vara avgjord.²²⁵

Att skiljedomen ska verkställas som en inhemsk lagakraftvunnen dom innebär alltså, som nämnts, inte att en domstol kan beakta EU-domstolens rättspraxis under verkställighetsskedet.²²⁶ Skrivningen innebär enbart att konventionsstaterna inte behöver tillhandahålla en viss form av verkställighet som inte redan existerar inom ramen för verkställandet av dess nationella domar.²²⁷ Det står alltså klart att ICSID-konventionen inte tillhandahåller en konventionsstat något utrymme för att hindra verkställandet av en ICSID-skiljedom med hänsyn till *ordre public*.²²⁸ En framtida dom från EU-domstolen kan inte ändra detta. Det är över huvud taget inte en uppgift som ankommer på EU-domstolen att avgöra vilka skyldigheter en medlemsstat har till följd av dess anslutning till ICSID-konventionen.²²⁹ En dom från EU-domstolen skulle alltså på sin höjd innebära att medlemsstaterna har en skyldighet under EU-rätten att frånträda ICSID-

²²⁴ Utdrag ur History of the ICSID Convention, volume II-2, s. 900 f. Min kursivering.

²²⁵ Utdrag ur History of the ICSID Convention, volume II-2, s. 990.

²²⁶ Så har felaktigt påståtts av Hallberg och Östlund (2018), s. 853.

²²⁷ Utdrag ur History of the ICSID Convention, volume II-2, s. 962 f.

²²⁸ Dolzer och Schreuer, s. 310 f. och Gáspár-Szilágyi, s. 372.

²²⁹ Florou, s. 85.

konventionen. EU-domstolens rättspraxis kan ändra innebörden av art. 54 ICSID-konventionen lika lite som den kan förändra innebörden av ECT.²³⁰

Det går alltså inte att komma ifrån det faktum att underlåtenheten att verkställa ICSID-skiljedomar utgör ett avtalsbrott mot ICSID-konventionen oaktat vilken betydelse det skulle ha ur ett EU-rättsligt perspektiv. Med det sagt vill jag samtidigt framhålla att nationella domstolar hamnat i en minst sagt bekymmersam sits. För egen del tror jag att nationella domstolars benägenhet att prioritera EU-rätten före ICSID-konventionen beror på att ICSID-konventionen inte är försedd med lika kraftiga sanktionsmöjligheter mot avtalsbrytande stater som EU-fördragen. Om en konventionsstat underlåter att fullgöra de skyldigheter som följer av ICSID-konventionen kan en annan konventionsstat väcka talan mot denna vid Internationella domstolen i enlighet med art. 64 ICSID-konventionen. Bristfällig efterlevnad av ICSID-konventionen kan även beaktas vid lån från Världsbanken.²³¹ Om Sverige däremot inte lever upp till de krav som följer av EU-rätten kan EU-kommissionen väcka en fördragsbrottstalan i enlighet med art. 258–260 FEUF, vilket i slutändan kan innebära att EU-domstolen förelägger Sverige att betala ett kännbart standardbelopp eller vite.²³²

5.5 Bör skiljenämnder fortsätta ge sig själva behörighet under ECT?

Som framgått under avsnitt 3 har såväl EU-kommissionen som ett flertal medlemsstater i egenskap av svaranden i investeringstvister konsekvent hävdats att en skiljenämnd bör beakta verkställighetsproblematiken inom ramen för dess behörighetsprövning.²³³ Även vissa författare delar denna ståndpunkt och menar att skiljenämnderna har ett alltför formalistiskt synsätt på behörighetsprövningen och på så sätt misslyckas med att ta hänsyn till den verklighet som nationella domstolar står inför.²³⁴ Somliga har till och med gått så långt som att påstå att skiljedomare kan riskera att ådra sig skadeståndsskyldighet genom att avkunna skiljedomar trots att dessa domare är medvetna om att de

²³⁰ Se ovan avsnitt 4.3.

²³¹ Witte, s. 501–503 not 106.

²³² Art. 260(2) FEUF.

²³³ Se bland annat Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, ICSID Case No. ARB/12/12, p. 230.

²³⁴ Koutrakos, s. 880.

inte kommer att kunna verkställas.²³⁵ I litteraturen har två lösningar diskuterats för att komma till bukt med detta. Den ena lösningen vore att skiljenämnder finner sig behöriga att avgöra tvisten, men därefter avvisar målet med hänsyn till verkställighetsproblematiken.²³⁶ Den andra lösningen vore i stället att direkt avvisa målet som en gest av ”juridisk hövlighet”.²³⁷

För egen del anser jag att en skiljenämnd inte bör göra avkall på sin behörighet på grund av de problem som är sammankopplade med verkställandet av ICSID-skiljedomar. Det beror för det första på den analys som gjorts ovan under avsnitt 3–4 avseende förhållandet mellan EU-rätten och ECT. Som framgått kan inte *Achmea* påverka EU-interna investeringstvister under ECT och det finns därför ingen anledning att betrakta dessa tvister som ogiltiga. För det andra har detta avsnitt påvisat att ICSID-skiljedomar ska verkställas enligt ICSID-konventionen och lag (1966:735) som implementerat konventionen i svensk rätt. För det tredje har skiljenämnder en skyldighet under ECT att avkunna skiljedomar som är kapabla att verkställas enligt ICSID-konventionen.²³⁸ Det är en helt annan sak att det inte är särskilt tilltalande för en investerare att påkalla skiljeförfarande mot en medlemsstat under ECT sett till den osäkerhet som råder avseende verkställandet av skiljedomen. Det är dock enligt min mening snarare en uppgift som bör ankomma på ombudet, och inte på en skiljenämnd, att rådge investerare i sådana frågor.

5.6 Sammanfattande slutsatser

I ett försök att besvara uppsatsens andra frågeställning kan följande konstateras. Som undersökningen ovan visat kan inte Kronofogdemyndigheten eller svenska domstolar beakta EU-rättsliga invändningar inom ramen för ett verkställighetsförfarande av en ICSID-skiljedom enligt ICSID-konventionen. Varken *Achmea* eller framtida rättspraxis från EU-domstolen kan ändra ICSID-konventionens innebörd. Dock kvarstår det faktum att nationella domstolar är bundna att tillämpa EU-rätten med den innebörd som i slutändan fastställs av EU-domstolen. Enligt min mening kan inte *Achmea* anses utgöra

²³⁵ Tietje och Wackernagel, s. 245.

²³⁶ Gáspár-Szilágyi och Usynin, s. 58 f.

²³⁷ Gáspár-Szilágyi och Usynin, s. 54–58. Författarna använder begreppet ”judicial comity”.

²³⁸ Burkhard, s. 127.

en EU-rättslig norm vars innebörd är att verkställandet av ICSID-skiljedomar vore oförenligt med EU-fördragen. Det finns därför inte heller någon grund för att motsätta sig verkställighet på grund av EU-rätten i dag.

Däremot får *Achmea* sägas ha utgjort startskottet för den verkställighetskalabalik vi nu ser, vilken kommer få ett slutgiltigt svar av EU-domstolen inom en snar framtid i samband med besvarandet av det förhandsavgörande som begärts av belgisk domstol.²³⁹ Om EU-domstolen då konstaterar att en oförenlighet mellan ICSID-konventionen och EU-fördragen föreligger är domstolar inom EU bundna att följa detta. Emellertid kvarstår det faktum att de samtidigt är bundna att följa de folkrättsliga åtaganden som följer av ICSID-konventionen. Med andra ord skulle det resultera i en bakbundenhet på nationell nivå – det skulle inte gå att göra rätt utan att på samma gång göra fel. Lösningen på detta problem tycks inte vara juridisk, utan snarare politisk. Vi kommer därför troligtvis även i fortsättningen att se att investerare söker sig utom EU för att få sina skiljedomar verkställda till dess frågan är löst.

²³⁹ Mål C-333/19, *Romanian Air Traffic*.

6 Avslutande kommentarer

Syftet med denna uppsats har varit att utreda *Achmeas* betydelse för behörighetsfrågan respektive verkställighetsfrågan. Vad gäller behörighetsfrågan står det klart att *Achmea* inte kan påverka en skiljenämnds behörighetsprövning i en EU-intern investeringstvist under ECT. Undersökningen har visat att dessa tvister är oförenliga med EU-rätten ur ett EU-rättsligt perspektiv, medan svaret blir det motsatta ur ett folkrättsligt perspektiv. Det är en fråga för sig om det är *Achmea* som kan sägas befästa denna oförenlighet eller inte. Som nämnts beror det helt och hållet på hur villig man är att tänja prejudikatet. Det finns delar av domskälen som antyder att ECT inte omfattas av *Achmea* medan andra delar talar för det motsatta. För egen del anser jag inte att *Achmea* i sig innebär att EU-interna investeringstvister under ECT är oförenliga med EU-rätten. Om man däremot läser *Achmea* tillsammans med EU-domstolens yttrande i CETA-frågan är det enligt min mening högst sannolikt att EU-domstolen skulle anse att tvistlösningsmekanismen i ECT vore oförenlig med EU-rätten den dagen domstolen får frågan på sitt bord. Emellertid kvarstår det faktum att rättspraxis från EU-domstolen inte kan ändra innebörden av ECT. Många av de argument som framhållits mot att *Achmea* skulle ha någon betydelse för behörighetsfrågan – som att EU är bunden av internationella avtal och att de ska ges företräde framför EU:s egna rättsakter samt att internationella avtal inte kan ändras ensidigt – har dessutom stöd i EU-domstolens egen rättspraxis. Om EU och dess medlemsstater inte längre vill tillåta EU-interna tvister under ECT står två alternativ till buds – de får antingen lämna eller ändra ECT.

Vad gäller verkställighetsfrågan är saken än mer komplicerad. Det är en sak att det finns ett enkelt svar på frågeställningen vilket är att *Achmea* inte har någon betydelse för verkställandet av en ICSID-skiljedom. Det beror på att ICSID-konventionen inte tillåter en domstol eller myndighet att beakta vare sig processuella eller materiella invändningar. Varken *Achmea* eller framtida rättspraxis från EU-domstolen kan ändra detta. Det är däremot en annan sak att EU-domstolen kan komma att förklara att EU-rätten är oförenlig med ICSID-konventionen i samband med besvarandet av Belgiens förhandsavgörande nästa år. I ett sådant läge skulle det, till skillnad från i dag, stå klart att EU-rätten utgör hinder för verkställandet av de EU-interna investeringstvister under ECT

som slitits under ICSID:s förfaranderegler. Det skulle alltså innebära att medlemsstaterna blev tvungna att välja mellan efterlevnaden av antingen sina folkrättsliga eller EU-rättsliga åtaganden. Lösningen på det problemet tycks vara av politisk snarare än juridisk karaktär och i en allt mer integrerad värld måste autonoma rättssystem gradvis acceptera att autonomi inte är absolut. Sammanfattningsvis innebär *Achmea*, enligt min mening, inte ett definitivt slut för EU-interna investeringstvister under ECT. Däremot får domen sägas utgöra ett potentiellt första steg i en kampanj mot det definitiva slutet vars utveckling är beroende av hur EU-domstolen besvarar det förhandsavgörande som väntas få svar nästa år avseende verkställandet av ICSID-skiljedomar.

Den väg som EU nu tycks ha slagit in på utgör även ett direkt hot mot dess egna klimatmål. Förutsatt att dessa mål ska bli verklighet krävs ett attraktivt investeringssystem som främjar investeringar. Som framhållits tillförsäkras investerare en effektiv och opartisk rättsprocess genom möjligheten att slita tvister inom ramen för ett skiljeförfarande. Om denna möjlighet inte längre är ett alternativ uppstår det en risk för ett flertal oönskade konsekvenser. För det första kommer det med största sannolikhet avskräcka investerare från att investera hållbart inom energisektorn vilket skulle ha en negativ inverkan på möjligheten att nå EU:s klimatmål. För det andra hade det troligtvis inneburit att de investerare som väljer att investera trots avsaknaden av möjligheten att påkalla skiljeförfarande skulle undvika att göra det i de medlemsstater vars domstolars oberoende kan ifrågasättas – vilket i sin tur skulle leda till ett än mer segregerat EU.

Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1966:146 med förslag till lag om erkännande och verkställighet av skiljedomar i vissa internationella investeringstvister, m.m.

Rättsfall

Avgöranden av EU-domstolen

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

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

Mål C-61/79, *Denkavit* (ECLI:EU:C:1980:100)

Mål C-283/81, *CILFIT* (ECLI:EU:C:1982:335)

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

De förenade målen C-106/87–120/87, *Asteris* (ECLI:EU:C:1988:457)

Mål C-309/96, *Annibaldi* (ECLI:EU:C:1997:631)

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

Mål C-211/01, *Kommissionen mot rådet* (ECLI:EU:C:2003:452)

Mål C-295/04, *Manfredi* (ECLI:EU:C:2006:461)

Mål C-317/04, *Parlamentet mot kommissionen* (ECLI:EU:C:2006:346)

Mål C-168/05, *Mostaza Claro* (ECLI:EU:C:2006:675)

De förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, *Kadi I* (ECLI:EU:C:2008:461)

Mål C-478/07, *Budvar* (ECLI:EU:C:2009:521)

Mål C-366/10, *Air Transportation* (ECLI:EU:C:2011:864)

Mål C-617/10, *Åkerberg Fransson* (ECLI:EU:C:2013:105)

Mål C-206/13, *Siragusa* (ECLI:EU:C:2014:126)

Mål C-377/13, *Ascendi* (ECLI:EU:C:2014:1754)

Mål C-266/16, *Western Sahara* (ECLI:EU:C:2018:118)

Mål C-284/16, *Achmea* (ECLI:EU:C:2018:158)

Mål C-333/19, *Romanian Air Traffic* (ECLI-beteckning saknas)

Mål C-638/19 P, *Micula* (ECLI-beteckning saknas)

Mål C-109/20, *PL Holdings* (ECLI-beteckning saknas)

Förslag till avgöranden

Generaladvokatens förslag till avgörande i de förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, *Kadi I* (ECLI:EU:C:2008:11)

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

Yttranden av EU-domstolen

EU-domstolens yttrande 1/09 (plenum) den 8 mars 2011 (ECLI:EU:C:2011:123)

EU-domstolens yttrande 2/13 (plenum) den 18 december 2014 (ECLI:EU:C:2014:2454)

EU-domstolens yttrande 2/15 (plenum) den 16 maj 2017 (ECLI:EU:C:2017:376)

EU-domstolens yttrande 1/17 (plenum) den 30 april 2019 (ECLI:EU:C:2019:341)

Avgöranden av EU-tribunalen

Mål T-351/02, *Deutsche Bahn* (ECLI:EU:C:2006:104)

De förenade målen T-427/04 och T-17/05, *France Télécom* (ECLI:EU:C:2009:474)

De förenade målen T-624/15, T-694/15 och T-704/15, *Micula mot kommissionen* (ECLI:EU:C:2019:423)

Skiljeförfaranden

Eastern Sugar mot Tjeckien, *Final Award*, 12 April 2007, SCC No. 088/2004

Oostergetel mot Slovakien, *Decision on jurisdiction*, 30 April 2010, UNCITRAL

Electrabel mot Ungern, *Decision on jurisdiction, applicable law and liability*, 30 November 2012, ICSID Case No. ARB/07/19

RREEF mot Spanien, *Decision on jurisdiction*, 6 June 2016, ICSID Case No. ARB/13/30

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

Antin mot Spanien, *Award*, 15 June 2018, ICSID Case No. ARB/13/31

Vattenfall mot Tyskland, *Decision on the Achmea issue*, 31 August 2018, ICSID Case No. ARB/12/12

Foresight mot Spanien, *Final Award*, 14 November 2018, SCC Arbitration V (2015/150)

Eskosol mot Italien, *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*, 7 May 2019, ICSID Case No. ARB/15/50

9REN Holding mot Spanien, *Award*, 31 May 2019, ICSID Case No. ARB/15/15

Belenergia mot Italien, *Award*, 6 August 2019, ICSID Case No. ARB/15/40

BayWa mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, 2 December 2019, ICSID Case No. ARB/15/16

Watkins mot Spanien, *Award*, 21 January 2020, ICSID Case No. ARB/15/44

Hydro Energy mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, 9 March 2020, ICSID Case No. ARB/15/42

Cavalum mot Spanien, *Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum*, 31 August 2020, ICSID Case No. ARB/15/34

Svenska avgöranden

Nacka tingsrätt mål Ä 2550-17

Avgöranden av Internationella domstolen

Internationella domstolen, *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Reports 1950 (senast hämtad 8/1/2020)

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/9/009-19500303-ADV-01-00-EN.pdf>

Avgöranden av amerikanska domstolar

Memorandum Opinion of the United States District Court for the District of Columbia, 1 september 2019 (senast hämtad 8/1/2020)

https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ioan-micula-viorel-micula-and-others-v-romania-i-memorandum-opinion-of-the-united-states-district-court-for-the-district-of-columbia-wednesday-11th-september-2019#decision_5499

Litteratur

Alvarez, G.M., *Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension*, ICSID Review, 2018, vol. 33, no. 2, s. 560–581 (cit. Alvarez)

Arif, S., *The Future of Intra-EU Investment Arbitration: Intra-EU Investment Arbitration under the ECT post Achmea*, European Investment Law and Arbitration Review, 2019, vol. 2019:4, no. 1, s. 147–177 (cit. Arif)

Basedow, J.R., *The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration*, Journal of International Economic Law, 2020, vol. 23, no. 1, s. 271–292 (cit. Basedow)

Bilanová, A & Kurdrna, J., *Achmea: The End of Investment Arbitration as We Know It?*, European Investment Law and Arbitration Review, 2018, vol. 3, no. 1, s. 261–281 (cit. Bilanová och Kurdrna)

Binder, C., *A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs*, The Journal of World Investment & Trade, 2016, vol. 17, no. 6, s. 964–983 (cit. Binder)

Bjorge, E., *EU Law Constraints on Intra-EU Investment Arbitration?*, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 2017, vol. 16, no. 1, s. 71–86 (cit. Bjorge)

Brekoulakis, S., *Public Policy in the European Union*, från Calissendorff, A. & Löwy, J. [red], *The Future of Arbitration in Europe*, Stockholm Centre for Commercial Law, 2020 (cit. Brekoulakis)

Burkhard, H., *The Fate of Investment Dispute Resolution After the Achmea Decision of the European Court of Justice*, Revista Eletrônica de Direito Processual, 2018, vol. 19, no. 3, s. 114–137 (cit. Burkhard)

Cordero-Moss, G., *Achmea's Distinction between Investment and Commercial Arbitration*, från Calissendorff, A. & Löwy, J. [red], *The Future of Arbitration in Europe*, Stockholm Centre for Commercial Law, 2020 (cit. Cordero-Moss)

Dolzer, R. & Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, uppl. 2, Oxford University Press, 2012 (cit. Dolzer och Schreuer)

Dörr, O. & Schmalenbach, K., *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, uppl. 2, Springer, 2018 (cit. Dörr och Schmalenbach)

Fermeglia, M. & Mistura, A., *The Fate of EU Environmental and Investment Law after the Achmea Decision*, *Journal for European Environmental & Planning law*, 2020, vol. 17:2020, no. 1, s. 29–46 (cit. Fermeglia och Mistura)

Florou, A., *Whither Mutual Trust? Brexit, Achmea and the Future of Investor-State Arbitration in the EU-UK Investment Relations*, *European Investment Law and Arbitration Review*, 2019, vol. 2019:4, no. 1, s. 66–68 (cit. Florou)

Fouret, J., Gerbay, R., Alvarez, G.M. & Parchajev, D., *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, Edward Elgar Publishing, 2019 (cit. Fouret, m.fl.)

Gáspár-Szilágyi, S., *It is not just about Investor-State Arbitration: A look at case C-284/16, Achmea BV*, *European Papers*, 2018, vol. 2018:3, no. 1, s. 357–373 (cit. Gáspár-Szilágyi)

Gáspár-Szilágyi, S. & Usynin, M., *The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment*, *European Investment Law and Arbitration Review*, 2019, vol. 2019:4, no. 1, s. 29–65 (cit. Gáspár-Szilágyi och Usynin)

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

Hillebrand Pohl, J., *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, *European Constitutional Law Review*, 2018, vol. 14, no. 4, s. 767–791 (cit. Hillebrand Pohl)

Hindelang, S. & Krajewski, M., *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Isolated, Less Isolated, Increasingly Diversified*, uppl. 1, Oxford University Press, 2016 (cit. Hindelang och Krajewski)

Iacob, I. & Cirlig, R., *The Energy Charter Treaty and settlement of disputes – current challenges*, *Juridical tribune*, 2016, vol. 6, no. 1, s. 71–83 (cit. Iacob och Cirlig)

Kleineman, J., *Rättsdogmatisk metod*, från Nääv, M. & Zamboni M. [red], *Juridisk metodlära*, uppl. 2, Studentlitteratur, 2018 (cit. Kleineman)

Kleinheisterkamp, J., *Investment protection and EU law: the intra- and extra-EU dimension of the Energy Charter Treaty*, *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, no. 1, s. 85–109 (cit. Kleinheisterkamp)

Koutrakos, P., *The Relevance of EU Law for Arbitral Tribunals: (Not) Managing the Lingering Tension*, *The Journal of World Investment & Trade*, 2016, vol. 17, no. 6, s. 873–894 (cit. Koutrakos)

Hallberg, J & Östlund, A., *Början på slutet för skiljeförfaranden i internationella investeringskyddsavtal? EU-domstolens avgörande i Achmea*, *JT* 2017/18, no. 4, s. 841–854 (cit. Hallberg och Östlund 2018)

Hallberg, J. & Östlund, A., *Kan nya EU-domar läggas till grund för förnyad prövning av slutgiltiga internationella skiljedomar?*, *JT* 2018/19, no. 3, s. 675–706 (cit. Hallberg och Östlund 2019)

Hobér, K., *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Journal of International Dispute Settlement, 2010, vol. 1, no. 1, s. 153–190 (cit. Hobér)

Lavranos, N., *CJEU Opinion 1/17: Keeping International Investment Law and EU Law Strictly Apart*, European Investment Law and Arbitration Review, 2019, vol. 4, no. 1, s. 240–259 (cit. Lavranos)

Matz, H., *Begreppet domstol i EU-rätten: En studie av domstolsbegreppet i bestämmelserna om förhandsavgörande* (diss), Iustus, 2010 (cit. Matz)

Nagy, C.I., *Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: “Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back”*, German Law Journal, 2018, vol. 19, no. 4, s. 981–1016 (cit. Nagy 2018)

Nagy, C.I., *Intra-EU BITs after Achmea: A Cross-Cutting Issue*, Investment Arbitration in Central and Eastern Europe: Law and Practice, 2019, s. 1–13 (cit. Nagy 2019)

Pinna, A., *The Incompatibility of Intra-EU BITs with European Union Law, Annotation Following ECJ, 6 March 2018, Case 284/16, Slovak Republic v Achmea BV*, Paris Journal of International Arbitration, 2018, vol. 18, no. 1, s. 73–95 (cit. Pinna)

Reichel, J., *EU-rättslig metod*, från Nääv, M. & Zamboni M. [red], *Juridisk metodlära*, uppl. 2, Studentlitteratur, 2018 (cit. Reichel)

Svensson, E., *Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott* (diss), Iustus, 2016 (cit. Svensson)

Tietje, C. & Wackernagel, C., *Enforcement of Intra-EU ICSID awards: Multilevel Governance, Investment Tribunals and the Lost Opportunity of the Micula Arbitration*, The Journal of World Investment & Trade, 2015, vol. 16, no. 2, s. 205–247 (cit. Tietje och Wackernagel)

Trittman, R. & Tzionas, A., *The Level of Review of European Law by National Courts in connection with Awards in Commercial Arbitrations – Does it comply with the requirements of the CJEU in Achmea?*, från Calissendorff, A. & Löwy, J. [red], *The Future of Arbitration in Europe*, Stockholm Centre for Commercial Law, 2020 (cit. Trittman och Tzionas)

Vajda, C., *Autonomy of the EU Legal Order*, från Calissendorff, A. & Löwy, J. [red], *The Future of Arbitration in Europe*, Stockholm Centre for Commercial Law, 2020 (cit. Vajda)

Verburg, C. & Lavranos, N., *Recent Awards in Spanish Renewable Energy Cases and the Potential Consequences of the Achmea Judgment for Intra-EU ECT Arbitrations*, *European Investment Law and Arbitration Review*, 2018, vol. 3, no. 1, s. 197–222 (cit. Verburg och Lavranos)

von Papp, K., *Clash of “autonomous legal orders”: Can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? – A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ*, *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, no. 4, s. 1039–1082 (cit. von Papp)

Wehland, H., *The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond*, *The Journal of World Investment & Trade*, 2016, vol. 17, no. 6, s. 942–963 (cit. Wehland)

Witte, I., *Interactions between International Investment Law and Constitutional Law: Promoting the Dialogue. A European Perspective on Judicial Cooperation and Deference*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2018, vol. 21, no. 1, s. 467–574 (cit. Witte)

Dokument från EU-kommissionen

Beslut

Kommissionens beslut C 36/1/06 av den 20 november 2007, *ThyssenKrupp*

Kommissionens beslut 2015/1470 av den 30 mars 2015, *Micula*

Meddelanden

EU-kommissionens meddelande COM(2018) 547 final ”Skydd för EU-interna investeringar”

EU-kommissionens meddelande COM(2019) 198/2 ”The 2019 EU Justice Scoreboard”
(senast hämtad 8/1/2020)

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2019_en.pdf

Internetkällor

ECT, *Case statistics* (senast hämtad 8/1/2020)

<https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>

ECT, *Members and Observers to the Energy Charter Conference* (senast hämtad 8/1/2020)

<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/>

ECT, *Note from the Secretariat, 12 August 1992* (senast hämtad 8/1/2020)

https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/ECT_Drafts/8_-_BA_15_12.08.92_.pdf

EU:s officiella hemsida, *The 27 member countries of the EU* (senast hämtad 8/1/2020)

https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en#tab-0-1

Europaparlamentet, *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU*, 2015
(senast hämtad 8/1/2020)

[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2015\)509988](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2015)509988)

ICSID, *Database of ICSID Member States* (senast hämtad 8/1/2020)

<https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>

ICSID, *History of the ICSID Convention* (senast hämtad 8/1/2020)

<https://icsid.worldbank.org/resources/publications/the-history-of-the-icsid-convention>

Italaw, *Newly Posted Awards, Decisions & Materials* (senast hämtad 8/1/2020)

<https://www.italaw.com/>

Ministerrådet, *Council adopts negotiation directives for modernisation of the Energy Charter Treaty* (senast hämtad 8/1/2020)

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/07/15/council-adopts-negotiation-directives-for-modernisation-of-energy-charter-treaty/>

UNCTAD, *IIA Issues Note: Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019* (senast hämtad 8/1/2020)

<https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>