



SVEA HOVRÄTT
Avdelning 02
Rotel 020114

DOM
2022-12-13
Stockholm

Mål nr
T 4658-18

Sid 1 (45)

PARTER

Kärande

Konungariket Spanien
Abogacía General del Estado
Calle Ayala, 5
28001 Madrid
Spanien

Ombud: Advokaten Pontus Ewerlöf
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

Svarande

Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR, B 124550
28, Boulevard Royale
L-2449 Luxemburg
Luxemburg

Ombud: Advokaterna Jakob Ragnwaldh, Robin Rylander och David Sandberg samt
juristen Anna Liliebäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

Ogiltighetsförklaring av skiljedom, m.m.

Hovrättens domslut, se nästa sida.

Dok.Id 1860038

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00 E-post: svea.avd2@dom.se www.svea.se		måndag – fredag 09:00–16:30

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten bifaller käromålet på så sätt att hovrätten förklarar den i Stockholm meddelade skiljedomen av den 15 februari 2018 i SCC:s mål nr V (2015/063) ogiltig.
 2. Hovrättens beslut den 17 maj 2018 om inhibition av skiljedomen ska bestå till dess dom i målet får laga kraft.
 3. Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR ska ersätta Konungariket Spanien för dess rättegångskostnad i hovrätten med 971 380,75 EUR jämte ränta på beloppet från dagen för hovrättens dom till dess betalning sker. Av ersättningen utgör 937 500 EUR ombudsarvode.
-

Innehållsförteckning

1. BAKGRUND	5
2. YRKANDEN OCH INSTÄLLNING	9
3. GRUNDER	9
3.1 Spanien	9
3.1.1 Klandergrund (A) - Artikel 26 innehåller inte ett anbud om skiljeförfarande mellan parterna och ett giltigt skiljeavtal finns därför inte mellan parterna.....	9
3.1.2 Klandergrund (B) - Anbudet om skiljeförfarande i artikel 26 är i vart fall ogiltigt och ett giltigt skiljeavtal finns därför inte mellan parterna	10
3.1.3 Ogiltighetsgrund (C) - Tvisten mellan Novenergia och Spanien är inte skiljedomsässig.....	11
3.1.4 Ogiltighetsgrund (D) - Skiljedomen och det sätt på vilken den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige	12
3.1.5 Ogiltighetsgrund (E) – Utdömandet av skadestånd utgör i sig statligt stöd i strid med artikel 108 FEUF.....	12
3.1.6 Klandergrund (F) – Skiljenämnden har överskridit sitt uppdrag eller i vart fall begått ett fel i handläggningen som inverkat på utgången av målet	13
3.1.7 Det bestrids att proportionalitetsprincipen eller Europakonventionen utgör hinder för att upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen	14
3.2 Novenergia	15
3.2.1 Klandergrund (A) – Artikel 26 innehåller ett anbud om skiljeförfarande från bl.a. Spanien till investerare från alla andra medlemsstater i fördraget.....	15
3.2.2 Klandergrund (B) – Klandergrunden är prekluderad och skiljeavtalet är giltigt	16
3.2.3 Ogiltighetsgrund (C) - Skiljedomen innefattar inte prövning av en fråga som inte är skiljedomsässig.....	18
3.2.4 Ogiltighetsgrund (D) - Varken skiljedomen eller det sätt på vilken den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige	18
3.2.6 Klandergrund (F) - Skiljedomen ska inte upphävas till viss del	19
3.2.7 Att upphäva skiljedomen baserat på någon av klandergrunderna (A) eller (B) eller att ogiltigförklara den på någon av ogiltighetsgrunderna (C)–(E) vore oproportionerligt och oförenligt med Europakonventionen.....	20
4. PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN	22
4.1 Spanien	22
4.1.1 Angående klander- och ogiltighetsgrunderna (A)–(F)	22

4.1.2 Angående frågan om Europakonventionen utgör hinder för att upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen.....	25
4.2 Novenergia.....	26
4.2.1 Angående klander- och ogiltighetsgrunderna (A)–(F).....	26
4.2.2 Angående frågan om Europakonventionen eller proportionalitetsprincipen utgör hinder mot att upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen	30
5. KOMMISSIONENS YTTRANDE OCH UTREDNINGEN I ÖVRIGT.....	31
6. DOMSKÄL.....	32
6.1 Disposition och prövningsordning	32
6.2 Frågan om tvisten är skiljedomsässig.....	33
6.2.1 Inledning	33
6.2.2 Rättsliga utgångspunkter	34
6.2.3 Hovrättens bedömning.....	37
6.3 Frågan om en ogiltigförklaring skulle strida mot Europakonventionen eller mot proportionalitetsprincipen?.....	40
6.3.1 Inledning	40
6.3.2 Rättsliga utgångspunkter	40
6.3.3 Hovrättens bedömning.....	42
6.4 Sammanfattande slutsatser och bedömning.....	43
6.5 Rättegångskostnad	44
6.6 Frågan om domen ska få överklagas m.m.....	45

1. BAKGRUND

Konungariket Spanien (Spanien) är medlemsstat i Europeiska unionen (EU) sedan år 1986. Spanien undertecknade Energistadgefördraget (EGT L 69, 1998, s.1) den 17 december 1994 och ratificerade traktaten den 11 december 1997. Energistadgefördraget trädde i kraft i förhållande till Spanien den 16 april 1998.

Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Novenergia) är ett fondbolag registrerat i Luxemburg och inkorporerat under luxemburgsk lag. Novenergias investerare utgörs till största del av finansiella institutioner, främst pensions- och välgörenhetsstiftelser.

Luxemburg är medlemsstat i EU sedan år 1958 samt undertecknade energistadgefördraget den 17 december 1994 och ratificerade fördraget den 7 februari 1997. Det trädde i kraft i förhållande till Luxemburg den 16 april 1998.

Under den senare halvan av 1990-talet avreglerades den spanska energimarknaden. Dessförinnan hade marknaden i stort sett uteslutande kontrollerats och reglerats av statliga energibolag och myndigheter. Efter avregleringen tilläts privata aktörer på energimarknaden. I syfte att uppnå målet om att tolv procent av det nationella energibehovet år 2010 (och 20 procent år 2020) skulle tillgodoses genom förnybara energikällor stiftade den spanska staten ett flertal lagar mellan åren 1997 och 2007. Regleringarna syftade till att främja produktion av förnybar el, bl.a. genom att attrahera utländska investerare inom solenergi med olika incitament och stimulansåtgärder. Åtgärderna utvecklades under 2000-talet genom att energiproducenter som producerade energi från förnybara källor inte bara tilläts sälja elektricitet med prioritet via det spanska kraftnätet utan de erhöll dessutom en viss premie för varje producerad kilowattimme. Genom dessa åtgärder garanterade Spanien att lämna viss ersättning för varje kilowattimme som producerades av solenergianläggningar under anläggningarnas hela livscykel.

Under år 2007 investerade Novenergia i den spanska energimarknaden. Den 3 juli 2007 förvärvade Novenergia det spanska bolaget Novenergia II Energy & Environment España, S.L. Genom detta bolag förvärvade Novenergia åtta solcellsparker i Spanien.

Mellan åren 2010 och 2014 införde Spanien regleringar som i olika avseenden förändrade den subvention av energi från förnybara källor som hade varit gällande sedan år 2007. Genom dekret 1565/2010 begränsades tidsperioden för den garanterade ersättningen, från anläggningens livscykel till 25 år, och genom dekret 14/2010 begränsades det antal produktionstimmar som kunde berättiga producenterna till ekonomisk kompensation. Slutligen avskaffades den gamla regleringen genom lagen 9/2013, varigenom en ny reglering upprättades. Därigenom avskaffades slutligt Spaniens garantier till producenter av energi från förnybara källor och ersattes med en begränsad schablonersättning.

Energistadgefördraget är ett multilateralt avtal om samarbete på energiområdet. Avtalet är ett investeringsskyddsavtal och innehåller bestämmelser som syftar till att främja tillträde till internationella energimarknader på affärsmässiga villkor samt till att utveckla en öppen och konkurrensutsatt marknad för energimaterial och energiprodukter.

Artikel 26 i fördraget innehåller en tvistlösningsklausul med följande lydelse¹.

Lösning av tvister mellan en investerare och en fördragsslutande part

1. Tvister mellan en fördragsslutande part och en investerare från annan fördragsslutande part om en investering som den senare gjort i den förstnämndes område och som gäller påstått brott mot ett av den fördragsslutande partens åtaganden enligt del III skall, om möjligt, lösas i godo.
2. Om sådana tvister inte kan lösas enligt punkt 1 inom tre månader från den dag då en av de tvistande parterna begärde lösning i godo, får investeraren välja att hänskjuta den för lösning:
 - a) till allmänna domstolar eller förvaltningsdomstolar hos den fördragsslutande part som är part i tvisten,
 - b) i överensstämmelse med något tidigare överenskommet, tillämpligt förfarande för tvistlösning, eller
 - c) i enlighet med följande punkter i denna artikel.

¹ Se Sveriges internationella överenskommelser (SÖ) 1997:57.

3. a) Med förbehåll endast för punkt b och c medger alla fördragsslutande parter härmed villkorslöst att en tvist överlämnas för internationell skiljedom eller förlikning i enlighet med bestämmelserna i denna artikel.
 - b)
 - i) De fördragsslutande parterna som förtecknats i bilaga ID ger inget sådant villkorslöst medgivande om investeraren tidigare hänskjutit tvisten enligt punkterna 2(a) eller 2(b).
 - ii) För att möjliggöra insyn skall alla fördragsslutande parter, som är förtecknade i bilaga ID, lämna en skriftlig förklaring om sin politik, sina förfaranden och sina villkor i dessa ärenden till sekretariatet, senast den dag då deras ratifikations-, godtagande- eller godkännandeinstrument deponeras i enlighet med artikel 39 eller vid deposition av deras anslutningsinstrument enligt artikel 41.
 - c) En fördragsslutande part som förtecknats i bilaga IA ger inget sådant villkorslöst medgivande rörande tvister som uppstår beträffande sista meningen i artikel 10.1.
4. Om en investerare väljer att hänskjuta tvisten för lösning enligt punkt 2. c), skall investeraren dessutom lämna sitt skriftliga medgivande av att tvisten överlämnas till
 - a)
 - i) det internationella centralorganet för biläggande av investeringstvister, som upprättats enligt konventionen om biläggande av investeringstvister mellan stater och medborgare i andra stater, öppnad för undertecknande i Washington den 18 mars 1965 (i det följande kallad ICSID-konventionen) om den fördragsslutande part som investeraren tillhör och den fördragsslutande parten i tvisten båda är parter i ICSID-konventionen, eller
 - ii) det internationella centralorganet för biläggande av investeringstvister, som upprättats enligt den konvention som nämns i moment (a)(i), enligt reglerna för den kompletterande faciliteten för centralorganets handläggning av rättsliga förfaranden (i det följande kallade reglerna för den kompletterande faciliteten) om den fördragsslutande parten som investeraren tillhör eller den fördragsslutande parten i tvisten, dock inte båda, är part i ICSID-konventionen.
 - b) en enda skiljedomare eller en ad hoc-skiljedomstol tillsatt enligt reglerna för skiljedom utfärdade av Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätt (i det följande kallad UNCITRAL), eller
 - c) ett skiljedomsförfarande enligt skiljedomsinstitutet vid Stockholms handelskammare.
5. a) Medgivande enligt punkt 3 skall tillsammans med skriftligt medgivande från investeraren enligt punkt 4 anses tillgodose kraven på
 - i) skriftligt medgivande från parterna i en tvist enligt kapitel II i ICSID-konventionen och reglerna för den kompletterande faciliteten,
 - ii) en skriftlig överenskommelse enligt artikel II i Förenta nationernas konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, upprättad i New York den 10 juni 1958 (i det följande kallad New York-konventionen) och

iii) att parterna i ett avtal skriftligt har kommit överens om detta enligt artikel 1 i UNCITRAL:s skiljedomsregler.

b) Skiljedomsförfarande enligt denna artikel skall på begäran av endera parten i tvisten hållas i en stat som är part i New York-konventionen. Rättsanspråk som överlämnas för skiljedom enligt konventionen skall anses ha uppstått inom ramen för affärsmässiga förbindelser eller transaktioner enligt artikel I(i) denna konvention.

6. Skiljedomstol tillsatt enligt punkt 4 skall avgöra de frågor som tvisten gäller i överensstämmelse med detta avtal och tillämpliga regler och principer i internationell rätt.

7. En investerare, som inte är fysisk person, och som har samma nationalitet som en fördragsslutande part som är part i tvisten den dag då skriftligt medgivande enligt punkt 4 lämnades och som, innan en tvist mellan investeraren och den fördragsslutande parten uppstår, kontrolleras av investerare från annan fördragsslutande part, skall för de ändamål som avses i artikel 25.2 b i ICSID-konventionen behandlas som medborgare i annan avtalsstat och skall för ändamålen i artikel 1.6 i reglerna för den kompletterande faciliteten betraktas som medborgare i annan stat.

8. Skiljedomar, som även kan innehålla beslut om tillerkännande av ränta, skall vara slutgiltiga och bindande för parterna i tvisten. Skiljedom rörande en åtgärd vidtagen av en regional regering eller myndighet i en tvistande fördragsslutande part skall innehålla beslut om att den parten får betala ekonomiskt skadestånd i stället för annan beslutad gottgörelse. Alla parter skall utan dröjsmål verkställa sådana skiljedomar och vidta åtgärder för en effektiv verkställighet av dem inom sina områden.

Den 8 maj 2015 påkallade Novenergia skiljeförfarande mot Spanien vid Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (SCC) enligt de s.k. SCC-reglerna, SCC:s mål nr V (2015/063). Som grund för talan åberopade Novenergia att Spanien hade brutit mot sina skyldigheter enligt energistadgefördraget. I skiljeförfarandet påstod Novenergia att Spanien, genom de regleringar som infördes mellan åren 2010 och 2014, brutit mot bestämmelserna i artikel 10.1 energistadgefördraget om skälig och rättvis behandling ("fair and equitable treatment", FET) samt mot artikel 13 om expropriation.

Den 29 juli 2015 beslutade styrelsen för SCC att sätet för skiljeförfarandet skulle vara Stockholm. Skiljenämnden bestod av advokaten Johan Sidklev (ordförande), professorn Antonio Crivellaro och domaren Juez Bernardo Sepúlveda-Amor.

Den 15 februari 2018 meddelades skiljedomen i Stockholm. Enligt skiljedomen befanns Spanien skyldigt till brott mot sina förpliktelser enligt bestämmelsen i artikel 10.1 energistadgefördraget. Spanien förpliktades också att betala skadestånd om 53,3

miljoner EUR samt ersättning för Novenergias kostnader med ett belopp uppgående till 2,6 miljoner EUR. Kostnaderna för skiljeförfarandet delades lika mellan parterna.

Hovrätten har den 17 maj 2018, på yrkande av Spanien, beslutat att fortsatt verkställighet av den mellan parterna meddelade skiljedomen tills vidare inte får ske och den 24 oktober samma år avslagit ett yrkande om upphävande av inhibitionsbeslutet.

2. YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Spanien har yrkat att hovrätten

- (i) ska upphäva skiljedomen i dess helhet, alternativt
- (ii) förklara den ogiltig, eller i vart fall
- (iii) upphäva skiljedomen såvitt avser utdömt skadestånd om 22,3 miljoner EUR, enligt punkten C i skiljedomen.

Novenergia har motsatt sig Spaniens yrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

3. GRUNDER

3.1 Spanien

3.1.1 Klandergrund (A) - Artikel 26 innehåller inte ett anbud om skiljeförfarande mellan parterna och ett giltigt skiljeavtal finns därför inte mellan parterna

Novenergia påkallade skiljeförfarandet enligt artikel 26 energistadgefördraget.

Det följer av ordalydelsen i artikel 26 energistadgefördraget – som ska tolkas EU-konformt och i ljuset av dess historiska, rättsliga och institutionella bakgrund – tillsammans med bland annat artiklarna 1.2, 1.3, 1.10 och 36.7 i fördraget jämte uttalande från EU och beslut från rådet i samband med att EU och medlemsstaterna anslöt sig till fördraget, att artikel 26 inte är tillämplig mellan två medlemsstater i EU och därför inte innehåller något anbud om skiljeförfarande från Spanien i förhållande till en investerare från ett annat EU-land. Artikel 26.1 avser tvister om en investering som en investerare från en fördragsslutande part gjort i en annan fördragsslutande parts område. En medlemsstat i EU utgör ett område i den mening som avses i bl.a. artikel

26.1 energistadgefördraget gentemot tredjeländer. En medlemsstat i EU, som Spanien, utgör däremot inte ett separat område i förhållande till en annan medlemsstat som Luxemburg. EU utgör en regional organisation för ekonomisk integration i den mening som avses i artikel 1.10 i fördraget. Därför utgör hela EU ett område vid tillämpningen av artikel 26. Något anbud om skiljeförfarande från Spanien för Novenergia att acceptera har därmed inte förelegat och Novenergias påkallelse av skiljeförfarande skapade inte något skiljeavtal. Förutsättningarna för ett skiljeavtal mellan Spanien och Novenergia enligt artikel 26 energistadgefördraget har därför inte varit uppfyllda.

Skiljedomen omfattas inte av något giltigt skiljeavtal och ska upphävas i enlighet med 34 § första stycket 1 lagen (1999:116) om skiljeförfarande (skiljeförfarandelagen).

3.1.2 Klandergrund (B) - Anbudet om skiljeförfarande i artikel 26 är i vart fall ogiltigt och ett giltigt skiljeavtal finns därför inte mellan parterna

Artiklarna 267 och 344 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) utgör hinder för en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan EU:s medlemsstater som artikel 26 energistadgefördraget enligt vilken en investerare i den ena medlemsstaten, om det uppstår en tvist om investeringar i den andra medlemsstaten, får inleda ett förfarande mot sistnämnda medlemsstat vid en skiljedomstol. Det saknar betydelse att energistadgefördraget är en multilateral traktat eller att EU är fördragsslutande part till fördraget.

Den rättsliga konsekvensen är att artikel 26 energistadgefördraget är ogiltig, inte tillämplig eller i vart fall saknar verkan mellan EU:s medlemsstater. Ett anbud om skiljeförfarande kan därmed inte ha lämnats med bindande verkan från Spanien till Novenergia. Eftersom något anbud om skiljeförfarande inte har lämnats, har inte något skiljeavtal mellan Spanien och Novenergia förelegat. Skiljeförfarandet mellan Spanien och Novenergia har alltså genomförts utan att det har förelegat något giltigt skiljeavtal.

Eftersom det inte förelegat något anbud från Spanien till Novenergia, har Spanien inte kunnat bli bundet av något skiljeavtal oavsett om Spanien har framfört en behörighets-

invändning. Spanien har dock invänt mot skiljenämndens behörighet. Något konklu-
dent skiljeavtal kan därför inte ha skapats mellan Spanien och Novenergia. Under alla
förhållanden strider ett sådant mot unionsrätten.

Mot denna bakgrund ska skiljedomen upphävas i dess helhet i enlighet med 34 § första
stycket 1 skiljeförfarandelagen.

Det bestrids att Spaniens rätt att föra talan om klander är prekluderad. SCC:s regler är
inte tillämpliga för att avgöra om Spanien har förlorat sin rätt att föra talan om klander.
Avgörandet i EU-domstolens dom av den 6 mars 2018, Achmea, C-284/16,
EU:C:2018:158, innebar ett nytt faktum som var okänt för parterna före domen.

Spanien invände dock mot skiljenämndens behörighet i sitt Statement of Defence.
Novenergia gick i svaromål beträffande Spaniens behörighetsinvändningar och anförde
utförliga resonemang varvid Novenergia bemötte Spaniens argument beträffande
artikel 26 och dess förenlighet med unionsrätten. Spanien har alltså invänt beträffande
skiljenämndens behörighet och vidhållit sina invändningar under hela skiljeförfarandet.
Novenergia har bemött dessa invändningar vid upprepade tillfällen och skiljenämnden
har prövat Spaniens behörighetsinvändningar.

3.1.3 Ogiltighetsgrund (C) - Tvisten mellan Novenergia och Spanien är inte skiljedomsässig

Tvisten i sig mellan Novenergia och Spanien är inte skiljedomsässig. Energistadge-
fördraget inkräktar på den befogenhetsordning som slagits fast i EU-fördragen och
därmed även på autonomi i unionens rättsordning. Eftersom skiljenämnden inte
kunde ha behörighet att säkerställa unionsrättens efterlevnad, är tvisten som har
avgjorts genom skiljedomen icke skiljedomsässig.

De frågor som skiljenämnden haft att avgöra i skiljeförfarandet rör vidare EU:s regler
om statligt stöd. Parterna i skiljeförfarandet har inte kunnat förlikas i dessa frågor,
eftersom tillåtligheten av statligt stöd är underkastad EU-kommissionens exklusiva
kompetens.

Eftersom skiljedomen innefattar icke skiljedomsässiga frågor, är den ogiltig i
enlighet med 33 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen.

3.1.4 Ogiltighetsgrund (D) - Skiljedomen och det sätt på vilken den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige

Skiljenämnden meddelade skiljedomen trots att den saknade behörighet och i uppenbar strid med unionsrätten, praxis från EU-domstolen och beslut från EU-kommissionen. Skiljedomen är klart oförenlig med unionsrätten och de grundläggande principer som unionsrätten vilar på.

Principen om unionsrättens autonomi, särskilt artiklarna 267 och 344 i FEUF, såsom den formulerats i praxis från EU-domstolen ingår i unionsrättslig ordre public. En skiljedom som grundas på skiljeavtal mellan en EU-medlemsstat och en investerare från en annan EU-medlemsstat är oförenlig med principen om unionsrättens autonomi och utgör en överträdelse av unionsrättslig ordre public. En svensk domstol måste ogiltigförklara en skiljedom som bryter mot unionsrättslig ordre public då denna även är i strid med svensk ordre public.

Eftersom skiljedomen uppenbart är oförenlig med grunderna för rättsordningen i Sverige och tillämplig unionsrätt, dvs. ordre public, och då rättsordningen inte får medverka till erkännande och verkställighet av en sådan skiljedom, är den ogiltig i enlighet med 33 § första stycket 2 skiljeförfarandelagen.

3.1.5 Ogiltighetsgrund (E) – Utdömandet av skadestånd utgör i sig statligt stöd i strid med artikel 108 FEUF

Skiljedomen är inte förenlig med rättsordningen i Sverige, eftersom skiljenämndens utdömande av skadestånd utgör statligt stöd i strid med unionsrätten.

Skiljenämnden hade inte behörighet att besluta om frågor om statligt stöd, eftersom dessa frågor faller under EU-kommissionens exklusiva behörighet.

Ett erkännande och verkställande av skiljedomen skulle innebära utbetalning av skadestånd och i sig utgöra statligt stöd. En utbetalning skulle därmed strida mot 108(3) FEUF.

Eftersom en EU-intern skiljedom inte kan erkännas och verkställas då den strider mot unionsrättslig, och därmed svensk, ordre public är den ogiltig i enlighet med 33 § första stycket 2 skiljeförfarandelagen.

3.1.6 Klandergrund (F) – Skiljenämnden har överskridit sitt uppdrag eller i vart fall begått ett fel i handläggningen som inverkat på utgången av målet

För det fall skiljedomen inte ska upphävas eller förklaras ogiltig, måste skiljedomen i vart fall upphävas till viss del, eftersom skiljenämnden överskridit sitt uppdrag eller i vart fall begått ett handläggningsfel.

I skiljeförfarandet hade skiljenämnden att pröva Novenergias påståenden om brott mot bl.a. bestämmelsen om skälig och rättvis behandling ("fair and equitable treatment", FET) enligt artikel 10.1 energistadgefördraget. Novenergias talan grundade sig på ett antal regulatoriska åtgärder som vidtagits av Spanien mellan åren 2010 och 2014.

Skiljenämndens bedömningar, att den saknade behörighet att pröva Novenergias påståenden som grundade sig på lagen 15/2012 om ny skatt på el och att regleringarna RDL129 14/2010 (begränsning i antalet timmar) och RDL 2/2013 (ändringar i index för uppräknings av tariffer) inte utgjorde brott mot artikel 10(1) energistadgefördraget, får avgörande betydelse för beräkningen av skadeståndet.

Skiljenämnden har dock inte, trots begäran om klagande från parterna angående de finansiella effekterna av respektive regulatorisk åtgärd under åren 2010–2014, beaktat dessa effekter vid beräkningen av skadeståndets storlek.

Skiljenämnden har endast räknat av skadestånd hänförliga till dessa åtgärder beträffande historiska kapitalbelopp. Den stora delen av skadeståndet utgjordes i stället av framtida skador, dvs. från 2014 och framåt, vilka beräknades med tillämpning av en kassaflödesmodell *Discounted Cash Flow* (DCF). Det var vid tillämpningen av DCF fel av skiljenämnden att inte avräkna

(i) skadeståndet grundat på lagen 15/2012 från 2014 och framåt, eftersom skiljenämnden förklarade sig sakna behörighet att pröva denna fråga;

(ii) skadeståndet grundat på RDL 14/2010 från 2014 och framåt, eftersom skiljenämnden förklarade att RDL 14/2010 inte står i strid med FET i artikel 10(1) energistadgefördraget;

(iii) skadeståndet grundat på RDL 2/2013 från 2014, eftersom skiljenämnden förklarade att RDL 2/2013 inte står i strid med FET i artikel 10(1) energistadgefördraget.

Skiljenämnden har alltså, vid tillämpningen av DCF på skadeberäkningen, inte tagit hänsyn till de slutsatser beträffande ansvar som skiljenämnden tidigare gjort i domen. Skiljedomen hänger därför inte ihop och den sammanlagda effekten av skiljenämndens felaktiga hantering av frågan uppgår till ett belopp om 22,3 miljoner EUR. Denna brist innebär att skiljenämnden gjort sig skyldig till uppdragsöverskridande eller i vart fall begått ett fel i handläggningen som inverkat på utgången av målet. Skiljedomen ska därför upphävas i enlighet med 34 § första stycket 2 eller 6 skiljeförfarandelagen till den del som avser ett skadeståndsbelopp om 22,3 miljoner EUR.

Spanien begärde även efter att skiljedomen meddelats att skiljenämnden, i enlighet med § 41 SCC-reglerna och 32 § skiljeförfarandelagen, skulle rätta skiljedomen i bl.a. denna del. Skiljenämnden avslög emellertid i Procedural Order No. 17 Spaniens begäran. Detta beslut i sig innebär ett handläggningsfel som inverkat på utgången av målet. Skiljedomen ska därför upphävas även på denna grund i enlighet med 34 § första stycket 6 skiljeförfarandelagen till den del som avser ett skadeståndsbelopp om 22,3 miljoner EUR.

3.1.7 Det bestrids att proportionalitetsprincipen eller Europakonventionen utgör hinder för att upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen

Det bestrids att proportionalitetsprincipen utgör hinder för att upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen om förutsättningarna i 34 eller 33 § skiljeförfarandelagen är uppfyllda. Det är inte föreskrivet i dessa paragrafer att domstolarna ska göra en proportionalitetsbedömning eller intresseavvägning. Det finns inte något uttalande till stöd för en sådan prövning i förarbetena till skiljeförfarandelagen.

Även om en proportionalitetsbedömning skulle vidtas av hovrätten, föreligger inget skäl att inte upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen om förutsättningarna i övrigt härför är uppfyllda. Novenergia lider inte någon rättsförlust om skiljedomen skulle upphävas eller ogiltigförklaras. Möjligheten till rättslig prövning står kvar i nationell domstol.

Den omständigheten att artikel 26 energistadgefördraget inte är tillämplig mellan parterna är ett faktum ex tunc och bestämmelsen har således aldrig varit gällande medlemsstater sinsemellan. Det är Novenergia som har förlitat sig på en bestämmelse som är oförenlig med unionsrätten och därvid påkallat skiljeförfarande, vilket Spanien tydligt invänt i skiljeförfarandet. Novenergia kan därmed inte hävda att det förelåg en berättigad förväntning att skiljedomen skulle stå sig.

Det bestrids att ett upphävande eller ogiltigförklaring av skiljedomen skulle utgöra en kränkning av Novenergias rätt till egendomsskydd enligt artikel 1 i det första tilläggsprotokollet till Europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Det är inte fråga om någon inskränkning i egendomsskyddet om skiljedomen upphävs eller ogiltigförklaras och skyddet är dessutom inte absolut. För det fall det skulle vara fråga om en inskränkning av egendomsskyddet, är den laglig och proportionerlig.

Det bestrids att ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen skulle innebära en kränkning av Novenergias rätt till domstolsprövning enligt artikel 6 i Europakonventionen. Novenergia har haft tillgång till rättslig prövning av sitt anspråk vid spansk domstol men frivilligt valt att påkalla skiljeförfarande. Rätten till domstolsprövning är inte absolut.

3.2 Novenergia

3.2.1 Klandergrund (A) – Artikel 26 innehåller ett anbud om skiljeförfarande från bl.a. Spanien till investerare från alla andra medlemsstater i fördraget

Novenergia bestrider Spaniens påstående att artikel 26 energistadgefördraget inte innehåller ett anbud om skiljeförfarande mellan parterna och att något giltigt skiljeavtal inte finns.

Enligt artikel 26.1 och 26.3(a) i energistadgefördraget har Spanien, som utgör en fördragsslutande part, lämnat ett bindande anbud om skiljeförfarande till investerare från annan fördragsslutande part avseende tvister om investeringar inom Spaniens område. Spaniens område är enligt artikel 1.10 i fördraget det territorium som staten har suveränitet över.

Novenergia är en investerare från Luxemburg, en annan avtalsslutande part till energistadgefördraget, som har investerat inom Spaniens område. Novenergia har accepterat Spaniens anbud om skiljeförfarande genom sin notifikation den 18 december 2014. Därigenom har ett skiljeavtal kommit till stånd.

Energistadgefördraget är en internationell traktat som ska tolkas och tillämpas i enlighet med folkrättsliga regler, främst Wienkonventionens bestämmelser.

Varken artikel 1.2 energistadgefördraget, som innehåller en definition av ”fördragslutade part”, eller artikel 1.3 i fördraget, som innehåller en definition av ”regional organisation för ekonomisk integration”, ger stöd för Spaniens tolkning av artikel 26.1. Dessa bestämmelser innebär inte heller i övrigt någon begränsning av de avtalsslutande parternas bundenhet till fördraget. Artikel 1.10 i fördraget, som innehåller en definition av ”område”, innebär inte att fördragsslutande medlemsstaters förpliktelser enligt fördraget sinsemellan regleras av unionsrätten.

Både EU och medlemsstaterna är bundna av energistadgefördraget i dess helhet. Det finns ingen överenskommelse, en så kallad ”disconnection clause”, som ger stöd för Spaniens påståenden om att detta fördrag inte gäller mellan EU-medlemsstater.

Under de förhandlingar som föregick energistadgefördraget var de avtalsslutande parternas avsikt att fördraget, innefattande dess artikel 26, skulle gälla mellan samtliga avtalsslutande parter, även mellan EU:s medlemsstater. Ett förslag av EU-kommissionen om att införa en s.k. ”disconnection clause” avfärdades av såväl EU-medlemsstater som tredje stater.

Det saknas stöd för att ge energistadgefördraget en EU-konform tolkning, eller tolka det enligt andra EU-rättsliga principer.

3.2.2 Klandergrund (B) – Klandergrunden är prekluderad och skiljeavtalet är giltigt

Spanien har förlorat rätten att göra gällande att anbudet i artikel 26 energistadgefördraget är ogiltigt.

Enligt parternas överenskommelse var SCC:s skiljedomsregler tillämpliga på skiljeförfarandet.

Enligt SCC:s skiljedomsregler ska en behörighetsinvändning inkluderas i svaromålet och göras ”utan dröjsmål” för att parten inte ska anses ha avstått från rätten att göra invändningen.

Det som Spanien åberopar till stöd för klandergrund B – att det stående anbudet enligt artikel 26 energistadgefördraget ska anses ogiltigt såsom stridandes mot EU-rätten – har Spanien inte invänt under skiljeförfarandet.

Det bestrids att det saknas ett giltigt skiljeavtal.

Anbudet i artikel 26 energistadgefördraget (se klandergrund A) är giltigt, tillämpligt och saknar inte verkan mellan EU:s medlemsstater. Detta påverkas inte av EU-rätten utan avgörs uteslutande på basis av fördraget och folkrätten. Energistadgefördraget är en multilateral traktat som är bindande för EU och dess medlemsstater. EU-rätt är enligt artikel 26.6 inte tillämplig rätt i tvister enligt fördraget. Skiljenämnden har inte tillämpat EU-rätt, vilket skiljenämnden även konstaterade i skiljedomen.

Det följer varken av Achmea eller EU-domstolens dom av den 2 september 2021, Komstroy, C-741/19, EU:C:2021:655, att tvistlösningsmekanismen i energistadgefördraget skulle strida mot EU-rätten i förevarande fall. Svensk domstol kan inom ramen för sin prövning av en klander- eller ogiltighetstalan göra en utvidgad kontroll av om en skiljedom strider mot tvingande EU-rätt. Prövningen är således inte begränsad på samma sätt som den prövning av skiljedomar enligt tysk rätt som EU-domstolen lade till grund för sina slutsatser i Achmea och sina motsvarande uttalanden i Komstroy.

EU-domstolen kan tolka EU-rätt men saknar behörighet att ogiltigförklara artikel 26 energistadgefördraget. Vid en eventuell konflikt mellan energistadgefördraget och EU-fördragen har det förra fördraget företräde framför EU-fördragen enligt artikel 16 energistadgefördraget.

Under alla förhållanden medför principen om ”legal certainty”, vilken är en allmän rättsprincip inom EU-rätten och därmed en del av primärrätten, att EU-domstolen,

även om den skulle anse att en EU-rättsakt varigenom EU har ingått ett internationellt avtal är oförenlig med EU-fördragen, inte skulle ogiltigförklara EU-rättsakten.

Spanien tillträdde energistadgefördraget den 11 december 1997 och lämnade därigenom det stående och ovillkorade anbudet om skiljeförfarande som framgår av artikel 26 i fördraget. Novenergia har, genom att påkalla skiljeförfarande, förlitat sig på det anbudet och därigenom har ett skiljeavtal ingåtts.

3.2.3 Ogiltighetsgrund (C) - Skiljedomen innefattar inte prövning av en fråga som inte är skiljedomsmässig

Det bestrids att skiljedomen innefattar en prövning som inte är skiljedomsmässig.

Den mellan Novenergia och Spanien omtvistade frågan var förlikningsbar. Skiljenämnden har inte prövat någon fråga om statligt stöd. Vad skiljenämnden prövade var om avskaffandet av Spaniens regleringar utgjorde brott mot Spaniens förpliktelser enligt energistadgefördraget.

EU-domstolen har inte uttalat att skiljeförfarande inte får förekomma, när en stat är part till en tvist.

3.2.4 Ogiltighetsgrund (D) - Varken skiljedomen eller det sätt på vilken den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige

Det bestrids att skiljedomen eller det sätt på vilken den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige.

Den rättsliga grunden för skiljeavtalet, skiljenämndens behörighet och skiljeavtalets eventuella ogiltighet saknar betydelse för frågan om skiljedomen är oförenlig med grunderna för den svenska rättsordningen. Även om Spaniens påståenden vore riktiga, kan de inte innebära att skiljedomen eller det sätt på vilket den tillkommit är uppenbart oförenligt med ordre public.

EU-domstolen har inte uppställt något absolut förbud mot skiljeförfarande. Frågor om erkännande och verkställighet saknar betydelse för skiljedomens giltighet.

3.2.5 Ogiltighetsgrund (E) - Skiljedomen innefattar inte statligt stöd och är i vilket fall inte uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen i Sverige

Det bestrids att skiljedomen eller det sätt på vilket den tillkommit är uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen Sverige.

Skiljedomen innefattar inte statligt stöd. Skiljedomen är en bindande förklaring att Spanien har en folkrättslig förpliktelse, enligt energistadgefördraget, att utge skadestånd till Novenergia. Skiljedomen och utdömandet av skadestånd utgör inte i sig en åtgärd om statligt stöd och kan inte vara oförenlig med EU-rättsliga regler om statligt stöd. Om EU-kommissionen i ett senare skede skulle anse att verkställighet av skiljedomen eller betalning enligt densamma innebär otillåtet statligt stöd, så påverkar det inte giltigheten av skiljedomen.

Även om skiljedomen i sig skulle utgöra statligt stöd och strida mot notifieringskravet i artikel 108(3) FEUF skulle det inte innebära att skiljedomen är oförenlig med svensk ordre public.

EU-kommissionen har inte funnit att någon av de spanska reglerna som var en del av omständigheterna i skiljeförfarandet utgör statligt stöd som är oförenligt med den inre marknaden.

3.2.6 Klandergrund (F) - Skiljedomen ska inte upphävas till viss del

Det bestrids att skiljenämnden har överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel.

Skiljenämnden har tagit hänsyn till sina slutsatser i ansvarsfrågan, fast dragit andra slutsatser för skadeståndsberäkningen än dem som Spanien förespråkat. Vad Spanien klagat på är skiljenämndens bedömning i sak.

Skiljenämnden fann vid sin prövning att den saknade behörighet att pröva Spaniens införande av lagen 15/2012 samt att regleringarna 14/2010 och 2/2013 inte utgjorde självständiga brott mot artikel 10.1 energistadgefördraget. Skiljenämnden fann dock att Spanien genom införandet av den nya regimen passerat tröskeln för ett traktatsbrott. Skiljenämnden noterade att Novenergia ” has quantified the loss suffered as a

consequence of the Specific Regime in isolation [...] to EUR 53.3 million” och utdömde 53,3 miljoner EUR i skadestånd.

Även om Spanien skulle haft rätt i sina påståenden att bedömningen i skadeståndsdelen är ”uppenbart oförenlig” med slutsatserna i ansvarsdelen, så är bedömningen inte ett uppenbart resultat av något misstag eller förbiseende. Bedömningen är resultatet av skiljenämndens övervägda analys. Det skulle således röra sig om en rättslig, eller saklig, felbedömning från skiljenämndens sida, vilket under inga förhållanden kan utgöra grund för klander.

Något handläggningsfel kan inte heller föreligga vad gäller skiljenämndens beslut i Procedural Order No. 17 att avslå Spaniens begäran om rättelser. Spaniens begäran avsåg i själva verket en ändring av skiljedomen, vilket skiljenämnden inte hade behörighet att bevilja enligt 32 § skiljeförfarandelagen respektive § 41 i SCC:s skiljedomregler. Skiljenämnden kommenterade Spaniens påståenden i sak och kom fram till att den stod fast vid sin bedömning i skadestandsfrågan. Även om det hade varit fel att avslå Spaniens begäran på den grunden att skiljenämnden saknade behörighet att pröva den, har beslutet alltså inte haft någon inverkan på utgången.

Spanien har inte konkretiserat på vilket sätt skiljenämnden skulle ha överskridit sitt uppdrag.

3.2.7 Att upphäva skiljedomen baserat på någon av klandergrunderna (A) eller (B) eller att ogiltigförklara den på någon av ogiltighetsgrunderna (C)–(E) vore oproportionerligt och oförenligt med Europakonventionen

Skiljedomen kan inte upphävas eller ogiltigförklaras baserat på Spaniens klandergrunder (A) och (B) respektive ogiltighetsgrunder (C)–(E), eftersom en sådan åtgärd hindras av dels den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen, dels Europakonventionen.

Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen vore oförenligt med den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen av de skäl som anges nedan i förhållande till oförenligheten med Europakonventionens bestämmelser.

Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen skulle innebära en allvarlig och otvetydig kränkning av Novenergias rätt till egendomsskydd av följande skäl.

Genom skiljedomen har Novenergia tillerkänts ersättning från Spanien med ett belopp om 53,3 miljoner EUR jämte ränta. Novenergia skulle gå miste om denna ersättning om skiljedomen upphävs eller ogiltigförklaras och Novenergia saknar alternativa ersättningsmöjligheter för Spaniens traktatsbrott.

Spaniens talan såvitt avser klandergrunderna (A) och (B) samt ogiltighetsgrunderna (C)–(E) grundas i huvudsak på påståenden om EU-rättsliga intressen, i synnerhet ”en enhetlig tolkning av unionsrätten” och ”den fördelning av befogenheter som fastställs i fördragen”.

EU-rätt har överhuvudtaget inte berörts i skiljeförfarandet, vare sig processuellt eller materiellt. Således har de EU-rättsliga intressen som Spanien åberopar inte kunnat äventyras genom skiljeförfarandet. Skiljedomen i sig innebär ingen överträdelse av något EU-rättsligt intresse. Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen är därmed inte ägnat att uppnå de allmänna intressen som Spanien åberopar.

Den skada Novenergia skulle lida om skiljedomen upphävs eller ogiltigförklaras skulle i vilket fall som helst vara oproportionerlig i förhållande till de påstådda intressen som detta skulle kunna uppnå. Novenergia skulle sakna tillgång till någon möjlighet att få ersättning.

Dessutom skulle ett upphävande eller ogiltigförklarande på grundval av EU-domstolens avgöranden i Achmea och Komstroy innebära tillämpning av en folkrättsstridig, retroaktiv ändring av innehållet i energistadgefördraget, utan att någon särskild motivering till denna retroaktiva åtgärd lämnats. Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen skulle även av denna anledning innebära en allvarlig och otvetydig kränkning av Europakonventionen.

Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen skulle vidare innebära en allvarlig och otvetydig kränkning av Novenergias rätt till domstolsprövning av följande skäl.

Genom att påkalla skiljeförfarande mot, och därigenom ingå skiljeavtal med, Spanien avstod Novenergia från sin rätt till prövning inför domstol enligt Europakonventionen.

Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen skulle innebära att detta avstående inte längre gäller, varvid Novenergia har en konventionsskyddad rätt att få sitt krav prövat inför domstol, i detta fall av spansk domstol.

Novenergia saknar emellertid rättsliga möjligheter att få sitt skadeståndskrav med stöd av investeringsskyddsbestämmelserna i energistadgefördraget prövat av spansk domstol om skiljedomen upphävs eller ogiltigförklaras. En sådan talan vore preskriberad enligt spansk rätt. Vidare tillhandahåller inte spansk (materiell) rätt någon reell möjlighet till kompensation för enskilda som åsamkats skada genom den spanska statens lagstiftningsåtgärder. De skador som Novenergia erhållit kompensation för genom skiljedomen utgör resultatet av sådana lagstiftningsåtgärder. Ett hypotetiskt krav från Novenergia med stöd av spansk materiell rätt skulle hur som helst vara preskriberat enligt spansk rätt.

Om Novenergia inte längre kan stödja sig på det erbjudande om skiljeförfarande som Spanien lämnade genom artikel 26.3 energistadgefördraget kan Novenergia alltså inte inleda processer inför spanska domstolar med stöd av investeringsskyddsbestämmelserna i detta fördrag eller, även om det hade erbjudit en likvärdig möjlighet till kompensation, med stöd av spansk materiell rätt. Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen skulle därför innefatta en allvarlig och otvetydig kränkning av Novenergias grundläggande rätt till domstolsprövning.

4. PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

4.1 Spanien

4.1.1 Angående klander- och ogiltighetsgrunderna (A)–(F)

Energistadgefördraget är ett multilateralt avtal inom energiområdet. Europeiska unionen är part till avtalet. Bestämmelser i internationella avtal utgör en integrerad del av unionsrätten. Eftersom EU är fördragsslutande part till fördraget, utgör detta fördrag en del av unionsrätten. När bestämmelserna i avtalet tillämpas mellan EU:s medlemsstater måste de tolkas så att de till fullo är förenliga med unionsrätten och de grundläggande principer som unionsrätten vilar på, t.ex. principen om unionsrättens autonomi och unionsrättens företräde. En unionsrättsligt konform tolkning medför att

artikel 26 energistadgefördraget inte innehåller något anbud om skiljeförfarande från Spanien i förhållande till investerare från andra medlemsstater i EU.

Artikel 26 måste vidare tolkas i ljuset av dess historiska, rättsliga och institutionella bakgrund, vilken återspeglas i andra bestämmelser i fördraget. Syftet med fördraget var att skapa en internationell ram för samarbete inom energisektorn mellan de europeiska gemenskaperna å ena sidan och Ryssland, CIS-länder och länder i Central- och Östeuropa å andra sidan. Avsikten har aldrig varit att dessa bestämmelser skulle tillämpas mellan EU:s medlemsstater. EU:s expansion medförde dock att ett stort antal investeringsskyddsavtal även kom att reglera EU-interna förhållanden, och dessas tvistlösningsmekanismer stod därmed också i konflikt med tvingande unionsrättsliga regler. EU-kommissionen uppmärksammade denna konflikt redan år 2007. Sedan år 2008 har kommissionen intervenerat i ett stort antal skiljeförfaranden.

Enligt artikel 1.2 energistadgefördraget avses med fördragsslutande part ”en stat eller regional organisation för ekonomisk integration, som gått med på att låta sig bindas av detta fördrag och som fördraget trätt i kraft för”. Enligt artikel 1.3 avses med regional organisation för ekonomisk integration ”en organisation, som bildats av stater som till den överfört behörighet i vissa frågor, av vilka några regleras i detta fördrag, inklusive behörighet att fatta bindande beslut i dessa frågor”. EU och dess medlemsstater utgör en regional organisation för ekonomisk integration. Av artikel 36.7 framgår att EU röstar inom de områden som faller inom EU:s kompetens och att enskilda medlemsstater röstar inom de områden som faller inom respektive medlemsstats egen kompetens. Det framgår alltså där att behörigheten är delad. EU har i samband med anslutningen till energistadgefördraget förklarat att medlemsstaterna överlämnat hela eller delar av sin beslutanderätt avseende frågor som regleras i fördraget och att denna konstruktion accepterats av fördraget. Uttalandet ger tydligt besked om att EU inte avsåg att energistadgefördraget skulle utgöra grund för intra-EU investeringstvister. Uttalandet förutsätter att artikel 26 i fördraget saknar verkan sinsemellan EU:s medlemsstater.

Investeringskydd och i synnerhet investeringar på energiområdet träffar själva kärnan av EU:s inre marknad. Om EU och dess medlemsstater skulle kunna komma överens

om ett separat och motstridigt regelsystem för investeringsskydd, att tillämpas sinsemellan, skulle detta stå i strid med artikel 3.2 FEUF. En tillämpning av artikel 26 i EU-interna investeringstvister strider mot medlemsstaternas åtagande gentemot EU.

En skiljenämnd utgör inte en domstol i den mening som avses i artikel 267 i FEUF och kan inte hänskjuta frågor till EU-domstolen.

Frågan om en tvist är skiljedomsässig eller inte avgörs inte bara av om de materiella frågorna är förlikningsbara utan även av om tvisten i sig är skiljedomsässig. Av avgörandet i Achmea framgår att förevarande tvist inte är skiljedomsässig.

Skiljeförfarandelagen speglar i stor utsträckning bestämmelserna i New Yorkkonventionen och UNCITRAL:s regler (modellagen). Det har bland annat i förarbeten till skiljeförfarandelagen uttalats att modellagens bestämmelser ska beaktas i varje delfråga. Definitionen av skiljedomsässiga tvister i New Yorkkonventionen och modellagen är att tvisten är ”capable of settlement by arbitration”. Denna definition speglar hur skiljedomsässighet ska förstås, nämligen ”I detta lagstiftningsärende reserveras skiljedomsässig för tvister som kan lämnas till avgörande av skiljemän antingen på förhand eller sedan de uppkommit.” Fråga är således inte om de materiella frågorna är skiljedomsässiga, utan om tvisten i sig är skiljedomsässig, vilket det framgår av Achmea att förevarande tvist inte är.

Det finns inget skiljeavtal. Trots det meddelade skiljenämnden skiljedomen.

EU-kommissionen har i beslut den 10 november 2017 C (2017) 7384 slagit fast att investeringstvister intra-EU inte får förekomma och att sådana tvister står i strid med EU-rätten. Därmed är sådana tvister också oförenliga med rättsordningen i Sverige. Kommissionens beslut utgör en del av unionsrätten och ska tillämpas och ges full effekt i Sverige. Beslutet kan inte överprövas av någon annan instans än av de europeiska domstolarna, med EU-domstolen som högsta instans. Beslutet är alltså bindande för en skiljenämnd. EU-kommissionens inställning har bekräftats av EU-domstolen i Achmea.

För det fall skiljeavtalet mellan Spanien och Novenergia skulle anses giltigt är skiljedomen ändå inte förenlig med rättsordningen i Sverige, eftersom skiljenämndens

utdömande av skadestånd i sig utgör statligt stöd. Detta framgår bl.a. av EU-kommissionens beslutspraxis.

Spaniens regleringar av elmarknaden är åtgärder som har utgjort statligt stöd i enlighet med artikel 107.1 FEUF. Utdömande av skadestånd enligt skiljedomen utgör statligt stöd som i sig är i strid med unionsrätten. Frågor om statligt stöd faller inom EU-kommissionens exklusiva behörighet. Skiljenämnden har alltså inte haft behörighet att pröva frågor om detta i skiljeförfarandet. Detta följer av artikel 108 FEUF och anges uttryckligen i kommissionens beslut 7384.

Därtill skulle erkännande och verkställighet av skiljedomen innebära utbetalning av skadestånd och i sig utgöra statligt stöd, i enlighet med artikel 107.1 FEUF. EU-kommissionens uttalanden i detta avseende har därefter bekräftats av EU-domstolen.

Skiljenämndens bedömningar i fråga om skadeståndet utgjorde inte felbedömningar utan ett uppdragsöverskridande eller i vart fall ett handläggningsfel.

4.1.2 Angående frågan om Europakonventionen utgör hinder för att upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2016/C 202/02), EU-stadgan har samma innehåll som artikel 6 i Europakonventionen. Det finns en presumtion för att EU-rätten respekterar Europakonventionens bestämmelser.

För det fall proportionalitetsprincipen skulle vara aktuell att beakta, är det något som EU-domstolen själv skulle ha betonat i domskälen i Achmea. I avgörandet har EU-domstolen emellertid inte i något avseende gett uttryck för att proportionalitetsprincipen är av betydelse för tolkningen av investeringsskyddsavtals förenlighet med unionsrätten. Det saknas därmed utrymme för nationella domstolar att i sin tur ompröva EU-domstolens dom och jämka effekterna av densamma. En sådan tillämpning skulle stå i strid med unionsrättens grundläggande principer och underminera unionsrättens autonomi.

Enligt artikel 6.3 Fördraget om Europeiska unionen (FEU) ingår de grundläggande rättigheterna såsom de garanteras enligt Europakonventionen i unionsrätten som

allmänna principer. De bestämmelser i EU-stadgan som motsvaras av bestämmelser i Europakonventionen ska ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen (artikel 52.3 EU-stadgan). EU-domstolen beaktar Europadomstolens praxis vid tolkningen av unionsrätten.

Europadomstolen har slagit fast att skyddet av mänskliga rättigheter inom EU får anses vara likvärdigt med skyddet enligt Europakonventionen och att det därför finns en presumtion för att unionsrätten respekterar Europakonventionen. Presumtionen kan brytas om det i det enskilda fallet finns omständigheter som innebär att skyddet för konventionsrättigheterna är uppenbart otillräckligt.

Principen om unionsrättens företräde innebär att svenska domstolar och myndigheter är bundna av EU-domstolens tolkning av unionsrätten. En svensk domstol kan frånga vad som följer av EU-domstolens tolkning av en unionsbestämmelse endast om tillämpningen i det enskilda fallet annars skulle utgöra en allvarlig och otvetydig kränkning av Europakonventionen. Att upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen innebär inte någon sådan allvarlig och otvetydig kränkning av Novenergias rättigheter.

Artikel 26 i energistadgefördraget föreskriver flera möjliga alternativ till tvistelösning, bl.a. talan i nationell domstol. Novenergia har följaktligen haft möjlighet att få sitt skadeståndskrav mot Spanien enligt fördraget prövat vid spansk domstol, i enlighet med artikel 6.1 Europakonventionen. Om Novenergia skulle väcka talan vid spansk domstol skulle anspråket inte heller vara preskriberat.

4.2 Novenergia

4.2.1 Angående klander- och ogiltighetsgrunderna (A)–(F)

Genom att tillträda energistadgefördraget har samtliga parter iklätt sig skyldigheter och förvärvat rättigheter gentemot övriga avtalsparter under folkrätten. En avtalsslutande parts underlåtenhet att fullgöra sina skyldigheter enligt fördraget utgör alltså ett brott mot de folkrättsliga förpliktelserna som den avtalsbrytande parten har åtagit sig gentemot övriga avtalsparter. Omständigheten att fördraget även utgör en unionsrättsakt och är en del av EU:s rättsordning innebär inte att fördraget upphör att vara en

internationell traktat. Fördraget existerar både i egenskap av folkrättslig traktat och som unionsrättsakt.

Wienkonventionens bestämmelser om hur en traktat ingås, tolkas, ändras eller upphör ska beaktas vid frågor om tolkning eller giltighet av en traktat. En traktats förarbeten är sådant som kan beaktas vid tolkningen.

Energistadgefördraget har sitt ursprung i den europeiska energistadgan. Kommissionen välkomnade initiativet till stadgan, som skulle gälla både mellan EU:s medlemsstater och i förhållande till tredjeländer. EU:s institutioner, däribland EU-kommissionen, spelade även en aktiv roll vid framförhandlandet av fördraget. Det är baserat på de politiska ställningstaganden som gjordes i den Europeiska energistadgan, vilket framgår av förordet till fördraget.

Vid framförhandlandet av energistadgefördraget föreslog EU-kommissionen att en s.k. ”disconnection clause” skulle införas i fördraget. Enligt förslaget skulle klausulen begränsa tillämpligheten av fördraget på så vis att traktaten endast skulle tillämpas mellan EU:s medlemsstater vid avsaknaden av en tillämplig unionsrättslig regel. De förhandlande parterna enades om att inte införa en ”disconnection clause”. I vissa andra avseenden innehåller fördraget bestämmelser som uttryckligen begränsar traktatens tillämpningsområde.

Energistadgefördraget syftar till att åstadkomma en energigemenskap innefattande samtliga fördragsslutande parter, i motsats till ett nätverk av bilaterala relationer. Detta underströks under framförhandlandet av fördraget. EU-kommissionen framhöll under denna tid att syftet med traktaten även var att underlätta handel och investeringar på energiområdet inom EU.

Artikel 16 hanterar förhållandet mellan fördraget och andra rättsliga instrument. Om två eller flera fördragsslutande parter har ingått en tidigare eller senare internationell traktat ska, enligt artikeln, den traktat som är mest förmånlig för investeraren tillämpas. När energistadgefördraget bedöms som mer förmånlig för investeraren än den andra traktaten, ska alltså fördraget ges företräde.

Tvister under energistadgefördraget ska, enligt artikel 26.6, avgöras med tillämpning av fördraget och internationell rätt. Unionsrätten är inte en del av internationell rätt i den mening som avses i bestämmelsen. Unionsrätten utgör alltså inte tillämplig materiell rätt under fördraget.

Under senare tid har EU:s institutioner försökt ändra innehållet i bilaterala investeringsskyddsavtal samt i energistadgefördraget. Som en följd av Achmea undertecknade ett stort antal av EU:s medlemsstater två deklARATIONER ÅR 2019, i vilka de åtog sig att säga upp alla bilaterala investeringsskyddsavtal som slutits mellan dem och andra EU-medlemsstater. År 2020 ingick medlemsstaterna därefter ett avtal om avslutande av bilaterala investeringsskyddsavtal. Motsvarande deklARATIONER har inte undertecknats med avseende på tvistelösningsbestämmelsen i energistadgefördraget till följd av EU-domstolens dom i Komstroy. Däremot har EU-kommissionen i oktober 2022 föreslagit att parterna till energistadgefördraget ska ingå ett avtal om tolkningen av fördraget enligt bestämmelsen i artikel 31.3.a Wienkonventionen om traktaträtten. Förslaget innebär att de fördragsslutande parterna ska komma överens om att energistadgefördraget inte ska gälla, och aldrig heller har gällt, i EU-interna relationer. Även EU:s institutioner är införstådda med att folkrättsliga åtgärder behöver vidtas för att ändra innehållet i energistadgefördraget. Några sådana åtgärder har ännu inte vidtagits.

Spanien gjorde i skiljeförfarandet gällande att Novenergia inte var att anse som en investerare från en annan fördragsslutande part i energistadgefördragets mening, då hela EU utgör ett område vid tillämpningen av artikel 26. Spaniens invändning i skiljeförfarandet avsåg alltså tolkningen av olika begrepp i fördraget (dvs. klandergrund A). Spanien invände däremot inte i skiljeförfarandet att anbudet i artikel 26 skulle anses ogiltigt (dvs. klandergrund B).

I skiljedomen återgav skiljenämnden Spaniens jurisdiktionsinvändning så som den hade presenterats i Spaniens yttranden i skiljeförfarandet. Skiljenämnden prövade också Spaniens invändning mot bakgrund av hur Spanien hade formulerat den.

Skiljenämnden utförde en sedvanlig traktattolkning i enlighet med Wienkonventionens regler och fann att artikel 26 enligt dess ordalydelse är tillämplig på tvister på tvister mellan fördragsslutande parter och investerare från andra fördragsslutande parter samt

att en investerare från Luxemburg är en sådan i förhållande till Spanien. En tolkning enligt Wienkonventionens regler ledde vidare skiljenämnden fram till slutsatsen att fördraget inte innehåller någon ”disconnection clause” som undantar EU-interna tvister från energistadgefördragets tillämpningsområde.

Skiljenämnden förklarade även att bedömningen av dess behörighet ska ske uteslutande utifrån bestämmelserna i energistadgefördraget, och att skiljenämnden inte tillämpade unionsrätt.

Beräkning av skadeståndet

Utgångspunkten för Novenergias beräkning av skadeståndskravet i skiljeförfarandet var att Novenergia genom skadeståndet skulle försättas i samma situation som om Spanien inte hade brutit mot sina förpliktelser enligt energistadgefördraget. För denna beräkning utsåg Novenergia en expert som kvantifierade Novenergias skada till följd av samtliga omtvistade lagstiftningsåtgärder. På basis av beräkningen yrkade Novenergia ersättning för skadestånd av Spanien som grundade sig på att alla de lagstiftningsåtgärder som vara föremål för prövning utgjorde brott mot energistadgefördraget. Det kravet uppgick till 61,3 miljoner EUR.

Efter huvudförhandlingen i skiljeförfarandet bad skiljenämnden parterna att kvantifiera den ekonomiska effekten av varje enskild lagstiftningsåtgärd som var föremål för prövning i skiljeförfarandet. I enlighet med skiljenämndens instruktioner presenterade Novenergia sin beräkning av effekterna av de olika lagstiftningsåtgärderna.

Novenergias beräkning visade att den samlade inverkan i tiden före lagen 9/2013, dvs. den lag som slutligt avskaffade Spaniens garantier till producenter av energi från förnyelsebara källor, uppgick till 8 miljoner EUR. Avseende konsekvensen i tiden efter lagen hade Novenergia förklarat i skiljeförfarandet att de olika lagarna som föregick lagen 9/2013 blev en del av denna när den infördes. Det innebar att de lagar som föregick lagen 9/2013 fick vissa kostnadskonsekvenser för Novenergia även i tiden efter dess införande. Skadan i tiden efter lagen 9/2013 beräknade Novenergia till 53,3 miljoner EUR. Detta motsvarar även differensen mellan det totala yrkande

skadeståndet om 61,3 miljoner EUR och de 8 miljoner EUR som avsåg skador i tiden före lagen.

Spanien argumenterade för att för det fall att den lagstiftning som föregick lagen 9/2013 inte ansågs utgöra brott mot energistadgefördraget, skulle skadeståndet sänkas ytterligare i tiden efter införandet av lagen. Spanien gjorde gällande att skadeståndet skulle reduceras med åtminstone ytterligare 14 miljoner EUR för det fall dekret 15/2012 inte ansågs utgöra brott mot energistadgefördraget. Avseende övriga lagstiftningsåtgärder angav Spanien inte några motsvarande belopp.

Skiljenämnden fann att Spanien genom införandet av lagen 9/2013 brutit mot sina förpliktelser enligt energistadgefördraget. Nämnden fann vidare att de skador som Novenergia drabbats av i tiden före införandet av lagen 9/2013 skulle räknas av från skadeståndet, och detta eftersom det var först genom införandet av lagen 9/2013 som Spanien brutit mot sina förpliktelser enligt energistadgefördraget. Mot denna bakgrund förklarade skiljenämnden hur de ekonomiska konsekvenserna av de olika lagstiftningsåtgärderna som föregick lagen 9/2013 skulle kvantifieras. Skiljenämnden beräknade skadeståndet på samma sätt som Novenergia gjort. Skiljenämnden tog alltså i sin skadeståndsberäkning hänsyn till att de lagar som infördes före lagen 9/2013 inte utgjorde självständiga brott mot energistadgefördraget.

4.2.2 Angående frågan om Europakonventionen eller proportionalitetsprincipen utgör hinder mot att upphäva eller ogiltigförklara skiljedomen

Ett bindande och verksamt skiljeavtal kom till stånd mellan Spanien och Novenergia genom att Novenergia, genom sin påkallelseskrift, accepterade Spaniens anbud i artikel 26 energistadgefördraget. I förlitan på detta anbud saknades det anledning för Novenergia att inleda en domstolsprocess mot Spanien.

Om Novenergia inte skulle ha kunnat förlita sig på det anbud om skiljeförfarande som Spanien lämnade, skulle den enda teoretiska möjligheten för Novenergia att få sina materiella rättigheter enligt energistadgefördraget prövade vara att väcka talan vid spansk domstol enligt artikel 26.2. a) energistadgefördraget. En sådan talan skulle behöva föras enligt den spanska lagen 29/1998. Enligt artikel 31.1 i den lagen skulle

Novenergia kunna angripa lagen 9/2013, vars införande orsakade Novenergia skada, genom ett granskningsförfarande. Novenergia skulle vidare kunna kräva ersättning för skada i enlighet med artikel 31.2 i lagen 29/1998. Ett sådant krav skulle dock vara underställt de begränsningar som följer av spansk rätt, vilket i sig innebär att en prövning enligt den spanska lagen inte skulle vara ett alternativ som är likvärdigt med ett internationellt skiljeförfarande enligt energistadgefördraget. Något annat förfarande i vilket Novenergia skulle kunna få sina rättigheter enligt energistadgefördraget prövade vid spansk domstol finns dock inte. Ett hypotetiskt krav enligt lagen 29/1998 är dessutom preskriberat enligt artikel 46.1 i denna lag. Detta då Novenergia hade behövt inleda en sådan talan senast två månader från att den lag som angrips, dvs. lagen 9/2013, publicerades i juli 2013. Novenergia hade alltså behövt inleda förfarandet senast i september samma år.

Lagen 40/2015, som Spanien har hänvisat till, trädde i kraft i först i oktober 2016. Lagen är därför inte tillämplig i tiden för Novenergias skada. Denna lag är inte heller tillämplig på ett krav grundat på energistadgefördragets materiella skyddsbestämmelser.

Novenergia kan inte heller föra en talan om skadestånd baserat på spansk materiell rätt. Lagen 30/1992 innehåller visserligen materiella bestämmelser om den spanska statens skadeståndsansvar, men även ett krav enligt artikel 142.5 i denna lag vore preskriberat. Talefristen för att framställa ett krav enligt denna lag är ett år från den skadegörande händelsen eller den tidpunkt då skadan uppkom. För Novenergias del inträffade den skadegörande händelsen genom införandet av lagen 9/2013 som trädde i kraft i juli 2013. Novenergias skada uppkom även samtidigt med att den infördes. Talefristen enligt denna lag löpte ut i juli 2014.

5. KOMMISSIONENS YTTRANDE OCH UTREDNINGEN I ÖVRIGT

Europeiska kommissionen (kommissionen) har – med stöd av artikel 29 i rådets förordning (EU) 2015/1589 av den 13 juli 2015 om genomförandebestämmelser för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt – på eget initiativ avgett skriftligt yttrande till hovrätten. I yttrandet har kommissionen anfört i huvudsak

följande. Skiljedomen innebär ett uppenbart åsidosättande av grunderna för rättsordningen, i detta fall EU:s lagstiftning om statligt stöd. Åsidosättandet består för det första i att skiljedomstolen inte tillämpat artiklarna 107 och 108 i FEUF för att kontrollera om den ursprungliga stödordningen utgjorde olagligt statligt stöd. Om skiljedomstolen hade gjort det hade den kunnat konstatera att stödordningen utgjorde olagligt statligt stöd vilket hade medfört att skiljedomstolen inte hade kunnat konstatera att det skett en kränkning av berättigade förväntningar. För det andra åsidosatte skiljedomstolen kommissionens beslut om statligt stöd, trots att ett beslut som antagits på grundval av artikel 108.3 FEUF utgör en del av EU:s grunder för rättsordningen och måste följas av skiljedomstolarna. Dessa två åsidosättanden innebär, var för sig, att skiljedomen måste ogiltigförklaras.

Parterna har lagt fram omfattande skriftlig bevisning.

6. DOMSKÄL

6.1 Disposition och prövningsordning

Spanien har yrkat att skiljedomen ska upphävas alternativt ogiltigförklaras samt åberopat två alternativa grunder till stöd för sin klandertalan och tre alternativa grunder till stöd för talan om att skiljedomen ska förklaras ogiltig. I andra hand har Spanien yrkat att skiljedomen ska upphävas delvis.

Spanien har förklarat sig inte ha någon synpunkt på i vilken ordning hovrätten prövar de alternativa yrkandena respektive grunderna och har inte heller påkallat att hovrätten, vid bifall till något av Spaniens förstahandsyrkanden på någon grund, även ska pröva övriga grunder.

Novenergia har å sin sida ansett att hovrätten bör pröva hela målet, dvs. samtliga yrkanden och grunder, även för det fall Spanien skulle få framgång beträffande något av sina yrkanden. Novenergia har också haft synpunkter på i vilken ordning som hovrätten ska pröva yrkandena och grunderna.

Hovrätten konstaterar att ogiltighetsreglerna och klanderreglerna i 33 § respektive 34 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande (skiljeförfarandelagen) tillgodoser olika skyddsintressen. Medan klanderreglerna uteslutande tar sikte på parternas skyddsintressen syftar ogiltighetsreglerna till att skydda ett allmänt eller tredje mans intresse. Ogiltighetsreglerna ska beaktas av domstol även utan yrkande av en part. (Se bl.a. prop. 1998/99:35 s. 140 och 231.) Enligt hovrätten är det i detta mål lämpligt att först pröva om skiljedomen är ogiltig på någon grund.

När det gäller de alternativa ogiltighetsgrunderna bör först bedömas om tvisten är skiljedomsmässig (jfr NJA 2015 s. 438 p. 12). Hovrätten inleder med att pröva om EU-domstolens avgöranden i domarna av den 6 mars, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158; den 2 september 2021, Komstroy, C-741/19, EU:C:2021:655 och den 26 oktober 2021, PL Holdings, C-109/20, EU:C:2021:875 medför att tvisten mellan Spanien och Novenergia inte är skiljedomsmässig, dvs. del av Spaniens ogiltighetsgrund (C).

6.2 Frågan om tvisten är skiljedomsmässig

6.2.1 Inledning

Enligt Spanien har det inte varit möjligt att avgöra tvisten genom skiljedom, eftersom skiljeklausulen i artikel 26 energistadgefördraget, enligt Spanien, inkräktar på den befogenhetsordning som slagits fast i EU-fördragen och därmed även på autonomi i unionens rättsordning.

Novenergia har å sin sida invänt att de frågor som skiljenämnden i detta fall haft att pröva rör skadestånd på grund av brott mot energistadgefördraget, vilka frågor i dess helhet måste bedömas ha varit skiljedomsmässiga och möjliga att pröva i ett skiljeförfarande.

Båda parter har argumenterat kring betydelsen av EU-domstolens avgöranden i Achmea, Komstroy och PL Holdings.

6.2.2 Rättsliga utgångspunkter

33 § och 1 § skiljeförfarandelagen

Enligt 33 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen är en skiljedom ogiltig, om den innefattar prövning av en fråga som enligt svensk lag inte får avgöras av skiljemän.

Vilka frågor som får avgöras av skiljemän framgår i första hand av 1 § skiljeförfarandelagen. Enligt paragrafens första stycke får tvister i frågor som parterna kan träffa förlikning om genom avtal lämnas till avgörande av skiljemän. Härigenom ges parterna en stor frihet att själva bestämma över skiljeavtalet. (Se a. prop. s. 48 f. och 231.)

Termen skiljedomsförfarande tar sikte på tvister som kan lämnas till avgörande av skiljemän antingen på förhand eller sedan de uppkommit. En tvist som betecknas som icke skiljedomsförfarande kan inte alls lämnas till avgörande av skiljemän. Som framgått avgörs det skiljedomsförfarandemässiga området i första hand av om tvisten är dispositiv eller inte. Det finns dock vissa dispositiva tvister som i lag uttryckligen är undantagna från det skiljedomsförfarandemässiga området, t.ex. vissa arbetstvister. (Se a. prop. s. 48 f. och 231.) Även indispositiva processhinder medför alltså att tvistefrågan inte anses skiljedomsförfarandemässig (se även Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar, tredje uppl., 2020, kommentaren till 33 §, punkt 4.1.1).

Det nu sagda ska skiljas från sådana fall när skiljeavtal inte godtas för framtida tvister, se t.ex. 6 § skiljeförfarandelagen beträffande konsumenttvister. Om en skiljedom då meddelas, föreligger det en klandergrund enligt 34 § första stycket 1 samma lag. När ett förbud mot skiljeavtal gäller såväl på förhand som då tvisten uppkommit, är frågan alltså inte skiljedomsförfarandemässig och skiljedomen ogiltig enligt 33 § första stycket 1. (Se a. prop. s. 49 och 231.)

EU-domstolens avgöranden

Som framgått har EU-domstolen i de tre förhandsavgörandena *Achmea*, *Komstroy*, och *PL Holdings* uttalat sig om skiljeklausuler i internationella investeringsskyddsavtal, som ingåtts av två eller flera medlemsstater i EU, och avtalens förenlighet med unionsrätten.

I *Achmea* gällde frågan en skiljeklausul i ett bilateralt investeringsskyddsavtal mellan Slovakien och Nederländerna. Med tillämpning av skiljeklausulen hade ett nederländskt försäkringsbolag påkallat ett skiljeförfarande mot Slovakien. Skiljeförfarandet ägde rum i Tyskland. Sedan skiljedomen angripits i tysk domstol begärde den nationella domstolen förhandsavgörande från EU-domstolen (*Achmea*, p. 23).

EU-domstolen erinrade om att ett internationellt avtal, enligt domstolens fasta praxis, 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 (*Achmea*, p. 32 med där gjorda hänvisningar).

Med hänvisning till att förfarandet med förhandsavgörande utgör kärnan i det unionsrättsliga domstolssystemet konstaterade EU-domstolen, *att* skiljenämnden kunde komma att tolka och tillämpa unionsrätten men *att* skiljenämnden inte utgjorde en domstol i den mening som avses i artikel 267 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) som kunde begära förhandsavgörande, samt *att* behörig tysk domstol endast får göra en begränsad prövning (*Achmea*, p. 37–53).

Sammanfattningsvis fann EU-domstolen att de aktuella medlemsstaterna genom att ingå ett bilateralt avtal 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. EU-domstolen bedömde att den aktuella skiljeklausulen i avtalet inte var förenlig med principen om lojalt samarbete och därmed undergrävde unionsrättens autonomi (*Achmea*, p. 56–59).

I *Komstroy* uttalade sig EU-domstolen, bl.a. med hänvisning till sina uttalanden i *Achmea*, om skiljeklausulen i artikel 26.2. c) energistadgefördraget. Med tillämpning

av skiljeklausulen hade en ukrainsk distributör påkallat ett skiljeförfarande mot Moldavien. Skiljeförfarandet ägde rum i Frankrike. Sedan skiljedomen angripits i fransk domstol begärde den nationella domstolen förhandsavgörande från EU-domstolen. Frågorna gällde bl.a. artikel 26.1 i energistadgefördraget men inte uttryckligen om artikel 26.2. c) var tillämplig mellan EU-medlemsstater (Komstroy, p. 20).

EU-domstolen inledde med att konstatera att en rättsakt som beslutats av en av unionens institutioner är en del av unionens rättsordning samt att domstolen var behörig att meddela förhandsavgörande och att tolka energistadgefördraget (se Komstroy, p. 23 och 27).

Vidare erinrade EU-domstolen åter om att ett internationellt avtal, enligt domstolens fasta praxis, inte får inkräkta på den befogenhetsordning som slagits fast i fördragen och därmed på autonomi hos unionens rättsordning. Domstolen konstaterade också att eftersom energistadgefördraget är en unionsrättsakt har en sådan skiljedomstol som avses i artikel 26.6 att tolka och till och med tillämpa unionsrätten. (Se Komstroy, p. 42, 49 och 50.)

Därefter prövade EU-domstolen, med hänvisning till sina uttalanden i *Achmea*, dels om den aktuella skiljedomstolen utgjorde en del av domstolssystemet i Frankrike, dels om en skiljedom från en sådan skiljedomstol var underkastad en kontroll av en domstol som kan säkerställa att unionsrätten iakttas fullt ut och eventuellt begära förhandsavgörande från EU-domstolen (se Komstroy, p. 51–60 med däri gjorda hänvisningar till *Achmea*). Dessa frågor besvarades nekande.

Mot denna bakgrund uttalade EU-domstolen, trots att de ställda frågorna inte tog sikte på artikel 26.2. c) energistadgefördraget, att bestämmelsen ska tolkas så, att den inte är tillämplig på tvister mellan en medlemsstat och en investerare från en annan medlemsstat angående en investering som sistnämnda investerare gjort i den förstnämnda medlemsstaten (Komstroy, p. 66).

EU-domstolens avgörande i *PL Holdings* hade sin bakgrund i ett investeringskyddsavtal mellan Belgien och Luxemburg å ena sidan och Polen å den andra.

Skiljeförfarandet ägde rum i Sverige och svensk rätt var därför tillämplig på förfarandet. Frågan till EU-domstolen, som ställdes av Högsta domstolen, gällde inte den aktuella skiljeklausulens förenlighet med unionsrätten utan om artiklarna 267 och 344 Fördraget om den Europeiska unionen (FEUF) skulle tolkas så, att de utgjorde hinder för en nationell lagstiftning som tillåter en medlemsstat att med en investerare från en annan medlemsstat ingå ett ad hoc-skiljeavtal som gör det möjligt att fortsätta ett skiljeförfarande som inletts med stöd av en skiljeklausul med samma innehåll som detta avtal, vilken återfinns i ett internationellt avtal ingånget mellan dessa båda medlemsstater och vilken är ogiltig på grund av att den strider mot nämnda fördragsartiklar (se PL Holdings, p. 37). EU-domstolen besvarade den frågan jakande.

PL Holdings begärde att domstolen skulle begränsa domens rättsverkningar i tiden, så att den inte skulle påverka skiljeförfaranden som i god tro inletts på grundval av ad hoc-skiljeavtal och som avslutats innan domen meddelats (se PL Holdings, p. 57).

EU-domstolen erinrade om att den tolkning av en unionsbestämmelse som domstolen gör innebär att den aktuella bestämmelsens innebörd och tillämpningsområde klargörs och förtydligas, såsom den ska tolkas och tillämpas eller borde ha tolkats och tillämpats från och med sitt ikraftträdande. Därefter konstaterade domstolen att en begränsning av domens rättsverkningar i tiden i själva verket skulle begränsa verkningarna av domstolens tolkning av medlemsstatens skyldigheter enligt fördragen, särskilt enligt artikel 4.3 FEUF samt artiklarna 267 och 344 FEUF, såsom de tolkats i Achmea, och avslog begäran om att avgörandet skulle begränsas i tiden (se PL Holdings, p. 58, 65, 66 och 69).

6.2.3 Hovrättens bedömning

För att kunna bedöma frågan om den nu aktuella tvisten varit skiljedomsmässig är det först nödvändigt att ta ställning till vilka slutsatser som kan dras av de nämnda avgörandena från EU-domstolen.

I Achmea prövade EU-domstolen en tvistlösningsklausul i ett bilateralt investerings-skyddsavtal medan domstolen i Komstroy bedömde en motsvarande klausul, artikel 26, i energistadgefördraget. Som framgått i det föregående upprepade EU-domstolen i

Komstroy sina ställningstaganden i Achmea att ett internationellt avtal, enligt domstolens fasta praxis, inte får inkräkta på den befogenhetsordning som slagits fast i fördragen och därmed på autonomi hos unionens rättsordning. EU-domstolen konstaterade att själva energistadgefördraget är en unionsrättsakt och att en skiljedomstol som avses i artikel 26.6 i fördraget har att tolka och tillämpa unionsrätten. Efter sin prövning av energistadgefördragets tvistlösningsförfarande fann EU-domstolen att medlemsstaterna genom artikel 26.3. a) energistadgefördraget samtyckt till att undandra tvister som kan avse tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten från sina egna domstolars behörighet och därmed från det rättsmedelssystem som medlemsstaterna enligt artikel 19.1 Fördraget om Europeiska unionen (FEU) är skyldiga att inrätta på områden som omfattas av unionsrätten. Det var mot denna bakgrund som EU-domstolen slog fast att artikel 26.2. c) inte är tillämplig på tvister mellan en medlemsstat och en investerare från en annan medlemsstat. (Se Komstroy, p. 42–66.)

Hovrätten konstaterar att de skäl som EU-domstolen lade till grund för sin bedömning är av generell karaktär och bedömer att de inte lämnar utrymme för någon annan slutsats när, som i detta fall, svensk rätt är tillämplig på förfarandet. Att uttalandet beträffande artikel 26.2. c) inte gjordes som svar på en direkt fråga till domstolen medför inte att uttalandet saknar vägledande betydelse. Uttalandets generella natur har också bekräftats av EU-domstolen i yttrandet 1/20 den 16 juni 2022 angående en begäran från Belgien om yttrande avseende om utkastet till modernisering av energistadgefördraget är förenligt med fördragen, EU:C:2022:485, p. 47. Till detta kommer att EU-domstolens avgörande i Komstroy inte har begränsats i tiden. Det innebär att energistadgefördraget ska tolkas enligt avgörandet i Komstroy från och med ikraftträdandet (jfr PL Holdings, p. 58). Det anförda medför alltså att något skiljeavtal mellan parterna aldrig hade kunnat uppstå med artikel 26 energistadgefördraget som grund.

Det kan i sammanhanget också framhållas att det, i linje med vad EU-domstolen uttalade i PL Holdings, inte heller hade varit möjligt för parterna att avhjälpa skiljeklausulens ogiltighet i efterhand. EU-domstolen motiverade detta avgörande bl.a. med att frågan om ett skiljeorgans behörighet inte kan vara beroende av hur parterna i

tvisten agerar (jfr PL Holdings, p. 51–56). Av PL Holdings följer också att skiljeklausuler som har sin grund i internationella investeringsskyddsavtal mellan medlemsstater strider mot några av de mest grundläggande unionsrättsliga principerna i EU-fördragen, såsom principerna om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, lojalt samarbete och unionsrättens autonomi (se t.ex. PL Holdings, p. 46 med däri gjord hänvisning till Achmea).

EU-domstolens ställningstaganden innebär alltså att Spanien och Novenergia, varken i förväg eller i efterhand, hade kunnat enas om att de aktuella frågorna ska lösas genom ett skiljeförfarande. Det som EU-domstolen i sina avgöranden gett uttryck för innebär att det finns såväl förhandstvingande som efterhandstvingande hinder mot en prövning av den aktuella tvisten i ett skiljeförfarande (jfr Lindskog, a.a., kommentaren till 1 §, avsnitt 4.1.9). Således har det förelegat ett indispositivt processhinder.

Som redovisats ovan gäller enligt 33 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen att den bristande skiljedomsrätsligheten ska följa av svensk lag för att en skiljedom ska anses vara ogiltig. Principen om unionsrättens företräde och krav på effektiva genomslag medför, enligt hovrättens mening, att det hinder som EU-domstolen ställt upp måste vara att jämställa med ett hinder enligt svensk lag i den mening som avses i 33 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen.

Hovrättens ställningstaganden innebär att det finns förutsättningar enligt 33 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen att ogiltigförklara skiljedomen. Därmed bedömer hovrätten att det inte är nödvändigt att pröva övriga ogiltighets- eller klandergrunder. Däremot måste bedömas om Europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europa-konventionen) eller den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen i detta fall, som Novenergia gjort gällande, ändå medför hinder mot att ogiltigförklara skiljedomen.

6.3 Frågan om en ogiltigförklaring skulle strida mot Europakonventionen eller mot proportionalitetsprincipen?

6.3.1 Inledning

Novenergia har bl.a. anfört att ett upphävande eller ogiltigförklarande på grundval av EU-domstolens avgöranden i Achmea och Komstroy skulle innebära tillämpning av en folkrättsstridig, retroaktiv ändring av innehållet i energistadgefördraget. Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomen skulle, enligt Novenergia, av denna anledning innebära en allvarlig och otvetydig kränkning av Europakonventionen. Vidare har Novenergia anfört att en ogiltigförklaring skulle strida mot rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 Europakonventionen och mot egendomsskyddet enligt artikel 1 i det första tilläggsprotokollet till konventionen samt dessutom strida mot den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen.

Spanien har förnekat att en ogiltigförklaring skulle innebära en kränkning av Novenergias rättigheter enligt Europakonventionen. Spanien har hänvisat till att det inte är fråga om några sådana kränkningar som avses där och att skyddet enligt konventionen och tilläggsprotokollet inte är absolut. För det fall det skulle vara fråga om en inskränkning av rättigheterna enligt Europakonventionen, är den enligt Spanien laglig och proportionerlig. Spanien har vidare bestritt att den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen skulle utgöra hinder för att ogiltigförklara skiljedomen.

6.3.2 Rättsliga utgångspunkter

Europakonventionen är inkorporerad i svensk rätt och gäller som lag i Sverige. Artikel 6 Europakonventionen innehåller bestämmelser om rätt till en rättvis rättegång. Av bestämmelserna framgår bl.a. att var och en ska vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag.

Av det första tilläggsprotokollet till Europakonventionen framgår att varje fysisk eller juridisk person ska ha rätt till respekt för sin egendom samt att ingen får berövas sin

egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser.

De grundläggande rättigheterna såsom de garanteras enligt Europakonventionen ingår i unionsrätten som allmänna principer (se artikel 6.3 FEU). De bestämmelser i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan), som motsvaras av bestämmelser i Europakonventionen, ska ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Ingen bestämmelse i stadgan får tolkas så att den inskränker eller inkräktar på de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som erkänns i Europakonventionen (artiklarna 52.3 och 53 i stadgan).

Av en dom i Europadomstolen (stor kammare) år 2005, dvs. före tillkomsten av de nu redovisade bestämmelserna, framgår att skyddet av mänskliga rättigheter inom unionen måste anses likvärdigt med skyddet enligt konventionen och att det därför finns en presumtion för att unionsrätten respekterar konventionen. Presumtionen kan motbevisas om det i det enskilda fallet finns omständigheter som innebär att skyddet för konventionsrättigheterna är uppenbart otillräckligt (manifestly deficient). (Se Case of Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Irland, no. 45036/98, dom 30 juni 2005, p. 165 med hänvisningar). Av en senare dom från Europadomstolen följer att presumtionen påverkas av om EU-domstolen uttalat sig om förenligheten mellan den aktuella EU-lagstiftningen och Europakonvention eller inte (se Case of Michaud v. Frankrike, no. 12323/11, dom den 6 december 2012, p. 114 och 115).

Proportionalitetsprincipen är en allmän rättsprincip som bl.a. ingår i unionsrätten och innebär att unionens åtgärder till innehåll och form inte ska gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördragen (se artiklarna 5.1 och 5.4 i FEU).

Principen om unionsrättens företräde innebär att svenska domstolar och myndigheter är förhindrade att tolka en bestämmelse som har beslutats på EU-nivå på ett sätt som ändrar dess innehåll eller effekt och att de är bundna av EU-domstolens tolkning av EU-rätten. Samtidigt har Sverige en folkrättslig förpliktelse och ett eget ansvar för att tillse att rättigheterna enligt Europakonventionen inte kränks i det enskilda fallet (se NJA 2014 s. 79 p. 15).

En svensk domstol kan frångå vad som följer av EU-domstolens tolkning av en EU-bestämmelse endast om tillämpningen i det enskilda fallet annars skulle utgöra en allvarlig och otvetydig kränkning av Europakonventionen. Det faktiska utrymmet för en sådan avvikelse är därmed ytterst begränsat (se NJA 2014 s. 79 p. 17).

6.3.3 Hovrättens bedömning

EU-domstolen har i *Komstroy*, som framgått ovan, på ett tydligt sätt tolkat unionsrätten och uttalat sig om förenligheten mellan framför allt å ena sidan artiklarna 267 och 344 FEUF och, å den andra, artikel 26.2. c) energistadgefördraget. Detta avgörande är ett led i en enhetlig praxisutveckling (se avsnitt 6.2.2).

Genom de uttalanden som domstolen gjorde i *PL Holdings* står det klart att EU-domstolen förutsåg, och till och med förutsatte, att den skiljedom det var fråga om där inte skulle kunna upprätthållas (*PL Holdings*, p. 55). Konsekvenserna av EU-domstolens ställningstaganden var alltså klara för domstolen. I avgörandet konstaterade EU-domstolen sedan uttryckligen att individuella rättigheter enligt unionsrätten var något som det ankommer på medlemsstaternas domstolssystem att säkerställa, i det fallet det polska domstolssystemet i förekommande fall i samarbete med EU-domstolen inom ramen för dess behörighet (*PL Holdings*, p. 68). Det saknas anledning att anta att domstolen förutsett någon annan utgång beträffande de skiljedomar som meddelats med anledning av tvister inom ramen för energistadgefördraget.

Vid dessa förhållanden utgår hovrätten från presumtionen att den tolkning som EU-domstolen har gjort beträffande energistadgefördraget är förenlig med Europakonventionen (jfr NJA 2014 s. 79 p. 16). Det ska dock påpekas att Sverige därtill har en folkrättslig förpliktelse och ett eget ansvar för att tillse att rättigheterna enligt Europakonventionen inte kränks i det enskilda fallet (se NJA 2014 s. 79 p. 15).

Såväl den påstådda kränkningen av egendomsskyddet som den påstådda kränkningen av rätten till domstolsprövning bygger på påståendet att Novenergia, vid en ogiltigförklaring av skiljedomen, inte har någon alternativ möjlighet att i domstol få ett skadeståndskrav mot Spanien prövat. Spanien har, som framgått, förnekat att Novenergia skulle sakna möjligheter att få ett krav prövat i spansk domstol.

Den utredning som Novenergia lagt fram tar sikte på vissa materiella och processuella bestämmelser i spansk lag, bl.a. om preskription. Utredningen ger ett visst stöd för att ett krav enligt energistadgefördraget, på grundval av dessa bestämmelser, nu är preskriberat. Mot Spaniens bestridande kan det emellertid inte anses visat att Novenergia, vid en eventuell skadeståndstalan mot Spanien, skulle komma att nekas en domstolsprövning. Vid sådana förhållanden är det inte visat att en ogiltigförklaring skulle få de konsekvenser som Novenergia påstått och att Novenergias rättigheter enligt Europakonventionen med dess första tilläggsprotokoll skulle kränkas eller skulle vara oproportionerliga i förhållande till unionsintressena. Hovrätten finner då inte anledning att ytterligare gå in på frågan om proportionalitet respektive om ifall en ogiltigförklaring av skiljedomen i sig hade kunnat innebära en kränkning av rätten till domstolsprövning respektive egendomsskyddet.

6.4 Sammanfattande slutsatser och bedömning

Hovrätten har funnit att det genom EU-domstolens praxis är klarlagt att tvister som har sin grund i energistadgefördraget inte får undandras medlemsstaternas nationella domstolar och att artikel 26.2. c) energistadgefördraget därför inte är tillämplig på tvister mellan en medlemsstat och en investerare från en annan medlemsstat angående en investering som den sistnämnda investeraren gjort i den förstnämnda medlemsstaten.

Vidare har hovrätten bedömt att det som EU-domstolen gett uttryck för innebär att parterna i detta fall inte, varken i förväg eller i efterhand, kunnat enas om att tvistefrågorna ska lösas genom ett skiljeförfarande. Eftersom de hinder mot skiljeförfarande som EU-domstolen ställt upp måste jämföras med hinder i svensk lag, har hovrätten funnit att skiljedomen innefattat prövning av en fråga som enligt svensk lag inte kunnat avgöras av skiljemän. Det har därmed bedömts föreligga förutsättningar för att ogiltigförklara skiljedomen enligt 33 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen.

Hovrätten har slutligen bedömt att det inte visats att en ogiltigförklaring i detta fall skulle kunna få sådana konsekvenser med avseende på rätten till domstolsprövning respektive av egendomsskyddet som Novenergia påstått. Mot den bakgrunden har hovrätten inte funnit anledning att ytterligare gå in på frågan om proportionalitet

respektive om ifall en ogiltigförklaring av skiljedomen i sig hade kunnat innebära en kränkning av dessa rättigheter.

Hovrättens bedömningar leder sammantaget till att Spaniens talan ska bifallas på så sätt att skiljedomens ska förklaras ogiltig.

6.5 Rättegångskostnad

Novenergia ska, i enlighet med 18 kap. 1 § rättegångsbalken, som tappande part ersätta Spanien för dess rättegångskostnad.

Spanien har yrkat ersättning med sammanlagt 971 380,75 EUR. Av kostnadsyrkandet avser 937 500 EUR ombudsarvode och 33 880,75 EUR utlägg. I det yrkade beloppet avseende ombudsarvode och vissa kostnader (översättning, kopiering, sammanställning av bevispärmar, bud och taxi) ingår mervärdesskatt. Spanien har förklarat att Konungariket inte har någon rätt att göra avdrag för mervärdesskatt och att skatten därmed utgör en kostnad för Spanien.

Novenergia har överlämnat till domstolen att bedöma *dels* om mervärdesskatten utgör en ersättningsgill kostnad för Spanien, *dels* om den begärda kostnaden för ombudsarvode skäligen varit påkallad för tillvaratagandet av Spaniens rätt. Novenergia har särskilt pekat på att Spanien inte rättat sig efter de beslut som hovrätten fattat, bl.a. i fråga om inhämtande av förhandsavgörande, och återkommande begärt förnyad prövning av hovrätten.

Hovrätten finner inte skäl att ifrågasätta uppgiften att Spanien inte är mervärdesskattepliktigt i Sverige och därför inte har någon möjlighet att göra avdrag för mervärdesskatt. Mervärdesskatten utgör därmed en kostnad för Spanien som Spanien har rätt till ersättning för. Vidare konstaterar hovrätten att målet varit omfattande och principiellt viktigt för Spanien. Det har pågått under lång tid och genererat ett stort antal handlingar och omfattande skriftväxling. Praxisutvecklingen i EU-domstolen synes vidare ha föranlett visst merarbete. Även om hovrätten kan konstatera att skriftväxlingen i vissa delar varit väl vidlyftig bedömer hovrätten såväl att det nedlagda ombudsarbetet

varit skäligen påkallat som att den yrkade ersättningen är skälig. Spanien ska således tillerkännas ersättning för rättegångskostnad i enlighet med sitt yrkande.

6.6 Frågan om domen ska få överklagas m.m.

Hovrätten anser att målet rymmer frågor där det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av Högsta domstolen. Hovrätten tillåter därför att domen överklagas (43 § andra stycket lagen, 1999:116, om skiljeförfarande).

Det finns skäl att, i avvaktan på lagakraftvunnen dom, låta hovrättens beslut den 17 maj 2018 om inhibition av skiljedomen bestå.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga A
Överklagande senast 2023-01-10

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Ulrika Beergrehn, Annika Malm, referent, och Eva Edwardsson.

Hur man överklagar hovrättens avgörande

Den som vill överklaga hovrättens avgörande ska göra det genom att skriva till Högsta domstolen. Överklagandet ska dock skickas eller lämnas till hovrätten.

Senaste tid för att överklaga

Överklagandet ska ha kommit in till hovrätten senast den dag som anges i slutet av hovrättens avgörande.

Beslut om häktning, restriktioner enligt 24 kap. 5 a § rättegångsbalken eller reseförbud får överklagas utan tidsbegränsning.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar hovrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta domstolen.

Prövningstillstånd i Högsta domstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta domstolen ska pröva ett överklagande. Högsta domstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen eller om
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning, att domvilla förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Överklagandets innehåll

Överklagandet ska innehålla uppgifter om

1. klagandens namn, adress och telefonnummer,
2. det avgörande som överklagas (hovrättens namn och avdelning samt dag för avgörandet och målnummer),
3. den ändring i avgörandet som klaganden begär,
4. de skäl som klaganden vill ange för att avgörandet ska ändras,
5. de skäl som klaganden vill ange för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som klaganden åberopar och vad som ska bevisas med varje bevis.

Förenklad delgivning

Om målet överklagas kan Högsta domstolen använda förenklad delgivning vid utskick av handlingar i målet, under förutsättning att mottagaren där eller i någon tidigare instans har fått information om sådan delgivning.

Mer information

För information om rättegången i Högsta domstolen, se www.hogstodomstolen.se