



SVEA HOVRÄTT
Avdelning 02
Rotel 020101

DOM
2019-02-22
Stockholm

Mål nr
T 8538-17
T 12033-17

Sid 1 (89)

PARTER

Kärande

Republiken Polen
Ministerstwo Finansów
ul. Swietokryska 12
00-916 Warszawa
Polen

Ombud: Advokaterna Martin Wallin och Julia Tavaststjerna samt
jur.kand. Lise Guterstam
Advokatbyrån Wallin & Partners
Blasieholmsgatan 3
111 48 Stockholm

Ombud: Advokaten Anna-Maria Tamminen
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

Svarande

PL Holdings S.á.r.l.
c/o Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

Ombud: Advokaterna Robin Oldenstam, David Sandberg och Jacob Rosell Svensson
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

SAKEN

Ogiltighet m.m. avseende skiljedomar meddelade den 28 juni 2017 och den 28 september 2017 med rättelse den 24 november 2017 i SCC:s mål nr V 2014/163

Hovrättens domslut, se nästa sida.

Dok.Id 1452104

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	08-21 93 27	måndag – fredag 09:00–16:30

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten avslår Republiken Polens yrkande om avvisning av omständigheter.
 2. Hovrätten upphäver punkten 64 B i domslutet i skiljedomen den 28 september 2017.
 3. Hovrättens avslår Republiken Polens talan i övriga delar.
 4. Hovrättens beslut den 13 juni 2018 om inhibition ska inte längre gälla.
 5. Republiken Polen ska ersätta PL Holdings S.á.r.l. för rättegångskostnader med 538 696 euro samt betala ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker. Av beloppet utgör 500 114 euro ombudsarvode.
-

Innehåll

1	BAKGRUND	5
2	YRKANDEN OCH INSTÄLLNING.....	6
3	GRUNDER.....	7
3.1	REPUBLICEN POLEN	7
3.1.1	Ogiltighetsgrund A.1 – frågan om tvisten är skiljedomsässig	7
3.1.2	Ogiltighetsgrund A.2 – frågan om skiljedomarna är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige.....	8
3.1.3	Klandergrund A – frågan om det finns ett giltigt skiljeavtal	9
3.1.4	Bemötande av invändningen om proportionalitetsprincipen	13
3.1.5	Klandergrund B – hanteringen av Kluzas expertutlåtande	13
3.1.6	Klandergrund C – domslutet i den särskilda skiljedomen	14
3.1.7	Klandergrund D – skiljenämndens beslut att meddela den särskilda skiljedomen och återupptagandet av skiljeförfarandet.....	15
3.1.8	Klandergrund E – instruktionerna till de partsutsedda experterna.....	16
3.1.9	Klandergrund F – kompletteringen avseende ”pre-award interest”	17
3.1.10	Klandergrund G – kompletteringen avseende ”Tier 1 Capital Requirement”	18
3.1.11	Klandergrund H – slutförhandling och förhör med experter	19
3.1.12	Klandergrunderna görs gällande var för sig och gemensamt.....	20
3.2	PL HOLDINGS	20
3.2.1	Ogiltighetsgrund A.1 – frågan om tvisten är skiljedomsässig	20
3.2.2	Ogiltighetsgrund A.2 – frågan om skiljedomarna är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige.....	20
3.2.3	Klandergrund A – frågan om det finns ett giltigt skiljeavtal	21
3.2.4	Invändning mot ogiltighetsgrunderna och klandergrund A – ogiltighet eller upphävande skulle strida mot proportionalitetsprincipen	24
3.2.5	Klandergrund B – hanteringen av Kluzas expertutlåtande	25
3.2.6	Klandergrund C – domslutet i den särskilda skiljedomen	27
3.2.7	Klandergrund D – skiljenämndens beslut att meddela den särskilda skiljedomen och återupptagandet av skiljeförfarandet.....	28
3.2.8	Klandergrund E – instruktionerna till de partsutsedda experterna.....	30
3.2.9	Klandergrund F – kompletteringen avseende ”pre-award interest”	31
3.2.10	Klandergrund G – kompletteringen avseende ”Tier 1 Capital Requirement”	32
3.2.11	Klandergrund H – slutförhandling och förhör med experter	34

4	UTREDNINGEN	35
5	DOMSKÄL	35
5.1	Dispositionen av hovrättens domskäl m.m.....	35
5.2	Ogiltighets- och klandergrunderna A – frågan om skiljedomarnas ogiltighet alternativt upphävande på grund av att skiljedomarna inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal.....	36
5.2.1	Inledning	36
5.2.2	Rättsliga utgångspunkter i lagen om skiljeförfarande m.m.....	37
5.2.3	Achmea-domens betydelse för prövningen av detta mål.....	39
5.2.4	Gemensamma frågor för den fortsatta prövningen	46
5.2.5	Ogiltighet på grund av bristande skiljedomsmässighet.....	47
5.2.6	Ogiltighet på grund av att skiljedomarna eller det sätt på vilka de tillkommit är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige (ordre public)	48
5.2.7	Upphävande på grund av att skiljedomarna inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal	51
5.2.8	Behovet av förhandsavgörande från EU-domstolen	59
5.3	Övriga grunder för upphävande.....	59
5.3.1	Rättsliga utgångspunkter.....	59
5.3.2	Klandergrund B – Kluzas expertutlåtande	60
5.3.3	Klandergrunderna C och D – den särskilda skiljedomens samt beslutet att återuppta handläggningen av skiljeförfarandet	66
5.3.4	Klandergrund E – instruktionerna till de partsutsedda experterna.....	75
5.3.5	Klandergrund F – kompletteringen avseende pre-award interest	79
5.3.6	Klandergrund G – kompletteringen avseende ”Tier 1 Capital Requirement”	82
5.3.7	Klandergrund H – slutförhandling och förhör med experter	85
5.4	Rättegångskostnader.....	86
5.5	Sammanfattning.....	88
5.6	Frågan om domen ska få överklagas	89
6	HUR MAN ÖVERKLAGAR.....	89

1 BAKGRUND

Den 19 maj 1987 ingicks ett investeringsavtal (investeringsavtalet) mellan Republiken Polen (Polen), å ena sidan, och Luxemburg respektive Belgien, å andra sidan. Investeringsavtalet trädde i kraft den 2 augusti 1991. I avtalet finns en tvistlösningsbestämmelse som ger en investerare från något av de länder som är parter till investeringsavtalet en möjlighet att påkalla skiljeförfarande mot det andra landet enligt tre olika alternativ, bl.a. vid Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut.

PL Holdings S.á.r.l. (PL Holdings) är ett aktiebolag registrerat i Luxemburg som lyder under luxemburgsk lag. PL Holdings ägs till 100 procent av Abris CEE Mid-Market Fund L.P, som i sin tur är dotterbolag till Abris Capital Partners Fund I. Under 2010–2013 förvärvade PL Holdings aktier i två polska banker, vilka år 2013 fusionerades, och som PL Holdings kom att äga över 99 procent av aktierna i.

Den 26 november 2014 initierade PL Holdings ett skiljeförfarande mot Polen enligt SCC:s regler. Sätet för skiljeförfarandet var Stockholm. PL Holdings påstod att Polen hade brutit mot sina skyldigheter enligt investeringsavtalet genom att exproprierat PL Holdings tillgångar i Polen. Enligt PL Holdings hade den polska tillsynsmyndigheten, i strid mot investeringsavtalet, beslutat att upphäva PL Holdings rösträtt för aktierna i banken och att tvångsförsälja av aktierna. PL Holdings yrkade mot denna bakgrund skadestånd av Polen.

Skiljenämnden meddelade den 28 juni 2017 en särskild skiljedom i vilken skiljenämnden slog fast att Polen hade brutit mot sina skyldigheter enligt investeringsavtalet genom att exproprierat PL Holdings aktieinnehav i banken och att PL Holdings därför hade rätt till skadestånd. I domen dömde skiljenämnden emellertid inte ut något skadestånd till PL Holdings, utan istället återupptogs skiljeförfarandet i fråga om skadeståndets storlek.

Den 28 september 2017 meddelade skiljenämnden slutlig skiljedom i samma skiljeförfarande. I den slutliga skiljedomens förpliktades Polen att betala skadestånd

till PL Holdings med 653 639 384 polska zloty (cirka 1,5 miljarder kronor) samt ränta och ersättning för kostnader.

Den 28 september 2017 ansökte Polen om stämning mot PL Holdings avseende den särskilda skiljedomen och den 27 december 2017 avseende den slutliga skiljedomen. Målen har efter beslut den 4 maj 2018 handlagts gemensamt i hovrätten.

Den 13 juni 2018 beslutade hovrätten att fortsatt verkställighet av den slutliga skiljedomen tills vidare inte fick ske (inhibition).

2 YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Mål T 8538-17 (ogiltighet och klander av den särskilda skiljedomen meddelad den 28 juni 2017)

Polen har yrkat att hovrätten

- (i) i första hand ska förklara den särskilda skiljedomen ogiltig;
- (ii) i andra hand ska upphäva den särskilda skiljedomen i dess helhet,
- (iii) i tredje hand ska upphäva den särskilda skiljedomen såvitt avser punkten B i domslutet.

Mål T 12033-17 (ogiltighet och klander av den slutliga skiljedomen meddelad den 28 september 2017)

Polen har yrkat att hovrätten

- (i) i första hand ska förklara den slutliga skiljedomen ogiltig.
- (ii) i andra hand ska upphäva den slutliga skiljedomen i dess helhet.
- (iii) i tredje hand ska upphäva den slutliga skiljedomen såvitt avser punkt 64 B i domslutet avseende pre-award interest.

Polen har även yrkat att hovrätten ska avvisa omständigheterna att skiljebundenhet uppkommit på grund av ett nytt skiljeavtal mellan parterna och att skiljenämnden

skulle vara behörig att pröva tvisten på någon annan grund än artikel 9 i investeringsavtalet.

PL Holdings har motsatt sig Polens yrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

3 GRUNDER

3.1 REPUBLIKEN POLEN

3.1.1 Ogiltighetsgrund A.1 – frågan om tvisten är skiljedomsmässig

Skiljedomarna avser en tvist mellan en investerare (dvs. PL Holdings) och en EU-medlemsstat (dvs. Polen) under ett EU-internt investeringsskyddsavtal mellan Polen, Luxemburg och Belgien.

Artiklarna 267 och 344 FEUF (Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt) utgör hinder mot bestämmelsen i artikel 9 i investeringsavtalet eftersom en investerare i Luxemburg, om det uppstår en tvist om investeringar i Polen, får inleda ett förfarande mot Polen vid en skiljedomstol, vars behörighet Polen är skyldig att godta. En medlemsstat är enligt artikel 344 FEUF skyldig att avgöra tvister i enlighet med vad som föreskrivs i EU-fördragen och måste följa artikel 267 FEUF vid avgörandet av tvister inom EU. En skiljedomstol utgör inte en domstol som ingår i unionsrättens domstols-system i den mening som avses i artikel 267 FEUF och är därför inte heller behörig att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. EU-interna investeringstvister som avgörs av en skiljedomstol med stöd av artikel 9 i investeringsavtalet hindrar unionsrättens fulla verkan och enhetliga tillämpning. Artikel 9 i investeringsavtalet medger inte möjligheten att inhämta förhandsavgörande och undergräver därför unionsrättens autonomi. Tvister mellan en investerare och en EU-medlemsstat under ett EU-internt bilateralt investeringsskyddsavtal får därför inte avgöras av skiljemän.

De i målet aktuella skiljedomarna har innefattat prövning av frågor under ett EU-internt investeringsskyddsavtal som inte får avgöras av skiljemän. Det är ett allmänt intresse att unionsrättens autonomi inte undergrävs och att unionsrättens fulla verkan säkerställs. EU-interna investeringstvister får därför inte avgöras av skiljemän. Det innebär att tvisten mellan PL Holdings och Polen inte är skiljedomsmässig och att skiljedomarna som skiljenämnden meddelat är ogiltiga.

Det saknar betydelse huruvida skiljenämnden har ansett att unionsrätten i sak har varit tillämplig i skiljemålet eller inte eller huruvida unionsrätten har tolkats eller tillämpats i skiljemålet eller inte. För det fall hovrätten är av uppfattningen att det har betydelse huruvida unionsrätten har tolkats eller tillämpats, eller i vart fall kunnat tolkas eller tillämpas, i skiljemålet i sak eller inte, gör Polen gällande att unionsrätten både har kunnat, och *de facto* har, tolkats eller tillämpats i skiljeförfarandet mellan PL Holdings och Polen.

3.1.2 Ogiltighetsgrund A.2 – frågan om skiljedomarna är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige

Skiljedomarna avser en tvist mellan en investerare (dvs. PL Holdings) och en EU-medlemsstat (dvs. Polen) under ett EU-internt investeringsskyddsavtal mellan Polen, Luxemburg och Belgien.

Artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder mot bestämmelsen i artikel 9 i investeringsavtalet eftersom en investerare i Luxemburg, om det uppstår en tvist om investeringar i Polen, får inleda ett förfarande mot Polen vid en skiljedomstol, vars behörighet Polen är skyldig att godta. En medlemsstat är enligt artikel 344 FEUF skyldig att avgöra tvister i enlighet med vad som föreskrivs i EU-fördragen och måste följa artikel 267 FEUF vid avgörandet av tvister inom EU. En skiljedomstol utgör inte en domstol som ingår i unionsrättens domstolssystem i den mening som avses i artikel 267 FEUF och är därför inte heller behörig att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. EU-interna investeringstvister som avgörs av en skiljedomstol med stöd av artikel 9 i investeringsavtalet hindrar unionsrättens fulla verkan och enhetliga tillämpning. Arti-

kel 9 i investeringsavtalet medger inte möjligheten att inhämta förhandsavgörande och undergräver därför unionsrättens autonomi. Tvister mellan en investerare och en EU-medlemsstat under ett EU-internt bilateralt investeringsskyddsavtal får därför inte avgöras av skiljemän.

Det är ett allmänt intresse att unionsrättens autonomi inte undergrävs och att unionsrättens fulla verkan säkerställs. EU-interna investeringstvister får därför inte avgöras av skiljemän. En sådan skiljeklausul som den som finns intagen i artikel 9 i investeringsavtalet strider därför mot grunderna för EU:s rättsordning och därmed den svenska rättsordningen. Skiljedomar som grundar sig på och har meddelats med stöd av en sådan skiljeklausul, strider följaktligen uppenbart mot grunderna för rättsordningen. Det innebär att skiljedomarna som skiljenämnden meddelat i skiljeförfarandet mellan PL Holdings och Polen, liksom det sätt på vilket skiljedomarna tillkommit, är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige och därför är ogiltiga.

Det saknar betydelse huruvida skiljenämnden har ansett att unionsrätten i sak har varit tillämplig i skiljemålet eller inte eller huruvida unionsrätten har tolkats eller tillämpats i skiljemålet eller inte. För det fall hovrätten är av uppfattningen att det har betydelse huruvida unionsrätten har tolkats eller tillämpats, eller i vart fall kunnat tolkas eller tillämpas, i skiljemålet i sak eller inte, gör Polen gällande att unionsrätten både har kunnat, och *de facto* har, tolkats eller tillämpats i skiljeförfarandet mellan PL Holdings och Polen.

3.1.3 Klandergrund A – frågan om det finns ett giltigt skiljeavtal

Skiljedomarna avser en tvist mellan en investerare (dvs. PL Holdings) och en EU-medlemsstat (dvs. Polen) under ett EU-internt investeringsskyddsavtal mellan å ena sidan Polen och å andra sidan Luxemburg och Belgien.

Artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder mot bestämmelsen i artikel 9 i investeringsavtalet eftersom en investerare i Luxemburg, om det uppstår en tvist om investeringar i Polen, får inleda ett förfarande mot Polen vid en skiljedomstol, vars behörighet

Polen är skyldig att godta. En medlemsstat är enligt artikel 344 FEUF skyldig att avgöra tvister i enlighet med vad som föreskrivs i EU-fördragen och måste följa artikel 267 FEUF vid avgörandet av tvister inom EU. En skiljedomstol utgör inte en domstol som ingår i unionsrättens domstolssystem i den mening som avses i artikel 267 FEUF och är därför inte heller behörig att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. EU-interna investeringstvister som avgörs av en skiljedomstol med stöd av artikel 9 i investeringsavtalet hindrar unionsrättens fulla verkan och enhetliga tillämpning. Artikel 9 i investeringsavtalet medger inte möjligheten att inhämta förhandsavgörande och undergräver därför unionsrättens autonomi. Tvister mellan en investerare och en EU-medlemsstat under ett EU-internt investeringsskyddsavtal får därför inte avgöras av skiljemän.

Artikel 9 i investeringsavtalet är i första hand ogiltig eftersom bestämmelsen strider mot artiklarna 267 och 344 i FEUF. Den kan därmed inte utgöra grund för skiljenämndens behörighet. Sedan Polens inträde i EU år 2004 har det därför inte förelegat ett stående erbjudande om att lösa tvister genom skiljeförfarande, eller i vart fall har ett sådant erbjudande varit ogiltigt. Det saknas därmed ett giltigt skiljeavtal mellan PL Holdings och Polen. Om hovrätten skulle finna att artikel 9 i investeringsavtalet är giltig, får den i andra hand av samma skäl inte tillämpas. PL Holdings kan därmed inte åberopa en sådan bestämmelse.

Det saknar betydelse huruvida skiljenämnden har ansett att unionsrätten i sak har varit tillämplig i skiljemålet eller inte eller huruvida unionsrätten har tolkats eller tillämpas i skiljemålet eller inte. För det fall hovrätten är av uppfattningen att det har betydelse huruvida unionsrätten har tolkats eller tillämpats, eller i vart fall kunnat tolkas eller tillämpas, i skiljemålet i sak eller inte, gör Polen gällande att unionsrätten både har kunnat, och de facto har, tolkats eller tillämpats i skiljeförfarandet mellan PL Holdings och Polen.

Hovrätten ska *ex officio* beakta frågan, huruvida ett skiljeavtal strider mot EU-fördragen. Parterna i skiljeförfarandet råder inte över frågan, huruvida medlemsstater får ingå skiljeavtal i strid med EU-fördragen.

För det fall en tillämpning av 34 § andra stycket lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF) leder till att frågan om skiljeavtalets giltighet inte kan prövas av domstol, strider bestämmelsen mot principen om unionsrättens fulla verkan. Det innebär att bestämmelsen inte får tillämpas.

Polen bestrider att den har deltagit i förfarandet utan att invända att skiljenämnden saknar behörighet att pröva tvisten på den grunden att artikel 9 i investeringsavtalet strider mot artikel 267 och 344 i FEUF. Polen framställde invändningen i sin *Statement of Rejoinder* och har inte avstått från att göra invändningen gällande.

Polen har dessutom i sin *Reply to Request for Arbitration* anført att Polen kommer invända mot skiljenämndens behörighet. Polen har sedan i *Statement of Defence* gjort gällande att skiljenämnden inte var behörig att pröva tvisten därför att PL Holdings inte var en investerare i investeringsavtalets mening. Att Polen endast framställde en invändning mot skiljenämndens behörighet på den grunden innebär inte att Polen deltagit i förfarandet utan invändning eller att Polen kan anses ha avstått från att invända att skiljeavtalet är ogiltigt på någon annan grund. Polen bestrider att Polen, som medlemsstat i EU, kan anses ha avstått från att invända att skiljeklausulen strider mot EU-fördragen.

Vid tidpunkten för Polens *Statement of Rejoinder* var Polen inte heller bunden av artikel 24 i SCC:s skiljereglemente och 34 § andra stycket LSF, eftersom det saknades ett giltigt skiljeavtal och något annat skiljeavtal inte heller kommit till stånd mellan parterna. Polens invändning rörande skiljeavtalets giltighet kan därmed aldrig ha prekluderats.

Skiljenämnden har i den särskilda skiljedomen (punkterna 306–307) uttryckligen avstått från att avvisa jurisdiktionsinvändningen och istället gjort en prövning av invändningen och ogillat den. Eftersom skiljenämnden i den särskilda skiljedomen har gjort en prövning i sak av Polens jurisdiktionsinvändning har det förhållandet, att Polen först i sin andra inläga i skiljeförfarandet framställde den aktuella invändningen, under alla förhållanden läkts och den eventuella preklusionsfristen brutits genom skiljenämndens agerande.

Förutom att skiljenämnden således har prövat jurisdiktionsinvändningen i sak och därmed brutit den eventuella preklusionsfrist som löpte för invändningen i fråga, har PL Holdings dessutom – i vart fall konkludent – godkänt att så skedde, genom att inte protestera eller på annat sätt invända mot att skiljenämnden hade prövat jurisdiktionsinvändningen i sak.

Det bestrids att ett skiljeavtal har uppstått genom PL Holdings påkallelse och Polen påstådda konkludenta handlande. Polen har aldrig agerat på ett sådant sätt att Polen skulle kunna anses bunden av något nytt skiljeavtal. För att ett nytt skiljeavtal ska kunna uppkomma krävs att Polen uttryckligen bekräftar avtalet. En stat kan inte ingå ett konkludent avtal.

Polen har redan i *Reply to Request for Arbitration* anført att Polen kommer att invända mot skiljenämndens behörighet. I *Statement of Defence* invände Polen mot skiljenämndens behörighet. I *Statement of Rejoinder* framförde Polen ytterligare en invändning mot skiljenämndens behörighet. Polen kan därmed aldrig ingått något skiljeavtal genom konkludent handlande. Att Polen i *Statement of Defence* framförde en annan invändning mot skiljenämndens behörighet innebär inte att Polen – med förbehåll för den invändning som redan framställts – ingår ett nytt skiljeavtal med PL Holdings. Det juridiska ombud som företrädde Polen i skiljeförfarandet hade inte heller rätt att ingå något nytt skiljeavtal för Polens räkning.

PL Holdings påstående om att det föreligger skiljebundenhet på grund av ett nytt avtal åberopades aldrig under skiljeförfarandet och prövades aldrig av skiljenämnden. PL Holdings har således under skiljeförfarandet inte påstått att skiljenämnden skulle vara behörig att pröva tvisten på någon annan grund än skiljeklausulen i investeringsavtalet. Eftersom dessa omständigheter inte varit föremål för prövning under skiljeförfarandet ska omständigheterna avvisas. Alternativt ska PL Holdings påstående i denna del ogillas i sak. Under alla förhållanden ska hovrätten ogiltigförklara eller upphäva skiljedomarna enligt samma grunder som angivits ovan eftersom ett sådant skiljeavtal står i strid med artiklarna 267 och 344 FEUF.

3.1.4 Bemötande av invändningen om proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen är inte tillämplig. Det finns inget stöd i 33 och 34 §§ LSF för att göra en proportionalitetsbedömning. Dessutom skulle en proportionalitetsbedömning inte leda till att skiljedomarna inte ska ogiltigförklaras eller upphävas. Vidare bestrids att PL Holdings skulle ha uttömt de rättsliga möjligheterna i Polen.

Dessutom bestrids påståendena om att Polen inte skulle vara en rättsstat. PL Holdings påståenden i denna del är grundlösa.

3.1.5 Klandergrund B – hanteringen av Kluzas expertutlåtande

Parterna träffade under skiljeförfarandet en överenskommelse beträffande bevishantering av expertvittnen. Överenskommelsen framgår av punkten VI.B.6 i Procedural Order (PO) 1. Överenskommelsen innebär att skiljenämnden skulle bortse från ett expertutlåtande om experten i fråga inte inställde sig vid slutförhandlingen, såvida inte exceptionella omständigheter förelåg.

PL Holdings åberopade under skiljeförfarandet ett expertutlåtande utfärdat av Dr Stanislaw Kluza. Den 2 juni 2016 begärde Polen motförhör med Kluza. Kluza inställde sig dock inte till slutförhandlingen och något motförhör kunde därför inte hållas. Skälen för Kluzas utevaro utgör inte exceptionella omständigheter.

Skiljenämnden lämnade inte Kluzas expertutlåtande utan avseende enligt parternas överenskommelse i punkten VI.B.6 i PO 1, utan hänvisade till utlåtandet och lade uppgifter i det till grund för sina slutsatser i den särskilda skiljedomen (se punkterna 85, 258, 260, 377, 378, 387, 389 och 390 i den särskilda skiljedomen). Genom att inte lämna Kluzas utlåtande utan avseende har skiljenämnden överskridit sitt uppdrag. Att skiljenämnden inte lämnade Kluzas expertutlåtande utan avseende, utan hänvisade till utlåtandet och lade uppgifter i det till grund för sina slutsatser i den särskilda skiljedomen, utgör också ett handläggningsfel som sannolikt har inverkat på utgången i målet.

Skiljenämndens handläggning var också felaktig genom att skiljenämnden underlät att, innan den särskilda skiljedomen meddelades, meddela parterna att nämnden inte avsåg att lämna Kluzas expertutlåtande utan avseende. Därigenom framtogs Polen möjligheten att utföra sin talan beträffande de delar som utlåtandet avsåg, vilket sannolikt inverkat på utgången i målet.

Polen har inte varit skyldig att ge sådana utfästelser som Kluza och PL Holdings efterfrågade. Skiljenämnden försäkrade Kluza om att han inte behövde svara på frågor som kunde ge upphov till en intressekonflikt. Skiljenämnden har inte heller begärt att Polen skulle lämna några sådana utfästelser. Polen kan därmed aldrig anses ha varit medvållande till skiljenämndens handläggningsfel.

Det bestrids att Polen skulle anses ha avstått från att åberopa skiljenämndens uppdragsöverskridande och/eller handläggningsfel. Polen vidhöll förhöret med Kluza vid förhandlingen alternativt att utlåtandet skulle lämnas utan avseende och anförde även efter förhandlingen i Polens *Post-Hearing Brief* att Skiljenämnden skulle lämna Kluzas expertutlåtande utan avseende. Polen har inte heller accepterat att det uteblivna förhöret med Kluza kunde kompenseras av att Polen istället fick ställa frågor till andra vittnen om Kluzas utlåtande.

3.1.6 Klandergrund C – domslutet i den särskilda skiljedomen

Skiljenämnden meddelade en särskild skiljedom den 28 juni 2017. Punkten B i domslutet i den särskilda skiljedomen motsvaras inte till någon del av något yrkande i målet. Av punkten B i domslutet i den särskilda skiljedomen framgår inte vilken fråga som skiljenämnden har avgjort genom särskild skiljedom. Domslutet i punkten B förutom första meningen är dessutom så oklart och ofullständigt formulerat att dess innebörd inte går att utläsa. Domslutet går inte att förstå utan att läsa domskälen. Domskäl utgör inte en del av domslutet.

Skiljenämnden har därmed överskridit sitt uppdrag och/eller begått ett handläggningsfel som sannolikt har inverkat på utgången i målet.

Det bestrids att Polen skulle anses ha avstått från att åberopa skiljenämndens uppdragsöverskridande och/eller handläggningsfel. Polen har klandrat den särskilda skiljedomens i rätt tid och kan därmed aldrig ha förlorat rätten att göra dessa omständigheter gällande.

3.1.7 Klandergrund D – skiljenämndens beslut att meddela den särskilda skiljedomens och återupptagandet av skiljeförfarandet

Ingen av parterna hade begärt att skiljenämnden skulle meddela en särskild skiljedom. Parterna hade vid slutförhandlingen och i sina *Post-Hearing Briefs* slutfört sin respektive talan i dess helhet. Skiljenämnden avslutade handläggningen av skiljemålet den 9 november 2016 enligt § 34 i 2010 års SCC-regler (SCC-reglerna). Skiljenämnden skulle därefter meddela en slutlig skiljedom i enlighet med vad som överenskommits i punkten E i PO 1.

Skiljenämnden beslutade dock, på eget initiativ och utan föregående kommunikering med parterna, att meddela en särskild skiljedom den 28 juni 2017 istället för att meddela en slutlig skiljedom.

Skiljenämnden beslutade samtidigt, på eget initiativ och utan föregående kommunikering med parterna, att återuppta handläggningen av skiljeförfarandet genom PO 17 som utfärdades samma dag som den särskilda skiljedomens meddelades, dvs. den 28 juni 2017.

Skiljenämndens ovan nämnda ageranden utgör uppdragsöverskridande.

Skiljenämndens beslut att meddela särskild skiljedom och återuppta handläggningen av skiljeförfarandet utgör även ett handläggningsfel. Genom skiljenämndens agerande gavs PL Holdings möjlighet att inkomma med ytterligare bevisning och underlag rörande skadestandsberäkningen. Skiljenämndens agerande har därför sannolikt inverkat på utgången i målet.

Det bestrids att Polen skulle anses ha avstått från att åberopa skiljenämndens uppdragsöverskridande och/eller handläggningsfel. Polen har klandrat den särskilda skiljedomen i rätt tid och kan därmed aldrig ha förlorat rätten att göra dessa omständigheter gällande. Polen har även den 25 juli 2017 protesterat mot skiljenämndens agerande genom vilket PL Holdings gavs möjlighet att inkomma med ytterligare bevisning och underlag rörande skadestandsberäkningen.

3.1.8 Klandergrund E – instruktionerna till de partsutsedda experterna

Skiljenämnden har på eget initiativ, utan föregående kommunikering med parterna och utan parternas medverkan, fört in ny bevisning och utredning i tiden efter den särskilda skiljedomen.

Skiljenämnden har, genom PO 17 av den 28 juni 2017, begärt att de partsutsedda experterna ska beräkna och besluta om skadeståndets storlek i enlighet med skiljenämndens instruktioner i PO 17 och den särskilda skiljedomen. De instruktioner som skiljenämnden har tillhandahållit har dock varit ofullständiga och fordrat egna bedömningar av experterna, att experterna skulle enas i vissa frågor, samt fordrat kompletterande uppgifter från skiljenämnden för att skadestandsberäkningen skulle kunna utföras.

Skiljenämnden har vidare, genom PO 19 av den 25 juli 2017, förelagt de partsutsedda experterna att inkomma med kompletterande utlåtanden rörande s.k. ”Tier 1 Capital Requirement”, vilka även dessa skulle upprättas i enlighet med instruktioner från skiljenämnden och utan inblandning eller påverkan av parternas respektive ombud. Skiljenämnden har överlåtit åt de partsutsedda experterna att bestämma skadeståndets storlek. Den utredning och det underlag som experterna har tagit fram utgör nya omständigheter och ny bevisning som inte åberopats av parterna. Återupptagandet av skiljeförfarandet har inte inneburit att nya omständigheter fick framställas.

Genom sina ageranden har skiljenämnden överskridit sitt uppdrag och/eller begått ett handläggningsfel som sannolikt har inverkat på utgången i målet.

Det bestrids att Polen skulle anses ha avstått från att åberopa skiljenämndens uppdragsöverskridande och/eller handläggningsfel. Polen förbehöll sig rätten att protestera mot PO 17 skriftligen till skiljenämnden den 21 juli 2017 och fullföljde protesten skriftligen den 25 juli 2017. Polen angav då att Polen protesterade mot bl.a. PO 17 och de däri fattade besluten att experterna skulle inkomma med nya och kompletterade skaderapporter som parterna inte tilläts kommentera.

3.1.9 Klandergrund F – kompletteringen avseende ”pre-award interest”

PL Holdings inkom den 28 juli 2017 med begäran om att skiljenämnden skulle meddela en tilläggsskiljedom beträffande s.k. pre-award interest. PL Holdings hade inte framställt något yrkande om pre-award interest före handläggningens avslutande den 9 november 2016 och meddelandet av den särskilda skiljedomen. Återupptagandet av skiljeförfarandet har inte inneburit att nya yrkanden fick framställas.

Skiljenämnden har, i strid med § 42 i SCC-reglerna, dels kompletterat domslutet i den särskilda skiljedomen med ett tillägg avseende pre-award interest trots att något yrkande om detta inte framstälts av PL Holdings innan den särskilda skiljedomen meddelades, dels underlåtit att meddela tilläggsskiljedom inom 60 dagar från PL Holdings begäran därom, eftersom skiljenämnden meddelade tillägget först i den slutliga skiljedomen den 28 september 2017, dvs. två dagar försent.

PL Holdings begärde att skiljenämnden skulle tillerkänna PL Holdings pre-award interest genom en tilläggsskiljedom. Skiljenämnden tillerkände trots detta i den slutliga skiljedomen PL Holdings ränta i enlighet med begäran med stöd av 42 § i SCC-reglerna. Hovrätten kan därmed inte pröva huruvida skiljenämnden haft möjlighet att tillerkänna PL Holdings ränta på någon annan grund och på annat sätt än genom tilläggsskiljedom.

Genom sitt agerande har skiljenämnden överskridit sitt uppdrag och/eller begått ett handläggningsfel som sannolikt har inverkat på utgången i målet.

Det bestrids att Polen skulle anses ha avstått från att åberopa skiljenämndens uppdragsöverskridande och/eller handläggningsfel. Polen har klandrat den särskilda skiljedomens i rätt tid och kan därmed aldrig ha förlorat rätten att göra dessa omständigheter gällande.

3.1.10 Klandergrund G – kompletteringen avseende ”Tier 1 Capital Requirement”

Under de partsutsedda experternas gemensamma beräkning av skadeståndets storlek enligt PO 17 framställde experterna gemensamt en begäran till skiljenämnden om komplettering av den särskilda skiljedomens beträffande ”Tier 1 Capital Requirement” (dvs. hur de regulatoriska kraven för bankers primärkapitaltäckning skulle beaktas i skadeståndsberäkningen).

”Tier 1 Capital Requirement” saknades i den av skiljenämnden tillhandahållna instruktionen till experterna för beräkning av skadeståndets storlek i PO 17 och den särskilda skiljedomens. Det var inte möjligt att beräkna skadeståndets storlek utan att ha ett värde på variabeln ”Tier 1 Capital Requirement”.

Skiljenämnden överskred sitt uppdrag och begick handläggningsfel som sannolikt inverkade på utgången i målet genom att komplettera den särskilda skiljedomens med ett tillägg avseende hur ”Tier 1 Capital Requirement” skulle beaktas vid skadeståndsberäkningen. Kompletteringen skedde även på ett formellt felaktigt sätt, genom att skiljenämnden, istället för att meddela en tilläggsskiljedom enligt 42 § i SCC-reglerna, utfärdade PO 20. Kompletteringen av den särskilda skiljedomens skedde därmed först genom meddelandet av den slutliga skiljedomens. Dessutom skedde kompletteringen senare än 60 dagar efter begäran om tilläggsskiljedom, dvs. utan iakttagande av tillämplig tidsfrist enligt 42 § SCC-reglerna. Tidsfristen ska räknas från de partsutsedda experternas gemensamma begäran om komplettering, dvs. från den 20 juli 2017.

Det bestrids att Polen skulle anses ha avstått från att åberopa skiljenämndens uppdragsöverskridande och/eller handläggningsfel. Polen förbehöll sig rätten att protestera mot PO 17 skriftligen till skiljenämnden den 21 juli 2017 och fullföljde protesten

skriftligen den 25 juli 2017. Polen angav då att Polen protesterade mot bl.a. PO 17 och de däri fattade besluten att experterna skulle inkomma med nya och kompletterade skaderapporter som parterna inte tilläts kommentera.

3.1.11 Klandergrund H – slutförhandling och förhör med experter

Den 11 augusti 2017 inkom de partsutsedda experterna till skiljenämnden med ett gemensamt expertutlåtande rörande beräkningen av skadeståndets storlek.

Polen begärde den 25 juli 2017 att muntlig förhandling skulle hållas vid vilken Polen skulle ges tillfälle att genomföra förhör och korsförhör med de partsutsedda experterna angående skadeståndets storlek. Skiljenämnden avslog genom PO 21 Polens begäran den 9 augusti 2017. Polen begärde den 11 augusti 2017 på nytt att skiljenämnden skulle hålla förhandling. Skiljenämnden avslog genom PO 23 Polens begäran den 25 augusti 2017. Polen framställde en begäran den 29 augusti 2017. Skiljenämnden avslog genom PO 25 Polens begäran den 31 augusti 2017.

Polen fick därför ingen möjlighet att hålla förhör och korsförhör med de partsutsedda experterna angående skadeståndets storlek och kunde inte uppmärksamma skiljenämnden på de antaganden som experterna gjort i sitt gemensamma expertutlåtande av den 11 augusti 2017.

Genom sitt agerande har skiljenämnden överskridit sitt uppdrag och/eller begått ett handläggningsfel som sannolikt har inverkat på utgången i målet.

Det bestrids att Polen skulle anses ha avstått från att åberopa skiljenämndens uppdragsöverskridande och/eller handläggningsfel. Som framgår ovan har Polen protesterat den 25 juli, 11 augusti och 29 augusti 2017.

3.1.12 Klandergrunderna görs gällande var för sig och gemensamt

De uppdragsöverskridanden och handläggningsfel som görs gällande utgör var för sig skäl för upphävande av skiljedomarna. I vart fall åberopas att de sammantaget utgör skäl för upphävande av skiljedomarna.

3.2 PL HOLDINGS

3.2.1 Ogiltighetsgrund A.1 – frågan om tvisten är skiljedomsmässig

Skiljedomarna ska inte ogiltigförklaras då de inte innebär en överträdelse av något allmänt skyddsintresse.

De omständigheter som Polen har åberopat innebär inte att tvisten mellan PL Holdings och Polen inte fick avgöras av skiljemän.

De frågor som har avgjorts av skiljemännen är om Polen har brutit mot investeringsavtalet, om PL Holdings var berättigat till ersättning för detta avtalsbrott och i så fall med vilket belopp. Detta är frågor om vilka parterna kan träffa förlikning. Dessa frågor får därför avgöras av skiljemän.

Skiljenämndens prövning i sak har inte heller i övrigt innefattat några frågor om vilka parterna inte har kunnat träffa förlikning. För det fall det skulle befinnas vara relevant har skiljenämnden inte tillämpat unionsrätten vid sitt avgörande i sak. De regler som skiljenämnden haft att tillämpa var utanför det harmoniserade området, dvs. det har inte varit aktuellt för skiljenämnden att tillämpa unionsrätt.

3.2.2 Ogiltighetsgrund A.2 – frågan om skiljedomarna är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige

Skiljedomarna ska inte ogiltigförklaras då de inte innebär en överträdelse av något allmänt skyddsintresse.

De omständigheter som Polen har åberopat innebär inte att skiljedomarna eller det sätt på vilket de tillkommit är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige.

Skiljedomarna, dess materiella innehåll eller det sätt på vilket de tillkommit hindrar inte heller unionsrättens fulla verkan och enhetliga tillämpning och undergräver därför inte dess autonomi eftersom skiljenämndens materiella avgörande inte grundas på och än mindre strider mot EU-rätten.

Skiljedomarna, dess materiella innehåll eller det sätt på vilket de tillkommit strider inte mot grunderna för den svenska rättsordningen.

För det fall det skulle finnas vara relevant har skiljenämnden inte tillämpat unionsrätten vid sitt avgörande i sak. De regler som skiljenämnden haft att tillämpa var utanför det harmoniserade området, dvs. det har inte varit aktuellt för skiljenämnden att tillämpa unionsrätt.

3.2.3 Klandergrund A – frågan om det finns ett giltigt skiljeavtal

Polen är på grund av preklusion förhindrat att göra gällande omständigheterna under klandergrund A

Polen har inte rätt att åberopa att skiljedomarna inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal eftersom Polen har deltagit i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra detta gällande. Polen har deltagit i förfarandet genom att (i) utse ombud och skiljeman, (ii) komma överens med PL Holdings om regler och principer för handläggningen av förfarandet, (iii) delta i förfarandets handläggning och (iv) föra sin talan i sak genom *Reply to Request for Arbitration* och *Statement of Defence*, allt utan att framställa någon invändning. Polen har därtill uttryckligen bekräftat att skiljenämnden hade behörighet att pröva tvisten för det fall PL Holdings var att betrakta som en investerare i enlighet med investeringsavtalet. Skiljenämnden fann att PL Holdings var att betrakta som en investerare i enlighet med investeringsavtalet. Polen har

efter att ha gett in sitt *Statement of Defence* uttryckligen bekräftat att Polen inte skulle framställa några ytterligare invändningar mot skiljenämndens behörighet.

Polen har enligt för förfarandet tillämpliga regler varit skyldigt att framställa en invändning mot skiljeavtalets påstådda ogiltighet senast i sitt *Statement of Defence*, vilket Polen har underlåtit att göra.

Frågan om skiljeavtalet strider mot EU-fördragen är inte en fråga som hovrätten har att beakta ex officio. Frågan om Polen och PL Holdings fick komma överens om att avgöra den aktuella tvisten genom skiljeförfarande är en fråga som parterna råder över. Polens invändning om att skiljeavtalet är ogiltigt på grund av att artikel 9 i investeringsavtalet är oförenlig med EU-fördragen utgör en fråga som ska prövas inom ramen för 34 § LSF och SCC-reglerna. Svensk lag är tillämplig på skiljeavtalet och skiljeförfarandet eftersom Sverige har varit säte för skiljeförfarandet. SCC-reglerna är tillämpliga eftersom parterna har kommit överens om detta.

Att skiljenämnden prövade Polens för sent framställda invändning om att skiljeförfarandet inte omfattades av ett giltigt skiljeavtal är inte bindande för hovrätten och innebär inte att preklusion inte har inträffat.

PL Holdings har under skiljeförfarandet invänt att Polens invändning om att skiljeförfarandet inte omfattades av ett giltigt skiljeavtal var för sent framställd. PL Holding har inte varit skyldigt att invända mot att skiljenämnden avslog Polens för sent framställda invändning, istället för att avvisa denna.

Bestämmelsen i 34 § andra stycket. LSF hindrar inte unionsrättens genomslag och fulla verkan

EU-rättens genomslag och fulla verkan har kunnat säkerställas på ett effektivt sätt eftersom Polen har haft erforderliga möjligheter att göra gällande att skiljeförfarandet inte omfattades av ett giltigt skiljeavtal under skiljeförfarandet genom att framställa en invändning om detta i sitt *Reply to Request for Arbitration* eller *Statement of Defence*. Om Polen senast i dess *Statement of Defence* hade framställt en invändning om att skil-

jefförfarandet inte omfattades av ett giltigt skiljeavtal hade denna fråga kunnat prövas av hovrätten. Därtill har Polen haft möjlighet att väcka särskild talan enligt 2 § LSF. 34 § andra stycket LSF har därför inte medfört att det i praktiken varit omöjligt eller orimligt svårt för Polen att göra gällande skiljeavtalets påstådda ogiltighet till följd av EU-rätten.

Skiljeförfarandet har omfattats av ett giltigt skiljeavtal

Varken investeringsavtalet eller dess artikel 9 har sagts upp till upphörande av Polen. Ej heller har de upphört genom Polens inträde i EU. I vart fall trädde investeringsavtalet i kraft mellan Polen och Luxemburg den 30 juni 2004 genom Luxemburgs ratificering av traktaten, dvs. efter Polens tillträde till EU den 31 maj 2004.

Artikel 9 i investeringsavtalet utgör ett giltigt anbud om skiljeförfarande som PL Holdings har antagit genom att påkalla skiljeförfarande. Ett giltigt skiljeavtal mellan Polen och PL Holdings har därigenom uppstått. De omständigheter Polen åberopar innebär inte att anbudet är ogiltigt. Att EU-rätten utgör hinder för en sådan bestämmelse som artikel 9 i investeringsavtalet innebär inte att Investeringsavtalet eller anbudet är ogiltigt.

Att enskilda tvister mellan investerare och EU-medlemsstater avgörs genom skiljeförfarande hindrar inte unionsrättens fulla verkan och enhetliga tillämpning.

För det fall att Polens anbud om skiljeförfarande i artikel 9 investeringsavtalet har varit ogiltigt har ett bindande skiljeavtal ändå uppstått till följd av parternas agerande. PL Holdings har genom att påkalla skiljeförfarande lämnat ett anbud till Polen att lösa parternas tvist enligt samma villkor som i artikel 9 i investeringsavtalet. Polen har genom sitt konkludenta handlande accepterat detta anbud. Polens konkludenta accept består i att utse ombud och skiljeman och direkt eller genom ombud (i) komma överens med PL Holdings om regler och principer för handläggningen av förfarandet, (ii) delta i förfarandets handläggning och (iii) föra sin talan i sak genom *Reply to Request for Arbitration* och *Statement of Defence*, allt utan att framställa någon invändning. Polen har därtill uttryckligen bekräftat att skiljenämnden hade behörighet att pröva tvisten för det fall PL Holdings var att betrakta som en investerare i enlighet med inve-

steringsavtalet. Det är ostridigt att PL Holdings var att betrakta som en investerare i enlighet med investeringsavtalet. Polen har efter att ha gett in sitt *Statement of Defence* uttryckligen bekräftat att Polen inte skulle framställa några ytterligare invändningar mot skiljenämndens behörighet.

Om anbudet i artikel 9 har förlorat sin bindande verkan så har Polen inte varit skyldigt att godta skiljenämndens behörighet, utan har kunnat framställa invändningar om skiljebundenhet fram till och med Polens *Statement of Defence*. Parternas skiljeavtal är därmed ett giltigt uttryck av partsautonomin.

För det fall det skulle befinnas vara relevant för bedömningen av ett giltigt skiljeavtal har skiljenämnden inte tillämpat unionsrätten vid sitt avgörande i sak. De regler som skiljenämnden haft att tillämpa var utanför det harmoniserade området, dvs. det har inte varit aktuellt för skiljenämnden att tillämpa unionsrätt.

3.2.4 Invändning mot ogiltighetsgrunderna och klandergrund A – ogiltighet eller upphävande skulle strida mot proportionalitetsprincipen

Ett upphävande eller ogiltigförklarande av skiljedomarna skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen är allmänt tillämplig och har direkt effekt. I proportionalitetsprincipens vågskål ligger i detta fall på ena sidan att det i händelse av upphävande eller ogiltigförklaring av skiljedomarna finns grundad anledning tro att PL Holdings skulle utsättas för en konkret risk att fråntas tillgång till ett effektivt rättsmedel i Polen. Det saknas realistiska alternativ till ett skiljeförfarande i det aktuella fallet. Domstolssystemet i Polen har betydande brister i rättsäkerhetshänsesande och det polska domstolsväsendets självständighet är allvarligt äventyrad. PL Holdings skulle således i praktiken fråntas möjligheten att få sin sak prövad. Samtidigt skulle PL Holdings och dess investerare orsakas stor skada och PL Holdings skulle förlora de betydande ekonomiska och tidsmässiga insatser och kostnader som bolaget i god tro redan har nedlagt. På andra sidan finns det rent abstrakta intresset av att upprätthålla EU-rätten på det sätt som Polen argumenterar för utifrån Achmea-domen (mål C-284/16, EU:C:2018:158).

Det ska även beaktas att det är Polen, inte PL Holdings, som har ingått investeringsavtalet och accepterat att underkasta sig skiljeförfarande enligt artikel 9 däri. Det är således Polen som därmed eventuellt har begått ett brott mot sina åtaganden under EU-fördraget enligt Achmea-domen. Polens talan i detta mål syftar uteslutande till att överföra konsekvensen av detta egna fördragsbrott på ett enskilt företag och dess investerare för att därigenom undandra sig betalningsansvar för en bekräftat lagstridig expropriation. Det vore både oproportionerligt och rättsligt stötande om Polen tilläts att på detta sätt dra nytta av sitt eget fördragsbrott.

Det vore mot bakgrund av ovan oproportionerligt att åsidosätta eller ogiltigförklara skiljedomarna eftersom det skulle drabba PL Holdings på ett sätt som inte står i rimlig proportion till vad upphävandet eller ogiltigförklarandet skulle uppnå.

3.2.5 Klandergrund B – hanteringen av Kluzas expertutlåtande

Polen är på grund av preklusion förhindrat att göra gällande omständigheterna under klandergrund B

Polen har inte rätt att åberopa att skiljenämnden tillåtit och beaktat Kluzas utlåtande till grund för klander eftersom Polen har deltagit i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra detta gällande. Polen har deltagit utan att invända mot skiljenämndens upplysning att Kluzas eventuella utevaro kunde komma att beaktas genom att reducera bevisvärdet av hans utlåtande. Polen har efter den särskilda skiljedomen deltagit i förfarandet utan att invända mot att skiljenämnden i den tillät och beaktade Kluzas utlåtande. Polen och PL Holdings har kommit överens om att Polen skulle få ställa frågor till andra vittnen som kompensation för Kluzas utevaro.

Polen har inte rätt att åberopa att skiljenämnden innan den särskilda skiljedomen underlät att meddela parterna att nämnden inte avsåg att lämna Kluzas utlåtande utan avseende till grund för klander eftersom Polen har deltagit i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra detta gällande. Polen har deltagit i skiljeförfarandet efter att handläggningen avslutades och efter att den särskilda

skiljedomen meddelades utan att invända. Polen har inte heller begärt att skiljenämnden skulle meddela något särskilt beslut innan den särskilda skiljedomen.

Polen har under skiljeförfarandet varit skyldigt att utan dröjsmål framställa en invändning mot tillåtandet och beaktandet av Kluzas utlåtande, samt tidpunkten för beslutet, stred mot för förfarandet tillämpliga regler, vilket Polen har underlåtit att göra.

Skiljenämnden har inte överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel

Det är riktigt att parterna under skiljeförfarandet träffade en överenskommelse enligt punkten VI.B.6 i PO 1. Det är också riktigt att Kluza uteblev från förhör och att skiljenämnden tillät och beaktade hans utlåtande.

Överenskommelsen i VI.B.6 i PO 1 innebar att skiljenämnden diskretionärt fick avgöra om sådana exceptionella omständigheter förelåg som innebar att ett expertutlåtande inte skulle avvisas trots att experten uteblivit från korsförhör. Tolkningen och tillämpningen av bestämmelsen har enligt parternas överenskommelse varit förbehållen skiljenämnden.

Kluzas utevaro från korsförhör berodde på en intressekonflikt som utgjorde en exceptionell omständighet. Skiljenämnden har tolkat och tillämpat VI.B.6 i PO 1 genom att tillåta Kluzas utlåtande då skiljenämnden fann att det förelåg exceptionella omständigheter.

Efter förslag från skiljenämnden kom parterna under förhandlingen överens om att Polen skulle kompenseras för att inte ha tillfälle att korsförhöra Kluza genom att få ställa frågor om innehållet i Kluzas utlåtande till andra vittnen och experter.

Skiljenämnden har enbart beaktat Kluzas utlåtande i proportionalitetsbedömningen. Kluzas utlåtande var inte avgörande för utfallet av proportionalitetsbedömningen. Att skiljenämnden beaktade Kluzas utlåtande har därmed inte sannolikt inverkat på utgången av skiljeförfarandet.

Skiljenämnden upplyste Polen att den sannolikt skulle komma att tillåta Kluzas utlåtande. Polen har haft möjlighet att åberopa motbevisning. Tidpunkten för skiljenämndens beslut att tillåta Kluzas utlåtande har således inte sannolikt inverkat på utgången av skiljeförfarandet.

Polen har trots begäran direkt från Kluza underlåtit att bekräfta för honom att Polen önskade hålla korsförhör med honom, vilket Kluza uppgav var en förutsättning för hans närvaro. Polen har inte heller, trots PL Holdings begäran, lämnat efterfrågade besked till Kluza om att Polen avstod från att göra gällande intressekonflikt och inte heller i övrigt låta hans medverkan få negativa konsekvenser för honom eller den bank i vilken han var verksam. Det påstådda handläggningsfelet har således inte varit utan Polens vållande.

3.2.6 Klandergrund C – domslutet i den särskilda skiljedomen

Polen är på grund av preklusion förhindrat att göra gällande omständigheterna under klandergrund C

Polen har inte rätt att åberopa att punkten B i domslutet påstås inte motsvara ett yrkande i målet, att det inte påstås framgå vilken fråga som skiljenämnden har avgjort i den särskilda skiljedomen eller att domslutet påstås vara så oklart och ofullständigt formulerat att dess innebörd inte går att utläsa till grund för klander eftersom Polen har deltagit i förfarandet efter den särskilda skiljedomen utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra detta gällande. Polen har inte utnyttjat de möjligheter till rättning och tolkning av domslutet som stått till buds och har inte på annat sätt invänt att domslutets innebörd inte gick att utläsa.

Polen har under skiljeförfarandet varit skyldigt att utan dröjsmål framställa en invändning mot att skiljenämnden avgörande av en särskild fråga stred mot för förfarandet tillämpliga regler, vilket Polen har underlåtit att göra.

Skiljenämnden har inte överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel

Skiljenämnden har enligt LSF och SCC-reglerna haft rätt att avgöra en särskild fråga, eller en viss fråga av betydelse för tvisten, vilket skiljenämnden har gjort. Skiljenämnden har rätt att själv formulera den fråga som ska besvaras. Skiljenämnden har inte meddelat dom över något annat än vad som yrkats.

Skiljenämnden har genom punkten B i domslutet avgjort frågan om PL Holdings var berättigat till skadestånd och bestämt att så var fallet. Frågan om skadeståndets storlek avgjordes inte genom den särskilda skiljedomen. Skiljenämnden bestämde att skadans storlek skulle avgöras genom en slutlig skiljedom.

Skiljenämnden bestämde att skadeståndet skulle beräknas enligt principer och värden som redogjordes för i domskälen. Detta innebär inte att domslutet är ofullständigt eller oklart. Skiljenämnden hänvisade också till ett handläggningsbeslut enligt PO 17. Detta utgjorde inte en del av domslutet i den särskilda skiljedomen och innebär inte att domslutet var oklart eller ofullständigt. Med hänsyn till det ovanstående har det som uttalas efter första meningen i punkten 650 B i den särskilda skiljedomen, om hur uträkningen av skadan skulle ske, utgjort ett handläggningsbeslut, dvs. skiljenämnden skiljde inte saken ifrån sig i den delen. Domslutet är inte oklart. Även om domslutet skulle behöva läsas i ljuset av domskälen är det inget fel.

Det påstådda uppdragsöverskridandet eller handläggningsfelet har inte sannolikt inverkat på utgången i målet.

3.2.7 Klandergrund D – skiljenämndens beslut att meddela den särskilda skiljedomen och återupptagandet av skiljeförfarandet

Polen är på grund av preklusion förhindrat att göra gällande omständigheterna under klandergrund D

Polen har inte rätt att åberopa att skiljenämnden på eget initiativ och utan föregående kommunikering meddelade en särskild skiljedom istället för slutlig skiljedom och återupptog handläggningen av skiljeförfarandet till grund för klander eftersom Polen har deltagit i förfarandet efter den särskilda skiljedomen utan invändning eller på annat sätt

får anses ha avstått från att göra detta gällande. Polen har inte invänt mot SCC:s beslut att förlänga fristen för meddelande av slutlig skiljedom till den 29 september 2017, eller mot att skiljenämnden på eget initiativ och utan föregående kommunikering med parterna (i) inte meddelade en slutligt skiljedom den 30 juni 2017, (ii) meddelade en särskild skiljedom den 28 juni 2017 och (iii) återupptog handläggningen av skiljeförfarandet genom PO 17. Polen har uttryckligen bekräftat att skiljenämnden har haft rätt att inleda och handlägga en särskild fas av skiljeförfarandet efter den särskilda skiljedomen för att avgöra storleken av skadeståndet.

Polen har under skiljeförfarandet varit skyldigt att utan dröjsmål framställa en invändning om att det stred mot för skiljeförfarandet tillämpliga regler, att skiljenämnden på eget initiativ och utan föregående kommunikering meddelade en särskild skiljedom, istället för slutlig skiljedom, och återupptog handläggningen av skiljeförfarandet. Polen har underlåtit att göra detta.

Skiljenämnden har inte överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel
Skiljenämnden har enligt SCC-reglerna, som parterna har kommit överens om, haft rätt att utan föregående kommunikering med parterna och på eget initiativ meddela en särskild skiljedom.

Skiljenämnden har enligt SCC-reglerna, som parterna har kommit överens om, haft rätt att utan föregående kommunikering med parterna och på eget initiativ återuppta handläggningen av skiljeförfarandet.

Skiljenämnden har inte berett PL Holdings tillfälle att komma in med ytterligare bevisning eller underlag rörande skadestandsberäkningen. PL Holdings har inte heller givit in någon ny bevisning eller något nytt underlag för skadestandsberäkningen efter den särskilda skiljedomen.

3.2.8 Klandergrund E – instruktionerna till de partsutsedda experterna

Polen är på grund av preklusion förhindrat att göra gällande omständigheterna under klandergrund E

Polen har inte rätt att åberopa de omständigheter som anförs under klandergrund E eftersom Polen har deltagit i förfarandet efter den särskilda skiljedomen utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra detta gällande. Polen har inte invänt mot att: (i) skiljenämnden begärt att de partsutsedda experterna skulle beräkna och påstått besluta om skadeståndets storlek, (ii) instruktionerna som skiljenämnden tillhandahållit påstås varit ofullständig och fordrat vissa egna bedömningar, att experterna skulle enas i vissa frågor och att instruktionerna fordrat kompletterande uppgifter från skiljenämnden, (iii) att skiljenämnden begärt att experterna skulle inkomma med kompletterande utlåtanden rörande ”Tier 1 Capital Requirement” utan inblandning eller påverkan av ombuden.

Polen har utan att invända: (i) instruerat sin expert att tillsammans med PL Holdings expert genomföra beräkningen av PL Holdings skada, (ii) vidarebefordrat experternas gemensamma begäran om komplettering avseende ”Tier 1 Capital Requirement” och (iii) vidarebefordrat experternas gemensamma uträkning av skadan till skiljenämnden. Polen har inte heller invänt mot skiljenämndens beslut att instruera experterna att beakta effekterna av ”Tier 1 Capital Requirement” i sin uträkning.

Skiljenämnden har inte överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel
Skiljenämndens instruktion till experterna har fordrat parternas medverkan. Parterna har utan invändning medverkat. Skiljenämnden har inte fört in någon ny bevisning i målet.

Skiljenämnden har genom PO 17 begärt att de partsutsedda experterna skulle försöka enas om skadans storlek på basis av skiljenämndens beslut om faktorerna i den gemensamma värderingsmodellen, vilket skiljenämnden enligt för förfarandet tillämpliga regler hade rätt att göra.

Att experterna meddelade skiljenämnden att även ”Tier 1 Capital Requirement” borde beaktas i uträkningen, men att experterna inte var överens om hur, skedde enligt för förfarandet tillämpliga regler. Att skiljenämnden begärde att experterna skulle utveckla skälen för oenigheten skedde också i enlighet med tillämpliga regler. Att skiljenämnden genom ett handläggningsbeslut i PO 20 instruerade experterna att beakta effekten av ”Tier 1 Capital Requirement” skedde i enlighet med för förfarandet tillämpliga regler.

Att experternas uträkning fordrade vissa begränsade egna bedömningar innebar inte att skiljenämndens instruktion stred mot för förfarandet tillämpliga regler.

Samtliga frågor som skiljenämnden bad experterna att enas om, eller utveckla skälen för sin oenighet om, låg inom ramen för experternas utlåtanden. Ingen ny bevisning eller nya omständigheter tillfördes målet genom experternas gemensamma uträkning av skadan.

Skiljenämnden har inte begärt att de partsutsedda experterna skulle besluta om skadans storlek och experterna har inte heller gjort det. Skiljenämnden har själv avgjort frågan om skadeståndets storlek i den slutliga skiljedomen. Samtliga frågor som skiljenämnden begärt att experterna gemensamt skulle försöka komma överens om har skiljenämnden slutligt prövat och avgjort genom den slutliga skiljedomen.

Polen har instruerat sin expert att genomföra den gemensamma uträkningen i enlighet med skiljenämndens instruktion. Det påstådda handläggningsfelet har således inte varit utan Polens vållande och det har i vart fall inte sannolikt inverkat på utgången i målet

3.2.9 Klandergrund F – kompletteringen avseende ”pre-award interest”

Skiljenämnden har inte överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel
PL Holdings har från inledningen av skiljeförfarandet i sitt *Statement of Claim* åberopat en alternativ skadeståndsberäkning som innefattat pre-award interest och klargjort att pre-award interest rymdes inom det av PL Holdings yrkade beloppet.

PL Holdings har under förhandlingen klargjort att PL Holdings begärde pre-award interest. PL Holdings har i sitt slutliga yrkande yrkat ett kapitalbelopp uttryckligen baserat på en beräkning som innefattade pre-award interest och det yrkade beloppet har innefattat pre-award interest fram till oktober 2016, vilket skiljenämnden begärdes uppdatera per dagen för skiljedom.

Skiljenämnden har inte kompletterat domslutet i den särskilda skiljedomens med pre-award interest. Skiljenämnden har avgjort frågan om pre-award interest i den slutliga skiljedomens.

Det är i och för sig riktigt att skiljenämnden inte har meddelat någon tilläggsskiljedom enligt 42 § SCC-reglerna. Detta innebär inget uppdragsöverskridande eller något handläggningsfel. Det har i vart fall inte sannolikt inverkat på utgången i målet.

3.2.10 Klandergrund G – kompletteringen avseende ”Tier 1 Capital Requirement”

Polen är på grund av preklusion förhindrat att göra gällande omständigheterna under klandergrund G

Polen har inte rätt att åberopa att experterna framställde en gemensam begäran om komplettering av beräkningsinstruktionen med ”Tier 1 Capital Requirement” eller att skiljenämnden genom ett handläggningsbeslut instruerade experterna att beakta ”Tier 1 Capital Requirement” på ett visst sätt i den gemensamma uträkningen till grund för klander eftersom Polen har deltagit i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra detta gällande.

Polen har utan att invända: (i) instruerat sin expert att tillsammans med PL Holdings expert genomföra beräkningen av PL Holdings skada, (ii) vidarebefordrat experternas gemensamma begäran om komplettering avseende ”Tier 1 Capital Requirement” och (iii) vidarebefordrat experternas gemensamma uträkning av skadan innefattande ”Tier 1 Capital Requirement” till skiljenämnden. Polen har inte invänt mot skiljenämndens

beslut i PO 20 om att instruera experterna att beakta effekterna av ”Tier 1 Capital Requirement” i sin uträkning.

Polen har under skiljeförfarandet varit skyldigt att utan dröjsmål framställa en invändning mot att skiljenämndens handläggning och experternas hantering av ”Tier 1 Capital Requirement” stred mot för förfarandet tillämpliga regler, vilket Polen har underlåtit att göra.

Skiljenämnden har inte överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel
Skiljenämnden avgjorde inte frågan om skadeståndets storlek i den särskilda skiljedomen. Att skiljenämnden genom ett handläggningsbeslut instruerade experterna att, utöver de faktorer som redogjordes för i domskälen i den särskilda skiljedomen, även beakta ”Tier 1 Capital Requirement” innebär inte att den särskilda skiljedomen har kompletterats.

Att skiljenämnden instruerade experterna att även beakta effekten av ”Tier 1 Capital Requirement” genom ett handläggningsbeslut i PO 20 innebar inget handläggningsfel eller uppdragsöverskridande. PO 20 innebär ingen slutlig prövning av effekten av ”Tier 1 Capital Requirement”, utan är enbart en instruktion till experterna.

Skiljenämnden avgjorde frågan om skadeståndets storlek genom den slutliga skiljedomen, som då innefattade effekten av ”Tier 1 Capital Requirement”. Skiljenämnden har inte varit förhindrad från att i den slutliga skiljedomen beakta andra faktorer i skadestandsberäkningen än de som angivits i domskälen i den särskilda skiljedomen.

Polen har instruerat sin expert att genomföra den gemensamma uträkningen och har vidarebefordrat experternas gemensamma begäran om komplettering med ”Tier 1 Capital Requirement”. Det påstådda handläggningsfelet har således inte varit utan Polens vållande. Det har i vart fall inte sannolikt inverkat på utgången i målet.

3.2.11 Klandergrund H – slutförhandling och förhör med experter

Polen är på grund av preklusion förhindrat att göra gällande omständigheterna under klandergrund H

Polen har inte rätt att åberopa att ingen ytterligare förhandling eller nya förhör med experterna hölls till grund för klander eftersom Polen har deltagit i förfarandet utan invändning eller genom att ha erkänt att det skett en rättskraftig prövning i sak får anses ha avstått från att göra detta gällande.

Genom PO 17 beslutade skiljenämnden att enbart hålla en ny förhandling eller på nytt höra experterna för det fall att experterna inte kom överens om den slutliga uträkningen av skadan och om skiljenämnden därtill ansåg att en ytterligare förhandling var nödvändig. Polen deltog i förfarandet i närmare en månads tid utan att invända mot detta handläggningsbeslut och utan att begära en ny förhandling. Polen får därför anses ha godtagit att en ny förhandling eller nya förhör med experterna enbart skulle hållas om experterna inte enades om den slutliga uträkningen.

Polen har under skiljeförfarandet varit skyldigt att utan dröjsmål framställa en invändning mot att skiljenämndens beslut om förutsättningarna för att hålla ny förhandling eller nya förhör stred mot för förfarandet tillämpliga regler, vilket Polen har underlåtit att göra.

Skiljenämnden har inte överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel

Polen har inte varit förhindrad att yttra sig om experternas gemensamma uträkning av skadan eller resultatet av denna. Skiljenämnden har genom PO 20, PO 21 och PO 23 uttryckligen berett parterna tillfälle att yttra sig över experternas gemensamma uträkning och Polen har då kunnat framföra synpunkter på genomförandet och resultatet av experternas arbete. Det har även dessförinnan stått Polen fritt att yttra sig om experternas gemensamma uträkning. Polen har avstått från att yttra sig. Polen har således i erforderlig omfattning haft tillfälle att föra sin talan. Skiljenämndens beslut att inte hålla ny förhandling eller nya förhör med de partsutsedda experterna utgör därför inget uppdragsöverskridande eller handläggningsfel.

Av PO 17 och domskälen till den särskilda skiljedomen framgår det att skiljenämnden uppmanade experterna att komma överens om vissa begränsade frågor som skiljenämnden inte själv hade angett ett svar på. Det framgick också av experternas gemensamma uträkning att vissa mellan experterna överenskomna antaganden hade gjorts i dessa avseenden. Polen har inte framfört dessa omständigheter till skiljenämnden som skäl för att hålla nya förhör med experterna eller ny förhandling. Polen har inte heller anfört några andra omständigheter som skulle motivera att nya förhör eller ny förhandling hölls. Skiljenämndens beslut att inte hålla ny förhandling eller nya förhör med de partsutsedda experterna utgör därför inget uppdragsöverskridande eller handläggningsfel. De påstådda felen har i vart fall inte varit utan Polens vållande.

Att Polen inte fick tillfälle att korsförhöra experterna har i vart fall inte sannolikt inverkat på utgången i målet. Experterna var överens om hur skadan skulle värderas enligt skiljenämndens instruktion och det förelåg inga meningsskiljaktigheter. Skiljenämnden hade därför sannolikt fastställt skadans storlek till samma belopp, oavsett om experterna i förhör hade redogjort närmare för sina överenskomna antaganden.

4 UTREDNINGEN

Parterna har åberopat omfattande skriftlig bevisning. På Polens begäran har vittnesförhör hållits med Andrew Caldwell, som var Polens partsutsedde expert under skiljeförfarandet.

5 DOMSKÄL

5.1 Dispositionen av hovrättens domskäl m.m.

Hovrätten konstaterar inledningsvis att vad Polen anfört inte utgör grund för att avvisa några av PL Holdings åberopade omständigheter. Polens avvisningsyrkande ska alltså avslås.

I avsnitt 5.2 behandlar hovrätten frågorna om skiljedomarna är ogiltiga på grund av att tvisten inte varit skiljedomsmässig, eller på grund av att skiljedomarna – eller det sätt på vilket skiljedomarna tillkommit – strider mot grunderna för rättsordningen i Sverige. I anslutning till detta behandlas även frågan om skiljedomarna ska upphävas på den grunden att det inte funnits ett giltigt skiljeavtal mellan parterna. Det rör sig alltså om de frågor i målet som har anknytning till EU-domstolens avgörande i det s.k. Achmea-målet (mål C-284/16, EU:C:2018:158, fortsättningsvis Achmea-domen), dvs. Polens ogiltighets- och klandergrunder A.

De övriga klandergrunder som Polen gjort gällande behandlas i avsnitt 5.3.

Sist i domskälen behandlas rättegångskostnader.

5.2 Ogiltighets- och klandergrunderna A – frågan om skiljedomarnas ogiltighet alternativt upphävande på grund av att skiljedomarna inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal

5.2.1 Inledning

Sammanfattning av parternas talan avseende ogiltighets- och klandergrunderna A

Polen har sammanfattningsvis åberopat följande. Skiljedomarna ska förklaras ogiltiga alternativt upphävas till följd av Achmea-domen. Ett antal omständigheter leder till att skiljedomarna är ogiltiga enligt två olika rättsregler. Den första är att skiljedomarna omfattar prövning av frågor som inte får avgöras av skiljemän och den andra att skiljedomarna, eller de sätt som de tillkommit på, är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige. Alternativt ska skiljedomarna upphävas eftersom de inte omfattas av något giltigt skiljeavtal. Hovrätten ska ex officio beakta frågan om ett skiljeavtal strider mot EU-fördragen. Parterna i skiljeförfarandet råder alltså inte över frågan om medlemsstater får ingå skiljeavtal i strid mot EU-fördragen.

PL Holdings har invänt sammanfattningsvis följande. Det finns inte någon grund för att ogiltigförklara skiljedomarna. De frågor som skiljedomarna gällde är sådana om

vilka parterna kan träffa förlikning och som därför får avgöras av skiljemän. De omständigheter som Polen åberopat innebär inte att skiljedomarna eller det sätt på vilket de tillkommit är uppenbart oförenliga med rättsordningen i Sverige. När det gäller Polens åberopande av att skiljedomarna inte omfattas av något giltigt skiljeavtal har Polen deltagit i förfarandet utan invändning eller agerat på annat sätt som innebär att Polen får anses ha avstått från att göra gällande att det inte skulle finnas något giltigt skiljeavtal. Polen har varit skyldigt att framställa en invändning mot skiljeavtalets påstådda giltighet senast i sitt *Statement of Defence*, vilket Polen inte gjort. Dessutom har skiljeförfarandet omfattats av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna.

I det följande redovisar hovrätten först den för ogiltighets- och klandergrunderna A relevanta rättsliga regleringen i lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF). Sedan behandlas Achmea-domen och de slutsatser som hovrätten drar av denna dom för de frågor som är relevanta för de nyssnämnda grunderna. Därefter prövar hovrätten de i målet aktuella frågorna i dessa delar.

5.2.2 Rättsliga utgångspunkter i lagen om skiljeförfarande m.m.

Bestämmelser om när skiljedomar är ogiltiga finns i 33 § LSF.

I 33 § första stycket 1 LSF anges att en skiljedom är ogiltig om den innefattar prövning av en fråga som enligt svensk lag inte får avgöras av skiljemän. Detta uttrycks ibland på så sätt att den fråga som har prövats inte är skiljedomsmässig. Vilka frågor som får avgöras av skiljemän regleras i 1 § första stycket LSF. I den bestämmelsen föreskrivs att en tvist i en fråga som parterna kan träffa förlikning om får avgöras genom skiljedom. (Se även NJA 2012 s. 790 punkten 8 och NJA 2015 s. 438 punkten 9.)

I 33 § första stycket 2 LSF anges att en skiljedom är ogiltig om skiljedomens eller det sätt på vilket skiljedomens tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige (s.k. ordre public). Svensk rätt intar en restriktiv inställning till möjligheten att få en skiljedom ogiltigförklarad med stöd av denna bestämmelse. Av förarbetena framgår att den är avsedd att omfatta endast mycket stötande fall och

att den därför ytterst sällan blir aktuell att tillämpa. Skiljedomar där grundläggande rättsprinciper av materiell eller procedurmässig art har åsidosatts eller där skiljenämnden har avgjort en tvist utan att ta hänsyn till en rättsregel som är tvingande till förmån för tredje man eller ett allmänt intresse och som ger uttryck för en särskilt viktig rättsnorm har ansetts strida mot ordre public (se prop. 1998/99:35 s. 140 f. och 234 samt NJA 2015 s. 438, Heuman, Skiljemannarätt, 1999, s. 600 och Lindskog, Kommentaren till 33 § LSF, avsnitt 4.2.1, Zeteo 2018-09-07).

En grundläggande utgångspunkt är vidare att EU-rätten är en del av rättsordningen i Sverige. Såvitt gäller en tillämpning av en nationell bestämmelse om att en skiljedom ska upphävas om den strider mot grunderna för rättsordningen har EU-domstolen slagit fast att dåvarande artikel 85.1 i fördraget, som föreskrev att avtal eller beslut som hindrade konkurrensen var förbjudna och därför ogiltiga, var en grundläggande bestämmelse som var oundgänglig för att den inre marknaden skulle fungera. Enligt EU-domstolen följde av detta att om en nationell domstol hade processuella regler som innebar att en skiljedom skulle ogiltigförklaras på grund av att den stred mot grunderna för rättsordningen skulle domstolen även bifalla ett sådant yrkande grundat på att förbudet i artikel 85.1 i fördraget hade åsidosatts (Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punkterna 36 och 37).

EU-domstolen har i en senare dom upprepat regeln om att en nationell domstol som har nyssnämnda processuella regler om ogiltigförklaring av skiljedomar även ska bifalla ett yrkande som grundar sig på att gemenskapsrättsliga regler som hänför sig till grunderna för rättsordningen har åsidosatts. I domen slog EU-domstolen fast att 1993 års direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal ska tolkas på så sätt att en nationell domstol i ett mål om klander av en skiljedom ska pröva om skiljeavtalet är ogiltigt och upphäva skiljedomen, trots att konsumenten inte under skiljeförfarandet har åberopat att skiljeavtalet är ogiltigt utan gjort det först inom ramen för klandertalan. EU-domstolen pekade bl.a. på att det med hänsyn till vikten av att skydda konsumenterna införts en tvingande bestämmelse mot oskäliga avtalsvillkor i syfte att skapa jämvikt mellan avtalsparterna och att det allmänintresse som ligger till grund för direktivets skydd för konsumenter var av sådan art och omfattning att det var motiverat att ålägga de nationella domstolarna en skyldighet att ex officio pröva om ett avtalsvillkor

är oskäligt och därigenom kompensera för obalansen mellan konsumenter och näringsidkare (Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, punkterna 35–39).

I 34 § LSF finns regler om i vilka situationer en skiljedom kan upphävas efter klander.

Enligt 34 § första stycket 1 LSF ska en skiljedom upphävas helt eller delvis på talan av en part om den inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna. Ett avtal ingås normalt skriftligen, oftast genom att en skiljeklausul tas in i ett avtal. Ett skiljeavtal kan dock även, enligt allmänna avtalsrättsliga principer, ingås på annat sätt, t.ex. genom konkludent handlande (se t.ex. Lindskog, Skiljeförfarande, Zeteo 2018-09-07, avsnitt 2.1.2).

Enligt 34 § andra stycket LSF har en part inte rätt att åberopa en omständighet som han eller hon genom att delta i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande. Lagtexten anger även att enbart genom att parten har utsett skiljeman ska parten inte anses ha godtagit skiljenämndens behörighet att avgöra den hänskjutna frågan. Bestämmelsen innebär att en part måste vara aktiv och protestera mot åtgärder och beslut som parten är missnöjd med för att ha rätt att senare kunna åberopa dem som grund för klander av skiljedomen. Bestämmelsen gäller endast beträffande klandergrunderna, dvs. de grunder som anges 34 § första stycket LSF. För ogiltighetsgrunderna enligt 33 § LSF finns ingen preklusionsregel.

Hovrätten återkommer nedan i avsnitt 5.3.1 till regleringen avseende övriga klandergrunder som är aktuella i målet.

5.2.3 Achmea-domens betydelse för prövningen av detta mål

Achmea-domen

EU-domstolens dom i Achmea-målet var föranledd av en begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof i Tyskland, dvs. Tysklands federala högsta domstol för tvistemål och brottmål. Slovakien hade väckt talan vid tysk domstol mot ett nederländskt bolag, Achmea BV, om upphävande av en skiljedom. Tvisten hade sin upprin-

nelse i att Achmea BV via ett dotterbolag tillhandahöll privat sjukförsäkringsskydd på den slovakiska marknaden. Achmea BV gjorde gällande att Slovakien hade genomfört lagstiftningsåtgärder som orsakat bolaget skada. Achmea BV påkallade därför skiljeförfarande och yrkade skadestånd av Slovakien. I skiljedomen förpliktades Slovakien att betala skadestånd till Achmea BV. Att tvisten avgjordes genom skiljeförfarande hade sin grund i ett investeringsavtal som ingicks i början av 1990-talet mellan å ena sidan Nederländerna och, å andra sidan ett antal EU-länder. Genom Slovakiens inträde i EU blev sedermera även Slovakien part i investeringsavtalet. I investeringsavtalets artikel 8 fanns en tvistlösningsbestämmelse som bl.a. innebar att en investerare i någon av de avtalsslutande medlemsstaterna, om det uppstod en tvist om investeringar i en annan avtalsslutande medlemsstat, hade rätt att inleda ett skiljeförfarande mot denna andra medlemsstat. Det var alltså i egenskap av en sådan investerare som det nederländska bolaget Achmea BV inledde skiljeförfarande mot medlemsstaten Slovakien.

I skiljetvisten invände Slovakien att skiljenämnden saknade behörighet eftersom skiljeklausulen var oförenlig med unionsrätten på grund av Slovakiens anslutning till EU, men denna invändning ogillades av skiljenämnden. Skiljenämnden prövade behörighetsfrågan i en särskild dom och kom då fram till att skiljenämnden var behörig. Efter den slutliga skiljedomen väckte Slovakien talan om upphävande av denna vid en tysk domstol som ogillade talan. Slovakien överklagade avgörandet till Bundesgerichtshof som beslutade att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. EU-domstolen besvarade frågorna från den tyska domstolen på så sätt att EU-domstolen konstaterade att artiklarna 267 och 344 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna enligt vilken en investerare i den ena medlemsstaten, om det uppstår en tvist om investeringar i den andra medlemsstaten, får inleda ett förfarande mot sistnämnda medlemsstat vid en skiljedomstol, vars behörighet den medlemsstaten är skyldig att godta (Achmea-domen, punkt 60).

I domskälen anförde EU-domstolen bl.a. att för att säkerställa att de särskilda egenskaperna och autonomin i unionens rättsordning bevaras har ett domstolssystem införts genom fördragen som är avsett att säkerställa att unionslagstiftning tolkas konsekvent och enhetligt. Vidare anförde EU-domstolen att kärnan i domstolssystemet utgörs av

förfarandet för förhandsavgörande, som syftar till att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten och därigenom göra det möjligt att säkerställa dess koherens, fulla verkan och autonomi samt dess specifika karaktären hos den rättsordning som upprättats genom fördragen. (Achmea-domen, punkterna 35 och 37.)

EU-domstolen tog först ställning till om de tvister som skiljedomstolen skulle avgöra kunde avse tolkning eller tillämpningen av unionsrätten. EU-domstolen konstaterade i denna del att unionsrätten utgör en del av gällande rätt i medlemsstaterna vilken skiljedomstolen kunde komma att tolka och tillämpa, särskilt bestämmelser om de grundläggande friheterna, bl.a. etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital (Achmea-domen, punkterna 38, 41 och 42). EU-domstolen tog därefter ställning till om skiljedomstolen var att anse som en domstol i en medlemsstat i den mening som avses i artikel 267 FEUF. EU-domstolen ansåg att så inte var fallet och att skiljedomstolen därför inte var behörig att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen (Achmea-domen, punkterna 43, 46 och 49). Under dessa förhållanden var enligt EU-domstolen en ytterligare fråga om en skiljedom som meddelats av skiljedomstolen är underkastad domstolskontroll i en medlemsstat för att säkerställa att unionsrättsliga frågor kan hänskjutas till EU-domstolen genom en begäran om förhandsavgörande. EU-domstolen konstaterade att den prövning av en skiljedom som tysk domstol fick göra var begränsad till att bl.a. avse skiljeavtalets giltighet eller ordre public vid erkännande eller verkställighet av skiljedomen (Achmea-domen, punkterna 50 och 53).

EU-domstolen anförde vidare att i fråga om kommersiella tvister hade domstolen i tidigare avgöranden visserligen slagit fast att de krav som hänförde sig till skiljeförfarandets effektivitet motiverade att den prövning som medlemsstaternas domstolar gjorde var begränsad, under förutsättning att de grundläggande unionsbestämmelserna kunde beaktas vid den prövningen och i förekommande fall bli föremål för en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen (Achmea-domen, punkten 54, med hänvisningar till Eco Swiss-domen, punkterna 35, 36 och 40, samt Mostaza Claro-domen, punkterna 34–39).

Enligt EU-domstolen skilde sig ett sådant skiljeförfarande som avsågs i artikel 8 i avtalet emellertid från kommersiella skiljeförfaranden. Kommersiella skiljeförfaranden

hade sitt ursprung i den gemensamma partsviljan, medan skiljeförfarandet enligt artikel 8 följde av ett avtal enligt vilket medlemsstaterna hade samtyckt till att undandra tvister som kunde avse tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten från sina egna domstolars behörighet och därmed från det system för rättsmedel som de var skyldiga att inrätta på områden som omfattas av unionsrätten (Achmea- domen, punkten 55).

EU-domstolen ansåg att de medlemsstater som var parter till artikel 8 i avtalet, genom att ingå detta hade upprättat en mekanism för att lösa tvister mellan en investerare och en medlemsstat som kunde innebära att tvisterna avgjordes på ett sätt som inte säkerställde unionsrättens fulla verkan, trots att tvisterna kunde avse tolkningen eller tillämpningen av unionsrätten (Achmea- domen, punkten 56). EU-domstolen konstaterade därför att artiklarna 267 och 344 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för en sådan bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna enligt vilken en investerare i den ena medlemsstaten, om det uppstår en tvist om investeringar i den andra medlemsstaten, får inleda ett förfarande mot sistnämnda medlemsstat vid en skiljedomstol, vars behörighet den medlemsstaten är skyldig att godta (Achmea- domen, punkt 60).

Sedan det nationella förfarandet återupptagits upphävde Bundesgerichtshof genom ett avgörande skiljedomen i tvisten mellan Slovakien och Achmea på grund av att det inte fanns ett skiljeavtal mellan parterna (avgörande den 31 oktober 2018, I ZB 2/15).

Jämförelse med förhållandena i detta mål

I artikel 9, i det i målet aktuella investeringsavtalet, finns en tvistlösningsbestämmelse som reglerar hur tvister ska lösas mellan en avtalsslutande medlemsstat, i det aktuella fallet Polen, och en investerare från en annan avtalsslutande medlemsstat, i det här aktuella fallet PL Holdings från Luxemburg. Bestämmelsen innebär att en sådan tvist ska lösas genom skiljeförfarande enligt något av tre angivna alternativ, bl.a. Skiljedomsinstitutet vid Stockholms Handelskammare. Investeraren har rätt att välja vilket av dessa som ska användas. Vidare framgår av artikel 9 att skiljedomen ska vara slutlig och bindande mellan parterna i tvisten och att de stater som är parter i investeringsavtalet åtar sig att verkställa en sådan skiljedom i enlighet med sin nationella lagstiftning.

Tvistlösningsbestämmelsen i artikel 9 har alltså i relevanta delar samma sakliga innehåll som tvistlösningsbestämmelsen i artikel 8 i det investeringsavtal som var aktuellt i Achmea-domen. Båda tvistlösningsbestämmelserna innebär en rätt för en investerare från en medlemsstat som är part i avtalet att påkalla ett skiljeförfarande mot en annan medlemsstat som också är part i avtalet vid en skiljenämnd vars behörighet den andra medlemsstaten måste godta. I båda fallen är alltså investeringsavtalet, i vilket tvistlösningsbestämmelsen finns, ingånget mellan medlemsstater i EU. I båda fallen åtar sig en medlemsstat i förhållande till en annan medlemsstat att godta att en tvist mellan en investerare och medlemsstaten avgörs genom ett skiljeförfarande.

I de nu redovisade hänseendena är förhållandena i detta mål i allt väsentligt desamma som i Achmea-domen.

I Achmea-målet hade Slovakien emellertid redan i sin svarsskrivelse i skiljeförfarandet invänt att skiljenämnden inte var behörig på den grunden att skiljeklausulen var oförenlig med unionsrätten efter Slovakiens inträde i EU. Jämfört med förhållandena i detta mål invände Polen visserligen mot skiljenämndens behörighet i svarsskrivelsen (*Statement of Defence*) till skiljenämnden, men på en annan grund. Först senare under skiljeförfarandet gjorde Polen gällande att tvistlösningsbestämmelsen stred mot unionsrätten. Hovrätten återkommer nedan till betydelsen av detta.

Betydelsen av Achmea-domen för frågorna i detta mål

Parterna har framfört olika uppfattningar om vilka konsekvenser Achmea-domen har. Förenklat uttryckt är Polens uppfattning att en direkt följd av Achmea-domen är att de nu aktuella skiljedomarna är ogiltiga, eller i vart fall ska upphävas på grund av att det inte finns något giltigt skiljeavtal, eftersom de strider mot artiklarna 267 och 344 FEUF. PL Holdings har däremot anfört att Achmea-domen har en avsevärt mer begränsad räckvidd. Enligt PL Holdings är domen riktad till EU:s medlemsstater och innebär att medlemsstaterna inte får ingå investeringsavtal med skiljeklausuler av aktuellt slag och, i förekommande fall, kan vara skyldiga att säga upp sådana avtal. Achmea-domen innebär enligt PL Holdings däremot inte att ett skiljeavtal mellan en enskild investerare och en medlemsstat är ogiltigt.

Achmea-domen tar sikte på giltigheten av avtalet mellan medlemsstaterna med en sådan tvistlösningsmekanism som alltså har sin motsvarighet i artikel 9 i detta mål. I domen har EU-domstolen klargjort att artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder mot ett sådant tvistlösningsavtal mellan medlemsstaterna. Det kan inte förstås på annat sätt än att tvistlösningsavtalet är ogiltigt mellan medlemsstaterna. Eftersom konstruktionen i tvistlösningsavtalet är att en medlemsstat riktar ett stående anbud till investerare i andra medlemsstater som är parter i tvistlösningsavtalet måste konsekvensen även bli att detta stående erbjudande från en medlemsstat till investerare inte heller är giltigt.

EU-domstolen drog samtidigt i Achmea-domen en klar skiljelinje mellan å ena sidan vad EU-domstolen betecknar som kommersiella skiljeförfaranden och å andra sidan skiljeförfaranden enligt tvistlösningsavtalet i investeringsavtalet. EU-domstolen uttalade, med hänvisning till tidigare praxis, att domstolen när det gäller kommersiella skiljeförfaranden har slagit fast att de krav som hänför sig till skiljeförfarandets effektivitet motiverar att den prövning av skiljedomar som medlemsstaternas domstolar gör är begränsad. En förutsättning är enligt EU-domstolen att de grundläggande unionsbestämmelserna kan beaktas vid den prövningen och i förekommande fall göras till föremål för en begäran om förhandsavgörande (se punkten 54 och där gjorda hänvisningar till *Eco Swiss*, punkterna 35, 36 och 40, samt *Mostaza Claro*, punkterna 34–39).

I det fortsatta resonemanget uttalade EU-domstolen att dessa överväganden emellertid inte kunde överföras på skiljeförfaranden som avsågs i artikel 8 i investeringsavtalet i Achmea-målet. Skälet till detta var enligt domstolen att kommersiella skiljeförfaranden har sitt ursprung i den gemensamma partsviljan, medan skiljeförfaranden som avsågs i artikel 8 i investeringsavtalet istället följde av ett avtal mellan medlemsstaterna som innebar att medlemsstaterna hade samtyckt till att undandra tvister som kan avse tolkningen eller tillämpningen av unionsrätten från sina egna domstolars behörighet och därmed från det system för rättsmedel som medlemsstaterna är skyldiga att inrätta på områden som omfattas av unionsrätten. (Achmea-domen, punkten 55.)

EU-domstolen kom fram till att medlemsstaterna genom avtalet hade upprättat en mekanism för att lösa tvister mellan en investerare och en medlemsstat som kan innebära att dessa tvister avgörs på ett sätt som inte säkerställer unionsrättens fulla verkan,

trots att de kan avse tolkningen eller tillämpningen av unionsrätten (Achmea-domen, punkten 56). I sin slutsats angav domstolen att vad fördraget hindrade var denna typ av tvistlösningsavtal *mellan medlemsstaterna* där en investerare i en medlemsstat fick inleda ett skiljeförfarande mot en annan medlemsstat vid en skiljenämnd *vars behörighet denna medlemsstat var skyldig att godta* (kursiveringarna gjorda av hovrätten).

Av Achmea-domen framgår alltså att EU-domstolens bedömning avser den för de avtalsslutande medlemsstaterna bindande mekanismen för tvistlösning som artikel 8 i investeringsavtalet innebar. Det är denna typ av upprättade system mellan medlemsstaterna som EU-domstolen konstaterat strider mot fördraget. Tvistlösningsmekanismen i artikel 8 i investeringsavtalet skilde sig från ett sedvanligt skiljeavtal (med EU-domstolens beteckning ”kommersiellt skiljeförfarande”) som har sitt ursprung i den gemensamma partsviljan, dvs. där ena parten ingår skiljeavtalet direkt med den part som ska vara part i ett eventuellt senare skiljeförfarande. Av detta följer att EU-domstolens dom inte innebär att skiljeavtal mellan en investerare och en medlemsstat i ett enskilt fall skulle strida mot fördraget. Tvärtom – om det finns en sådan gemensam partsvilja – finns inget hinder mot ett skiljeförfarande, under förutsättning att de grundläggande unionsbestämmelserna kan beaktas vid den begränsade prövning som medlemsstaternas domstolar kan göra och som i förekommande fall kan göras föremål för förhandsavgörande (se Achmea-domen, punkten 54), dvs. för svensk del den prövning av skiljedomars ogiltighet och klanderbarhet som LSF föreskriver.

Slutsatsen av Achmea-domen är därför att artiklarna 267 och 344 FEUF inte i och för sig skulle hindra Polen och PL Holdings från att ingå ett skiljeavtal och genomföra ett skiljeförfarande om en investeringstvist. Det som fördraget hindrar är att medlemsstaterna ingår avtal med varandra som innebär att en medlemsstat är skyldig att godta ett senare skiljeförfarande med en investerare och att medlemsstaterna därigenom upprättar ett system som undandrar tvister från möjligheten till förhandsavgörande trots att tvisterna kan avse tolkningen och tillämpningen av unionsrätten. Eftersom fördraget alltså inte hindrar ett skiljeavtal mellan en medlemsstat och en investerare i ett enskilt fall står det en medlemsstat fritt att utifrån sin egen partsvilja – även om medlemsstaten inte är bunden vid ett stående anbud som det i artikel 8 i Achmea-målet eller artikel 9 i detta mål – ändå ingå ett skiljeavtal med investeraren om samma tvist i ett senare

skede, t.ex. när investeraren påkallat skiljeförfarande. Ett skiljeavtal och ett skiljeförfarande mellan en investerare från en medlemsstat å ena sidan och en medlemsstat å andra sidan, strider alltså inte i sig mot fördraget.

5.2.4 Gemensamma frågor för den fortsatta prövningen

En första förutsättning för att Achmea-domen ska ha betydelse för den fortsatta prövningen av ogiltighets- och klandergrunderna A är att den tvist som skiljenämnden hade att avgöra avsåg eller kunde avse tolkning eller tillämpning av unionsrätten (Achmea-domen, punkten 39). Parterna har olika uppfattningar om så har varit fallet eller inte. Polen har gjort gällande att skiljenämnden har kunnat, och också faktiskt har, tillämpat unionsrätt, medan PL Holdings ansett att skiljenämndens prövning inte avsett frågor som är harmoniserade inom EU och således inte rört unionsrätt.

Av utredningen i målet framgår att skiljenämnden prövat bl.a. frågan om vissa åtgärder som den polska tillsynsmyndigheten vidtagit avseende PL Holdings aktier i en polsk bank stått i strid med investeringsavtalet och om Polen därför är skadeståndsskyldigt gentemot PL Holdings. Tvisten rörde enligt vad som framkommit i målet bl.a. sådan banklagstiftning som är harmoniserad inom EU. Investerings tvister av detta slag berör typiskt sett även de grundläggande friheterna inom EU, bl.a. etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital (jfr Achmea-domen, punkten 42). Enligt hovrättens bedömning är det av dessa skäl utrett att tvisten mellan PL Holdings och Polen i vart fall har kunnat avse tolkning eller tillämpning av unionsrätt.

Hovrätten kan också konstatera att skiljenämnden inte utgör en domstol i en medlemsstat i den mening som avses i artikel 267 FEUF och således inte har någon möjlighet att begära förhandsavgörande från EU-domstolen (jfr Achmea-domen, punkten 49).

Med dessa utgångspunkter går hovrätten vidare i prövningen av om skiljedomarna är ogiltiga eller alternativt ska upphävas.

5.2.5 Ogiltighet på grund av bristande skiljedomsförfarandemässighet

Polen har sammanfattningsvis gjort gällande följande. De i målet aktuella skiljedomarna har innefattat prövning av frågor under ett EU-internt investeringsskyddsavtal som inte får avgöras av skiljemän. Det är ett allmänt intresse att unionsrättens autonomi inte undergrävs och att unionsrättens fulla verkan säkerställs. EU-interna investeringstvister får därför inte avgöras av skiljemän. Det innebär att tvisten mellan PL Holdings och Polen inte är skiljedomsförfarandemässig och att skiljedomarna som skiljenämnden meddelat är ogiltiga.

PL Holdings har sammanfattningsvis invänt följande. De omständigheter som Polen åberopar inte innebär att tvisten inte fick avgöras av skiljemän. Parterna har kunnat träffa förlikning om de frågor tvisten gällt.

Hovrätten gör följande bedömning.

Förutsättningen för att en fråga ska kunna prövas av skiljemän är, som framgått ovan, enligt 1 § första stycket LSF att parterna kan träffa förlikning i frågan. Bedömningen av om en viss fråga är skiljedomsförfarandemässig eller inte ska alltså avse de materiella tvistefrågorna i skiljeförfarandet.

De materiella tvistefrågorna var om Polen brutit mot investeringsavtalet, om Polen var ersättningsskyldigt för ett sådant avtalsbrott och i så fall med vilket belopp. Det har inte ens gjorts gällande att tvistefrågorna varit av indispositivt slag. Istället har det varit fråga om avtalsbrott och ersättningsskyldighet som parterna kunnat träffa förlikning om. Skiljedomarna har alltså innefattat prövning av frågor som får avgöras av skiljemän. (Jfr NJA 2012 s. 790 och NJA 2015 s. 438.) Vad Polen anfört utgör därför inte grund för att ogiltigförklara skiljedomarna enligt 33 § första stycket 1 LSF.

5.2.6 Ogiltighet på grund av att skiljedomarna eller det sätt på vilka de tillkommit är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige (ordre public)

Sammanfattning av parternas talan

Polen har sammanfattningsvis anfört följande. Det är ett allmänt intresse att unionsrättens autonomi inte undergrävs och att unionsrättens fulla verkan säkerställs. EU-interna investeringstvister får därför inte avgöras av skiljemän. En sådan skiljeklausul som den som finns intagen i artikel 9 strider mot grunderna för EU:s rättsordning och därmed den svenska rättsordningen. Skiljedomar som grundar sig på och har meddelats med stöd av en sådan skiljeklausul, strider därför uppenbart mot grunderna för rättsordningen. Skiljedomarna i det aktuella skiljeförfarandet, liksom det sätt på vilket de tillkommit, strider därför mot grunderna för rättsordningen i Sverige och är ogiltiga.

PL Holdings har sammanfattningsvis invänt att de omständigheter som Polen åberopar inte innebär att skiljedomarna eller det sätt på vilket de tillkommit är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen i Sverige.

Närmare om två domar från EU-domstolen om ordre public

Som redogjorts för ovan (avsnitt 5.2.2) har EU-domstolen i Eco Swiss-domen slagit fast följande. Såvitt gäller en tillämpning av en nationell bestämmelse som innebär att en skiljedom ska upphävas om den strider mot grunderna för rättsordningen, var bestämmelsen i artikel 85.1 i fördraget (som föreskrev att avtal eller beslut som hindrade konkurrensen var förbjudna och därför ogiltiga) en grundläggande bestämmelse som var oundgänglig för att den inre marknaden skulle fungera. Av detta följde att om en nationell domstol har processuella regler som innebär att en skiljedom ska ogiltigförklaras på grund av att den strider mot grunderna för rättsordningen ska den nationella domstolen även bifalla ett sådant yrkande grundat på att det konkurrensrättsliga förbudet i artikel 85.1 i fördraget hade åsidosatts. (Se Eco Swiss, punkterna 36 och 37.)

Av redogörelsen ovan framgår även att EU-domstolen i en senare dom, Mostaza Claro-domen, uttalat sig i frågan om bestämmelser om ogiltighet av oskäligen avtalsvillkor i ett konsumentskyddsdirektiv var av sådant slag att ogiltigheten av ett skiljeavtal mel-

lan en konsument och en näringsidkare skulle prövas av en nationell domstol trots att ogiltigheten inte hade åberopats av konsumenten under skiljeförfarandet. I domen uttalade EU-domstolen att det framgick att den nationella domstolen slagit fast att den aktuella skiljeklausulen mellan konsumenten och näringsidkaren var att bedöma som oskälig. Domstolen konstaterade att direktivets syfte var att tillförsäkra konsumenter ett effektivt skydd mot bakgrund av risken att konsumenter inte kände till sina rättigheter eller har svårigheter att ta till vara sina rättigheter. Direktivets skydd omfattade därför fall då en konsument hade slutit ett oskäligt avtalsvillkor men underlåtit att åberopa att villkoret var oskäligt antingen på grund av att konsumenten inte kände till det eller hade låtit sig avskräckas av att åberopa det av kostnadsskäl.

Med hänvisning till Eco Swiss-domen, uttalade EU-domstolen att den redan slagit fast att i den mån en nationell domstol enligt interna processuella regler ska bifalla ett yrkande om upphävande av en skiljedom på grund av att den innebär ett åsidosättande av nationella regler som hänför sig till grunderna för rättsordningen, ska den även bifalla ett sådant yrkande som grundar sig på att gemenskapsrättsliga regler av detta slag har åsidosatts. EU-domstolen uttalade därefter att konsumentskyddsdirektivets bestämmelse om att oskäliga avtalsvillkor inte var bindande för konsumenten var en tvingande bestämmelse som med hänsyn till att den ena parten befann sig i ett underläge hade till syfte att uppnå att parterna blev jämbördiga. Direktivets syfte att stärka konsumentskyddet medförde vidare att direktivet utgjorde en grundläggande åtgärd som var oundgänglig för att gemenskapen skulle kunna utföra sina uppgifter. Det allmänintresse som låg till grund för direktivets skydd för konsumenter var enligt EU-domstolen dessutom så starkt – av sådan art och omfattning – att det var motiverat att ålägga de nationella domstolarna en skyldighet att ex officio, dvs. trots att konsumenten inte åberopat skiljeavtalets ogiltighet under skiljeförfarandet, pröva huruvida skiljeavtalet var oskäligt inom ramen för klandertalan mot skiljedomen.

EU-domstolens slutsats blev därför att konsumentskyddsdirektivet skulle tolkas så att en nationell domstol, som hade att pröva ett yrkande om upphävande av en skiljedom, ska pröva om skiljeavtalet är ogiltigt och upphäva skiljedomen om skiljeavtalet innehåller ett oskäligt avtalsvillkor, trots att konsumenten inte åberopat skiljeavtalets ogil-

tighet under skiljeförfarandet. (Mostaza Claro-domen, särskilt punkterna 28–31 och 35–39).

Hovrättens bedömning

Frågan är om omständigheterna i det aktuella målet är att jämställa med förhållandena i Eco Swiss-domen eller Mostaza Claro-domen eller – om så inte är fallet – det ändå finns rättsligt stöd för att skiljedomarnas innehåll eller det sätt på vilka de tillkommit innebär att de ska ogiltigförklaras såsom uppenbart stridande mot grunderna för rättsordningen i Sverige enligt 33 § första stycket 2 LSF.

Vad först gäller frågan om skiljedomarnas materiella innehåll är sådant att de, på motsvarande sätt som i Eco Swiss-domen, åsidosätter en grundläggande unionsbestämmelse som är av oundgänglig betydelse för unionens funktion och därför uppenbart strider mot grunderna för rättsordningen konstaterar hovrätten följande. De omständigheter som Polen gjort gällande kan rättsligt sett inte leda till att skiljedomarnas materiella innehåll strider mot grundläggande unionsbestämmelser. Även om skiljedomarna skulle grunda sig på en skiljeklausul som uppenbart strider mot grunderna för rättsordningen leder det alltså inte till att innehållet i skiljedomarna uppenbart strider mot rättsordningen. Skiljedomarna ska därför inte ogiltigförklaras såsom uppenbart stridande mot rättsordningen i Sverige.

Frågan är då om det sätt på vilket skiljedomarna tillkommit innebär att de uppenbart strider mot grunderna för rättsordningen i Sverige. Som framgått gör Polen sammanfattningsvis gällande att domarna grundar sig på en sådan skiljeklausul som finns intagen i artikel 9 som hindrar unionsrättens fulla verkan och enhetliga tillämpning och undergräver unionsrättens autonomi.

Som hovrätten redan konstaterat framgår av Achmea-domen att EU-domstolen dragit en skiljelinje mellan vad domstolen benämner som kommersiella skiljeförfaranden grundade på den gemensamma partsviljan och en tvistlösningsmekanism mellan medlemsstater där en investerare i en medlemsstat får inleda ett skiljeförfarande mot en annan medlemsstat vid en skiljenämnd vars behörighet denna medlemsstat är skyldig att godta. Hovrätten har redan konstaterat att detta leder till att det inte finns något hin-

der för en medlemsstat att i ett enskilt fall ingå ett skiljeavtal med en investerare, dvs. grundat på den gemensamma partsviljan.

Till skillnad från förhållandena i Mostaza Claro-domen är det alltså inte fråga om att medlemsstaterna ska se till att tvingande unionsrätt som skyddar en svagare part ska få genomslag och ogiltigförklara en skiljedom som grundas på ett enligt den tvingande unionsrätten ogiltigt skiljeavtal. Istället är det enligt Achmea-domen medlemsstaterna som inte får skapa ett system som innebär att tvister avgörs på ett sätt som inte säkerställer unionsrättens fulla verkan. Att en investerare i ett enskilt fall har förlitat sig på en medlemsstat och genomfört ett skiljeförfarande kan därmed inte jämföras med förhållandena i Mostaza Claro-domen. Det innebär även att det inte föreligger någon sådan obalans mellan parterna i hovrättens mål som hovrätten ex officio har att beakta, dvs. oavsett om Polen i det aktuella skiljeförfarandet gjort en invändning i rätt tid om skiljeavtalets giltighet (jfr Mostaza Claro-domen, punkten 38). EU-domstolens uttalanden i Mostaza Claro-domen tillsammans med samma domstols uttalanden i Achmea-domen leder istället till att de i målet aktuella skiljedomarna, även om de har sin grund i artikel 9 som är ogiltig mellan medlemsstaterna, inte har tillkommit på ett sätt som uppenbart strider mot rättsordningen i Sverige.

Skiljedomarna är alltså inte ogiltiga enligt 33 § LSF.

Nästa fråga att bedöma är därmed om skiljedomarna ska upphävas enligt 34 § första stycket 1 LSF på den grunden att de inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal.

5.2.7 Upphävande på grund av att skiljedomarna inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal

Sammanfattning av parternas talan

Polen har sammanfattningsvis åberopat följande. Det föreligger inte något giltigt skiljeavtal eftersom artikel 9, såsom stridande mot artiklarna 267 och 344 i FEUF, är ogiltig. Artikel 9 kan därmed inte utgöra grund för skiljenämndens behörighet. Det saknas därför ett giltigt skiljeavtal mellan Polen och PL Holdings, eller artikel 9 kan i vart fall inte tillämpas.

PL Holdings har sammanfattningsvis invänt följande. Polen är förhindrat att åberopa att skiljedomarna inte omfattas av något giltigt skiljeavtal eftersom Polen deltagit i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande detta. Polen var enligt för förfarandet tillämpliga regler skyldigt att framställa en invändning om skiljeavtalets påstådda ogiltighet senast i sitt svaromål (*Statement of Defence*), vilket Polen inte gjort. Polens anbud i artikel 9 utgör dessutom ett giltigt anbud om skiljeförfarande. Ett giltigt skiljeavtal har uppstått genom att PL Holdings antagit anbudet genom att påkalla skiljeförfarandet. För det fall Polens anbud har varit ogiltigt har ett bindande skiljeavtal ändå uppstått till följd av att PL Holdings lämnat ett anbud genom sin påkallelse som Polen genom konkludent handlande har accepterat – i form av att utse ombud m.m. – utan att framställa någon invändning. Om anbudet i artikel 9 har förlorat sin bindande verkan har Polen inte varit skyldigt att godta skiljenämndens behörighet, utan har kunnat framställa invändningar fram till och med Polens *Statement of Defence*.

Vad gäller PL Holdings invändningar har Polen sammanfattningsvis anfört följande. Hovrätten ska ex officio beakta frågan om ett skiljeavtal strider mot EU-fördragen. För det fall en tillämpning av preklusionsbestämmelsen i 34 § andra stycket LSF skulle leda till att skiljeavtalets giltighet inte kan prövas av hovrätten strider bestämmelsen mot unionsrättens fulla verkan och får därmed inte tillämpas. PL Holdings har under skiljeförfarandet inte påstått att skiljenämnden skulle vara behörig enligt någon annan grund än skiljeklausulen i investeringsavtalet. Ett skiljeavtal har inte uppstått genom PL Holdings påkallelse och Polens påstådda konkludenta handlande. Det krävs att Polen uttryckligen bekräftat avtalet. En stat kan inte ingå ett konkludent avtal. De personer som företrädde Polen var inte behöriga att ingå något nytt skiljeavtal för Polens räkning. Under alla förhållanden ska hovrätten upphäva skiljedomarna eftersom även ett sådant skiljeavtal strider mot artiklarna 267 och 344 FEUF. Polen har dessutom invänt mot behörigheten i rätt tid. Vidare har i vart fall det förhållandet att Polen först i sin andra inlaga i skiljeförfarandet framställde jurisdiktionsinvändningen läkts genom att skiljenämnden prövade jurisdiktionsinvändningen. PL Holdings har dessutom – i vart fall konkludent – godkänt att så skedde genom att inte invända mot att skiljenämnden prövade jurisdiktionsinvändningen.

Hovrättens bedömning

Hovrätten bedömer först frågan om Polens invändning om skiljeavtalets giltighet kan vara föremål för preklusion enligt 34 § andra stycket LSF och – om så är fallet – invändningen är prekluderad.

Hovrätten har redan i föregående avsnitt kommit till slutsatsen att det inte föreligger någon sådan obalans mellan parterna i hovrättens mål som medför att hovrätten ex officio har att beakta skiljeavtalets giltighet, dvs. oavsett om Polen i det aktuella skiljeförfarandet gjort en invändning i rätt tid om skiljeavtalets giltighet (jfr Mostaza Claro-domen, punkten 38). Hovrätten har konstaterat att EU-domstolens uttalanden i Mostaza Claro-domen tillsammans med samma domstols uttalanden i Achmea-domen istället leder till att även om de i målet aktuella skiljedomarna har sin grund i artikel 9 som är ogiltig mellan medlemsstaterna, har skiljedomarna inte tillkommit på ett sätt som uppenbart strider mot rättsordningen i Sverige. Hovrätten har även redan konstaterat att slutsatserna av EU-domstolens uttalanden i Achmea-domen innebär att det inte finns något hinder för en medlemsstat att i ett enskilt fall ingå ett skiljeavtal med en investerare, dvs. grundat på den gemensamma partsviljan.

Hovrätten konstaterar vidare att det inte finns någon grund för Polens påstående om att en stat skulle vara förhindrad att ingå avtal konkludent. En stat kan, på samma sätt som andra rättssubjekt, agera genom behöriga företrädare och träffa avtal på olika sätt. Enligt hovrättens mening saknar Polens invändningar i dessa delar fog och har ingen betydelse för frågan om tillämpligheten av preklusionsregeln i 34 § andra stycket LSF. (Jfr Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, 2011, s. 10 f.)

Inget har alltså hindrat Polen och PL Holdings att uttryckligen eller konkludent ingå ett skiljeavtal om den aktuella tvisten. Det leder till slutsatsen att Polen och PL Holdings – till skillnad från förhållandena i Mostaza Claro-domen – när som helst hade kunnat ingå ett giltigt skiljeavtal. Själva syftet med preklusionsregelns tillämpning på frågan om ett giltigt skiljeavtal är att en part som menar att avtalet inte är giltigt tidigt ska ge det till känna för att den andra parten annars ska kunna förlita sig på avtalet, förutsatt att ett giltigt skiljeavtal var möjligt att ingå. Och som konstaterats var förhållandena alltså sådana att Polen och PL Holdings hade möjlighet att ingå ett skiljeavtal om tvis-

tefrågorna. Att artikel 9 i investeringsavtalet var ogiltig medför alltså inte att det föreligger något hinder mot att tillämpa preklusionsbestämmelsen i 34 § andra stycket LSF i detta fall.

Polen har invänt att hovrätten ändå inte får tillämpa preklusionsbestämmelsen i 34 § andra stycket LSF eftersom den i så fall skulle hindra unionsrättens fulla verkan.

Hovrätten konstaterar att nationella domstolar har en skyldighet att ge ett effektivt skydd för de rättigheter som unionsrätten ger. I enlighet med principen om s.k. processuell autonomi ankommer det enligt fast rättspraxis från EU-domstolen på varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa de regler som gäller för en talan som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten (se bl.a. EU-domstolens dom, Rewe, 33/76, EU:C:1976:188, samt exempelvis Van Schijndel, C-430/93 och C-431/93, EU:C:1995:441, och Impact, C-268/06, EU:C:2008:223). Principen om processuell autonomi begränsas dock på så sätt att de processuella regler som syftar till att säkerställa de rättigheter som enskilda har enligt unionsrätten inte får vara mindre förmånliga än de som avser en liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller utformas på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som unionsrätten ger (effektivitetsprincipen) (se Rewe, 33/76, EU:C:1976:188 och Tarsia, C-69/14, EU:C:2015:662, med hänvisningar).

Principen om processuell autonomi innebär alltså att de regler som finns i LSF beträffande förfarandet vid talan om ogiltighet och klander av skiljedomar ska tillämpas. Vad Polen gjort gällande kan närmast förstås som en rättslig argumentation om att effektivitetsprincipen skulle hindra en tillämpning av 34 § andra stycket LSF. Enligt hovrätten finns det emellertid ingen grund för att en tillämpning av bestämmelsen i 34 § andra stycket LSF skulle strida mot likvärdighets- eller effektivitetsprincipen. Det finns därför inte heller av dessa skäl någon grund för att åsidosätta bestämmelsen.

Hovrätten ska alltså bedöma om Polen framställde sin invändning om att skiljeavtalet var ogiltigt i rätt tid.

Av 34 § andra stycket LSF framgår att en part inte har rätt att åberopa en omständighet som parten genom att delta i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande, men att parten enbart genom att ha utsett skiljeman inte ska anses ha godtagit skiljenämndens behörighet att avgöra den hänskjutna frågan. Av förarbetena till bestämmelsen framgår att det generellt sett får antas att en part som deltar i förfarandet utan att genast göra invändning mot skiljenämndens behörighet har godtagit dess behörighet att avgöra tvisten (prop. 1998/99:45 s. 236. Se även Heuman, Skiljemannarätt, 1999, s. 289 f., Lindskog, Zeteo 2018-09-07, kommentaren till 34 § LSF, avsnitt 6.1.6 samt Olsson m.fl., Lagen om skiljeförfarande – En kommentar, s. 148).

Enligt 21 § LSF ska skiljenämnden vid handläggningen av tvisten följa vad parterna har bestämt, om det inte finns något hinder mot det. Hovrätten konstaterar att det framgår av utredningen i målet att parterna hade kommit överens om att SCC-reglerna var tillämpliga på förfarandet. SCC-reglerna innehåller närmare bestämmelser om när en behörighetsinvändning ska göras. Enligt § 5 (1) ska svaret på en påkallelseskraft innehålla invändningar avseende skiljeavtalets existens, giltighet eller tillämplighet. Underlåtenhet att framställa sådana invändningar hindrar dock inte svaranden från att senare, när som helst fram till och med att svaromålet getts in, framställa sådana invändningar. I § 24 (2) i SCC-reglerna anges vidare att svaranden inom den tid som skiljenämnden bestämmer ska ge in svaromål som, om sådana uppgifter inte redan lämnats, ska innehålla bl.a. eventuella invändningar avseende skiljeavtalets existens, giltighet eller tillämplighet. Av detta följer att Polen alltså hade en skyldighet att invända mot skiljeavtalets giltighet senast i svaromålet.

När det gäller hur parterna agerat och vilka besked de lämnat under skiljeförfarandet framgår följande av utredningen.

PL Holdings påkallade skiljeförfarande mot Polen genom en påkallelseskraft som kom in till Stockholms Handelskammarers Skiljedomsinstitut den 28 november 2014. PL Holdings hänvisade i punkterna 44 och 45 till att PL Holdings är ett luxemburgskt bolag, att Polen och Luxemburg är bundna av investeringsavtalet och att artikel 9 i investeringsavtalet ger PL Holdings rätt att hänskjuta en tvist till skiljeförfarande.

Polen anförde i sitt svar (punkten 15) till institutet den 30 december 2014 att Polen, i enlighet med artikel 5.1 (i) i 2010 års SCC-regler, avsåg att framföra invändningar och argumentation i jurisdiktionsfrågan i svaromålet, inklusive frågan om giltigheten och/eller tillämpligheten av skiljeklausulen som PL Holdings hänvisat till i påkallelsskriften.

PL Holdings behandlade i *Statement of Claim* den 7 augusti 2015 jurisdiktionsfrågan ytterligare (punkterna 305–326) och anförde bl.a. att Polen genom investeringsavtalet hade samtyckt till skiljeförfarandet och att PL Holdings var att betrakta som ”investorare” i den mening som avses i avtalet.

Polen invände i *Statement of Defence*, dvs. sitt svaromål, den 13 november 2015 att PL Holdings inte var att betrakta som en investerare i investeringsavtalets mening och att skiljenämnden därför inte hade jurisdiktion att avgöra tvisten (punkten 3 A). Någon annan grund för att skiljenämnden inte skulle vara behörig framfördes inte. I svaromålet anförde Polen vidare att skiljenämnden var behörig att pröva tvister mellan Polen och en investerare från Luxemburg (punkten 18).

Jurisdiktionsfrågan berördes därefter även i en e-postkonversation mellan ombuden. Den 17 december 2015 skrev PL Holdings ombud att bolaget avsåg att yttra sig över den jurisdiktionsinvändning som Polen hade framfört. Polens ombud framförde i sitt svar den 4 januari 2016 att Polen motsatte sig att PL Holdings skulle få lämna synpunkter så sent som PL Holdings hade föreslagit och angav vidare att Polen inte hade för avsikt att framföra någon jurisdiktionsinvändning i *Statement of Rejoinder*.

Av den särskilda skiljedomen (punkterna 51 och 301–306) framgår att Polen emellertid i *Statement of Rejoinder* den 27 maj 2016 framförde en invändning om att skiljenämnden saknade behörighet, som grundades på att investeringsavtalet inte gällde eftersom det stred mot unionsrätten.

I en skrivelse till skiljenämnden den 6 juni 2016 med anledning av Polens invändning anförde PL Holdings att Polen inte hade rätt att på detta stadium av förfarandet framföra en ny jurisdiktionsinvändning och begärde att skiljenämnden skulle avvisa in-

vändningen. PL Holdings anförde vidare att det skulle strida mot såväl SCC:s regler som generella skiljedomsrättsliga principer om invändningen tilläts.

Skiljenämnden tog ställning till invändningen i den särskilda skiljedomen. Nämnden uttalade bl.a. att invändningen hade gjorts i ett sent skede av processen och att det i och för sig inte förelåg något hinder mot att avvisa den eftersom den hade kunnat framföras tidigare. Nämnden ansåg dock att invändningen inte skulle avvisas utan valde att pröva invändningen i sak (punkterna 306 och 307). Skiljenämnden kom fram till att den var behörig och avlog därför invändningen (punkten 317).

Polens invändning mot skiljenämndens behörighet på den grunden att artikel 9 i investeringsavtalet inte var giltig eftersom den stred mot unionsrätten, och att giltigt skiljeavtal därför saknades, skulle alltså enligt § 5 (1) och § 24 (2) (i) i SCC-reglerna ha gjorts senast i *Statement of Defence*. Men som framgått gjorde Polen denna invändning först i *Statement of Rejoinder* den 27 maj 2016.

Den behörighetsinvändning som Polen gjorde i *Statement of Defence* avsåg endast att skiljenämnden inte skulle vara behörig på den grunden att PL Holdings inte var att betrakta som investerare enligt investeringsavtalet och därför inte hade rätt att påkalla skiljeförfarande. Den på unionsrätten grundande behörighetsinvändningen om att skiljeavtalet var ogiltigt berördes inte. För att en part med framgång ska kunna göra gällande att en skiljedom inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal förutsätts emellertid att parten redan i skiljeförfarandet har gjort en tydlig och särskild invändning om att skiljeavtalet är ogiltigt (se NJA 2012 s. 790 punkterna 19–20 och NJA 2013 s. 578 p. 10). Av detta följer att en part tydligt måste ange på vilken grund parten invänder mot skiljenämndens behörighet. Att Polen tidigare framfört en behörighetsinvändning på en annan grund innebär alltså inte att Polen ska anses ha invänt mot skiljeavtalets giltighet i rätt tid. Invändningen om att giltigt skiljeavtal saknades gjordes alltså inte i rätt tid. Den gjordes först i *Statement of Rejoinder*, dvs. drygt sex månader för sent. Polen får därigenom anses ha avstått från att göra invändningen gällande (34 § andra stycket LSF).

Det förhållandet att skiljenämnden i den särskilda skiljedomen har prövat invändningen i sak trots att den hade kunnat avvisas innebär inte att preklusionsfristen därigenom läkts såsom Polen påstått. Skiljenämndens prövning har således inte någon betydelse för frågan om preklusion. (Jfr NJA 2012 s. 790 och NJA 2013 s. 578.) Hovrätten konstaterar vidare att Polens invändning om att Polen inte skulle vara bundet av tidsfristerna eftersom det enligt Polen saknades ett giltigt skiljeavtal saknar fog. Det följer av själva syftet med preklusionsbestämmelsen.

Hovrätten noterar även att den tyska högsta domstolen (Bundesgerichtshof) efter att den erhållit förhandsavgörandet från EU-domstolen i Achmea-domen i avgörandet den 31 oktober 2018 i målet mellan Slovakien och Achmea fäste avseende vid att Slovakien när skiljeförfarandet inleddes hade invänt mot skiljenämndens behörighet på grund av att skiljeklausulen var oförenlig med unionsrätten och att invändningen hade vidhållits under förfarandet. Det betydde enligt domstolen att Slovakien inte hade agerat på ett sätt som innebar att Achmea med fog kunnat förvänta sig att Slovakien erkände att det fanns ett giltigt skiljeavtal (punkt 58). Domstolen framhöll att det inte hade någon betydelse om Slovakien i tvist mot en annan investerare skulle låta bli att invända att skiljeklausulen var ogiltig, eftersom det var tillåtet att ha olika strategier i olika tvister (punkt 57).

Även om tysk och svensk rätt skiljer sig åt i vissa avseenden ger det tyska avgörandet stöd för slutsatsen att det hade betydelse för frågan om skiljeavtalets giltighet om en invändning grundad på unionsrätten gjorts i tid.

Hovrättens slutsats är alltså att Polen framställde sin invändning om att det inte förelåg något giltigt skiljeavtal för sent och att denna invändning därför är prekluderad, dvs. Polen får anses ha avstått från att göra invändningen gällande enligt 34 § andra stycket LSF.

5.2.8 Behovet av förhandsavgörande från EU-domstolen

Hovrätten har gett parterna tillfälle att ge sin syn på frågan om hovrätten bör begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Ingen av parterna har ansett det föreligger någon sådan oklarhet som medför att ett förhandsavgörande behöver inhämtas, men som framgått har parterna dragit olika slutsatser av Achmea-domen.

I de bedömningar som hovrätten gjort i det föregående av innebörden av Achmea-domen och av tillämplig unionsrätt i övrigt, har hovrätten inte identifierat någon sådan tolkningsfråga som medför att det är nödvändigt för hovrätten att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att hovrätten ska kunna döma i saken.

5.3 Övriga grunder för upphävande

5.3.1 Rättsliga utgångspunkter

En skiljedom kan enligt 34 § första stycket 2 LSF upphävas efter klander om skiljemännen har meddelat dom efter utgången av den tid som parterna bestämt eller om de annars överskridit sitt uppdrag. Enligt första stycket 6 i samma bestämmelse kan en skiljedom även upphävas om det annars utan parternas vållande har förekommit något fel i handläggningen som sannolikt har inverkat på utgången.

Som redan framgått följer av 34 § andra stycket LSF att en part inte har rätt att åberopa en omständighet som parten genom att delta i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande.

Skiljenämndens uppdrag styrs av skiljeavtalet, eventuella partsöverenskommelser om förfarandet och parternas talan i skiljeförfarandet. Det kan ibland vara svårt att avgöra vad som ligger i begreppet uppdrag och om vissa processuella fel ska bedömas enligt bestämmelsen i punkten 2 eller om de ska bedömas enligt generalklausulen i punkten 6 som tar sikte på andra handläggningsfel (se Heuman, a.a., s. 605 f. och Lindskog, Skiljeförfarande, Zeteo, kommentaren till 34 §, avsnitt 4.2.3). Skillnaden har betydelse eftersom handläggningsfel enligt punkten 6 endast ska leda till upphävande av skilje-

domen om felet sannolikt har inverkat på utgången i målet, medan kravet på inverkan på utgången saknas i bestämmelsen om uppdragsöverskridande. I NJA 2009 s. 128 sammanfattade Högsta domstolen när ett fel skulle anses vara ett uppdragsöverskridande eller ett handläggningsfel. Domstolen anförde i denna del följande.

Bestämmelsen i 34 § första stycket 2 LSF om uppdragsöverskridande tar sikte på ramar för skiljenämndens materiella prövning av den överlämnade frågan. Ett exempel på uppdragsöverskridande är att skiljenämnden gått utöver parternas yrkanden, ett annat att den grundat sitt avgörande på ett rättsfaktum som inte åberopats (prop. 1998/99:35 s. 145; jfr bl.a. Lindskog, Skiljeförfarande En kommentar, 2005, s. 960 f.).

Parterna kan även på andra sätt än genom yrkanden och åberopanden begränsa omfattningen av skiljenämndens prövning. Exempelvis kan de inskränka skiljenämndens prövning till att gälla tillämpningen av ett visst lagrum eller på annat begränsande sätt disponera över förfarandet. Av 21 § LSF följer att skiljenämnden då skall följa vad parterna har bestämt, om det inte finns något hinder mot det. Åsidosätts en sådan begränsande instruktion från parterna torde i regel ett uppdragsöverskridande föreligga (a. prop. s. 146, jfr bl.a. Heuman, Skiljemannarätt, 1999, s. 616).

Annorlunda förhåller det sig med instruktioner som tar sikte på hur förfarandet skall genomföras inom de ramar som följer av skiljeavtalet, yrkanden, åberopade omständigheter och införd bevisning. Följer inte skiljenämnden en sådan instruktion är det normalt fråga om ett handläggningsfel enligt 34 § första stycket 6 LSF (se t.ex. Heuman, a.a. s. 652 f. och Lindskog, a.a. s. 965 f.). Det gäller även ett frångående av parternas instruktioner i fråga om skiljedomens motivering (se Heuman, a.a. s. 510 f. och s. 641 f. samt Lindskog, a.a. s. 961 f. och 966).

Det är vanligt förekommande att en skiljenämnd i en ”Procedural Order” (PO) fattar beslut i olika processuella frågor och om de närmare formerna för skiljeförfarandet. I många fall återspeglar en PO inte en partsöverenskommelse som ger ramen för skiljenämndens uppdrag utan är istället ett handläggningsbeslut fattat av skiljenämnden inom ramen för uppdraget (jfr Born, International Commercial Arbitration, vol. 2, 2014, s. 2230).

5.3.2 Klandergrund B – Kluzas expertutlåtande

Sammanfattning av parternas talan m.m.

PL Holdings åberopade under skiljeförfarandet ett expertutlåtande av Stanislaw Kluz. Polen begärde att förhör skulle hållas med honom under förhandlingen. Något förhör hölls emellertid inte med Kluz, eftersom han inte inställde sig till förhandlingen.

Polen har sammanfattningsvis gjort gällande följande. Skiljenämnden överskred sitt uppdrag och begick handlägningsfel som sannolikt inverkat på utgången i målet genom att – i strid med de överenskomna regler som gällde för förfarandet – inte lämna utlåtandet från Kluza utan avseende, utan istället hänvisa till det och lägga uppgifter i utlåtandet till grund för slutsatserna i den särskilda skiljedomen. Skiljenämnden begick därutöver ett handlägningsfel när den inte, innan den särskilda skiljedomen meddelades, meddelade parterna att nämnden inte avsåg att lämna Kluzas expertutlåtande utan avseende. Felet har sannolikt inverkat på utgången i målet, eftersom Polen fråntogs möjligheten att utföra sin talan beträffande de delar som utlåtandet avsåg.

PL Holdings har sammanfattningsvis invänt följande. Polens rätt att åberopa klandergrunden är prekluderad. Skiljenämnden har agerat i enlighet med gällande regler för förfarandet och alltså varken överskridit sitt uppdrag eller begått något handlägningsfel. Ett eventuellt fel har inte varit utan Polens vållande och inte heller inverkat på utgången i målet. Det vitsordas att skiljenämnden tillät och beaktade Kluzas utlåtande i prövningen av målet.

Hovrätten prövar först frågan om skiljenämndens hantering av Kluzas utlåtande är att bedöma som något fel, dvs. som ett uppdragsöverskridande eller ett handlägningsfel.

Regleringen avseende bevisupptagning

Enligt 21 § LSF ska skiljemännen handlägga tvisten opartiskt, ändamålsenligt och snabbt. De ska följa vad parterna har bestämt, om det inte finns något hinder mot det. I 25 § LSF finns bestämmelser om bevisning under skiljeförfarandet och som innebär bl.a. att det normalt är parterna som svarar för bevisningen. Det finns inte några regler om bevisvärdering i LSF. Enligt uttalanden i doktrinen kan parterna avtala bl.a. om att vissa bevisvärderingsregler ska gälla (Lindskog, kommentaren till 25 § LSF, avsnitt. 4.6.3, Zeteo 2018-09-07).

I § 28 i SCC-reglerna finns regler om vittnen och partsutsedda sakkunniga. De innebär att vittnesmål och utlåtanden från partsutsedda experter får ges in som undertecknade skriftliga utsagor. Vittnen och sakkunniga, vars vittnesmål eller expertutlåtande en part

åberopar, ska närvara vid förhandlingen så att de kan höras om inte parterna har kommit överens om annat.

Regleringen ger alltså ett betydande utrymme för parterna att komma överens om bl.a. formerna för hur upptagandet av bevisning från partssakkunniga ska gå till.

Skriftväxling m.m. om förhöret med Kluza

Följande framgår av utredningen i målet.

I PO 1 den 6 maj 2015 beslutade skiljenämnden, efter samråd med parterna, om ett flertal förfarandefrågor, däribland vad som skulle gälla i fråga om vittnes- och sakkunnigbevisning. Beslutet innebar att en part fick hålla förhör med en expert som parten själv hade åberopat och att en part också kunde begära att få hålla motförhör med en expert som motparten åberopat (punkt B.3). Om ingen av parterna begärde förhör med en expert, skulle dennes utlåtande användas som bevisning och bevisvärdet av utlåtandet bestämmas av skiljenämnden efter eget gottfinnande (punkt B.5). För det fall en person som det skulle hållas motförhör med inte inställde sig till förhandlingen fanns en särskild regel (punkt B.6) med följande lydelse.

”Subject to the discretion of the Tribunal, if a witness or expert is called for cross-examination but fails to appear at the hearing, his or her written statement or expert opinion shall be disregarded, save in exceptional circumstances justifying the non-appearance. In the event of such exceptional circumstances, the Tribunal may exceptionally decide that such witness is to be examined by videoconference.”

Polen begärde i en skrivelse till skiljenämnden den 2 juni 2016 att motförhör skulle hållas med bl.a. Kluza. PL Holdings anförde i en skrivelse till skiljenämnden den 10 juni att Kluza nyligen hade utnämnts till ordförande i en polsk bank som ägdes av den polska staten och även stod under dess tillsyn och att det därför förelåg en intressekonflikt som hindrade honom från att vittna fritt och objektivt. Polen besvarade skrivelsen den 16 juni och anförde att det inte fanns något hinder mot att Kluza hördes vid förhandlingen samt att det inte hade redovisats vad den påstådda intressekonflikten bestod i. Polen påpekade även att, för det fall något förhör med Kluza inte skulle komma till stånd, Polen skulle begära att skiljenämnden skulle bortse från hans skrift-

liga utlåtande. Ytterligare skrivelser skickades nästföljande dag. PL Holdings å sin sida vidhöll i en skrivelse till skiljenämnden sin inställning och anförde att det fanns förutsättningar att tillåta Kluzas skriftliga utlåtande. Polen framförde i en skrivelse till PL Holdings önskemål om att PL Holdings skulle bekräfta sin inställning och att skiljenämnden skulle bortse från Kluzas utlåtande om denne inte inställde sig samt att Polen i annat fall var nödsakad att begära skiljenämndens beslut i frågan.

Den 19 juni 2016 anförde Polen i en skrivelse till skiljenämnden att PL Holdings inte hade framfört att Kluza skulle vara förhindrad att höras och att det inte förelåg ”exceptionella förhållanden” som utgjorde skäl för honom att utebli. Polen begärde därför att skiljenämnden skulle bortse från Kluzas skriftliga utlåtande, om han uteblev från förhandlingen. Skiljenämnden uppmanade i PO 11 den 23 juni PL Holdings att se till att Kluza inställde sig till förhandlingen och försäkrade att han inte behövde svara på frågor som skulle kunna ge upphov till en intressekonflikt. Skiljenämnden gav genom PO 12 den 24 juni PL Holdings anstånd till den 1 juli med att lämna besked om Kluza skulle inställa sig till förhandlingen eller inte.

Den 1 juli 2016 skickade Kluza ett brev till det polska finansdepartementet i vilket han pekade på risken för en intressekonflikt. Polen vidarebefordrade den 4 juli brevet till skiljenämndens ordförande med beskedet att Polen inte avsåg att besvara Kluzas brev samt att Polen vidhöll sin inställning angående utlåtandet. Samma dag efterfrågade PL Holdings i ett mejl en bekräftelse från Polen om att Kluzas hörande inte skulle leda till negativa konsekvenser för honom.

Skiljenämnden uttalade i PO 13 den 6 juli 2016 att frågan om det förelåg en intressekonflikt för Kluza fick bedömas separat för varje fråga och att detta i så fall fick hantteras på så sätt att han fick förklara varför det förelåg en intressekonflikt, vilket ombuden skulle få tillfälle att lämna synpunkter på. Skiljenämnden uttalade vidare att om Kluza vägrade att svara på en fråga som skiljenämnden ansåg honom oförhindrad att besvara, skulle skiljenämnden kunna komma att reducera bevisvärdet av hans uppgifter i den del som frågan avsåg. Slutligen förklarade skiljenämnden att om Kluza – trots de former som bestämts för hur förhöret skulle genomföras – ändå uteblev från förhöret

skulle skiljenämnden kunna komma att generellt reducera bevisvärdet av Kluzas uppgifter.

Den 9 juli 2016 meddelade PL Holdings skiljenämnden att Kluza enligt egen uppgift avsåg att inställa sig, vilket också bekräftades under den första förhandlingsdagen den 11 juli. Den femte (näst sista) förhandlingsdagen meddelade PL Holdings emellertid att Kluza inte tänkte komma till förhandlingen. Saken diskuterades under ledning av skiljenämnden, som föreslog att parterna skulle ges tillfälle att ställa frågor till andra förhörspersoner angående innehållet i Kluzas utlåtande, vilket parterna enligt vad som angetts i anteckningarna från förhandlingen accepterade. Skiljenämnden lämnade under förhandlingen inte något besked om Kluzas utevaro kunde komma att påverka bevisvärdet av hans utlåtande, utan den frågan skulle parterna få tillfälle att kommentera skriftligen. I sina *Post-Hearing Briefs* lämnade båda parterna synpunkter i frågan om skiljenämnden skulle bortse från Kluzas utlåtande eller inte.

Hovrättens bedömning

Parterna är ense om att de kom överens om hanteringen av vittnen och experter på det sätt som framgår av PO 1. Regeln i punkten B.6 innebar att skiljenämnden skulle bortse från ett expertutlåtande, om experten uteblev från en förhandling som han eller hon kallats till för att motförhöras. Detta gällde dock inte om det förelåg exceptionella förhållanden som motiverade att personen uteblivit. Enligt hovrättens mening framgår det tydligt av punkten B.6 att det är skiljenämnden som ska avgöra om det föreligger sådana exceptionella förhållanden som avses i regeln.

Parterna är också ense om att skiljenämnden i den särskilda skiljedomen har beaktat Kluzas expertutlåtande. Även om det inte framgår uttryckligen i skiljedomen eller av utredningen i övrigt, måste detta enligt hovrättens mening uppfattas på så sätt att skiljenämnden ansett att det förelegat sådana exceptionella förhållanden som gjort det motiverat för Kluza att inte inställa sig till förhandlingen. Frågan om skiljenämndens bedömning att det förelåg sådana exceptionella förhållanden var riktig är inte en fråga som hovrätten kan pröva inom ramen för en klandertalan, eftersom parterna i PO 1 alltså kommit överens om att det var skiljenämnden som skulle göra denna bedömning.

Överenskommelsen i punkten B.6 behandlar inte frågan om vilket bevisvärde skiljenämnden ska ge ett expertutlåtande, om skiljenämnden ansett att det funnits skäl för experten att inte inställa sig. Det ligger enligt hovrättens mening närmast till hands att avsikten varit att hantera ett sådant utlåtande enligt samma regel som gäller när ett expertutlåtande åberopats men ingen av parterna har begärt förhör med experten (PO 1 punkt B 5). I en sådan situation föreskrivs att skiljenämnden får efter eget gottfinnande bestämma vilket bevisvärde utlåtandet har. Denna slutsats stöds också tydligt av att skiljenämnden i PO 13 uttalade att den, om Kluza uteblev, *skulle kunna komma att* generellt reducera bevisvärdet av hans uppgifter (hovrättens kursiveringar).

Det har således inte funnits något hinder för skiljenämnden att beakta Kluzas expertutlåtande som bevisning i målet med det bevisvärde som skiljenämnden ansåg att utlåtandet i detta läge skulle ha.

Polen har vidare påstått att skiljenämnden borde ha meddelat parterna att nämnden inte avsåg att lämna Kluzas expertutlåtande utan avseende. Hovrätten kan konstatera att frågan om förhöret med Kluza och hanteringen av hans expertutlåtande var föremål för omfattande skriftväxling mellan parterna samt åtgärder från skiljenämndens sida under en dryg månad före förhandlingen. Saken dryftades även under den tid som förhandlingen pågick. Något beslut från skiljenämndens sida om hur Kluzas utlåtande skulle bedömas fattades inte. Skiljenämnden informerade visserligen parterna om att bevisvärdet av Kluzas utlåtande kunde påverkas om han uteblev, men något besked från skiljenämnden om hur utlåtandet i så fall skulle bedömas lämnades inte. Efter det att förhandlingen hade avslutats var det alltså fortfarande en öppen fråga om Kluzas utlåtande skulle tillmätas någon betydelse och i så fall vilken betydelse.

Enligt hovrättens bedömning finns inget stöd vare sig i LSF, SCC-reglerna eller de handlägningsregler som parterna kommit överens om för att skiljenämnden varit skyldig att genom ett särskilt beslut eller på annat sätt ge besked innan den särskilda skiljedomen meddelades om vilket bevisvärde Kluzas utlåtande skulle tillmätas. Denna slutsats vinner också stöd i det förhållandet att båda parterna i sina slutskrifter lämnade synpunkter på om skiljenämnden skulle bortse från Kluzas utlåtande eller inte.

Skiljenämnden har alltså varken överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel på det sätt som Polen påstått. Vid denna bedömning saknas anledning att pröva PL Holdings invändningar om vållande och preklusion.

5.3.3 Klandergrunderna C och D – den särskilda skiljedomen samt beslutet att återuppta handläggningen av skiljeförfarandet

Sammanfattning av parternas talan m.m.

Polen har sammanfattningsvis anfört följande. Skiljenämnden har överskridit sitt uppdrag och begått handläggningsfel genom att dels, utan att först kommunicera med parterna, meddela en särskild skiljedom istället för en slutlig skiljedom samt återuppta handläggningen av skiljeförfarandet (klandergrund D), dels förfara felaktigt i fråga om domslutet, punkten B, i den särskilda skiljedomen (klandergrund C). Felen har sannolikt inverkat på utgången av målet.

PL Holdings har bestritt påståendena om att det förekommit uppdragsöverskridande eller handläggningsfel i de avseenden som Polen påstått samt sammanfattningsvis invänt att Polens klandergrunder är prekluderade.

Hovrätten prövar först klandergrund D.

Bestämmelser avseende särskild skiljedom m.m.

Av betydelse vid bedömningen av klandergrund D är LSF och SCC-reglerna samt parternas eventuella överenskommelser om förfarandet.

Enligt 21 § LSF ska skiljemännen vid handläggning av tvisten följa vad parterna har bestämt, om det inte finns något hinder mot det. En skiljenämnd ska alltså följa parternas gemensamma instruktioner, under förutsättning att dessa inte innebär att rättssäkerheten åsidosätts. Enligt uttalanden i doktrinen bör skiljenämnden aldrig fatta mer väsentliga beslut i en handläggningsfråga utan att först ha efterhört parternas inställning. (Lindskog, kommentaren till 21 § LSF, avsnitt 4.2.3, Zeteo 2018-09-07.)

Enligt 29 § LSF får en del av tvisten eller en viss fråga av betydelse för tvistens bedömning avgöras genom särskild skiljedom, om inte båda parterna motsätter sig det. Möjligheten för en skiljenämnd att meddela en särskild dom, som i rättegångsbalkens terminologi motsvarar en mellandom, har motiverats främst med hänvisning till processekonomiska aspekter. Av förarbetena framgår bl.a. att det i skiljeförfaranden bör finnas minst lika stora möjligheter att meddela mellandom som det finns i en rättegång. Det framhålls vidare att en enskild part inte bör ha möjlighet att förhindra skiljenämnden att avgöra målet på ett processekonomiskt riktigt sätt. Det är skälet till att skiljenämnden kan meddela en särskild skiljedom mot den ena partens bestridande. Om båda parter motsätter sig en särskild skiljedom måste skiljenämnden dock rätta sig efter det. (Prop. 1998/99:35 s. 131 f.)

Enligt uttalanden i doktrinen bör parternas synpunkter inhämtas i frågan om en uppdelning genom en särskild skiljedom bör göras och parterna bör yttra sig över lämpliga teman. Någon motsvarighet till de krav som ställs enligt 17 kap. 5 § rättegångsbalken på vilka frågor som får avgöras genom mellandom finns inte i LSF. (Heuman, Skiljemannarätt, 1999, s. 540 och 544.)

I § 19 i SCC-reglerna anges att skiljenämnden får handlägga skiljeförfarandet på det sätt som skiljenämnden anser lämpligt, med beaktande av skiljedomsreglerna och parternas överenskommelser.

I § 34 i SCC-reglerna anges att skiljenämnden ska förklara att handläggningen av skiljeförfarandet är avslutad när den anser att parterna har beretts möjlighet att i skälig omfattning utföra sin talan. Vidare anges att skiljenämnden, innan en slutlig skiljedom har meddelats, på eget initiativ eller på ansökan av en part får återuppta skiljeförfarandet om synnerliga skäl föreligger.

Enligt § 38 i SCC-reglerna får skiljenämnden avgöra en särskild fråga eller en del av tvisten genom en särskild skiljedom. Den aktuella bestämmelsen innehåller inte någon motsvarighet till tillägget i 29 § LSF att en särskild skiljedom inte får meddelas om båda parterna motsätter sig att en del av tvisten eller en viss fråga avgörs på det sättet. Det har emellertid ansetts följa av principen om partsautonomi att motsvarande gäller

också i förfaranden enligt SCC-reglerna. (Jfr Lindskog, Kommentaren till 29 § LSF avsnitt 4.1.1, Zeteo 2018-09-07 och Franke m.fl., International Arbitration in Sweden, s. 215, not 292.)

Slutsatsen är alltså att skiljenämnden ska inhämta parternas synpunkter innan ett beslut fattas om att avgöra en tvistefråga genom en särskild dom och att skiljenämnden är förhindrad att meddela en särskild skiljedom om båda parterna motsätter sig en sådan.

Utredningen

PO 1 av den 6 maj 2015 innehöll en tidplan för skiljeförfarandet samt vissa regler för förfarandet. I inledningen till PO 1 angavs att avsikten var att fastställa en grundläggande ram för förfarandet och att samråd med parterna hade skett. Under rubriken ”Miscellaneous”, punkt C, angavs att skiljenämnden fick efter eget gottfinnande fastställa och ändra tidsgränser, men endast efter att ha konsulterat parterna. Enligt punkt E ”Rendition of award” i tidplanen skulle skiljedom meddelas 6 månader räknat från den tidpunkt som inföll senast, antingen från den muntliga förhandlingens avslutande eller från ingivande av *Post-Hearing Briefs*.

Parternas *Post-Hearing Briefs* gavs in till skiljenämnden den 14 oktober 2016. Skiljenämnden förklarade den 9 november 2016 handläggningen av skiljeförfarandet avslutad, i enlighet med § 34 i SCC-reglerna. SCC:s styrelse beslutade i mars 2017, sedan skiljenämnden begärt det, om förlängning av tiden för den slutliga skiljedomens meddelande till den 30 juni 2017. Den särskilda skiljedomen meddelades den 28 juni 2017. Efter den särskilda skiljedomens meddelande förlängde SCC:s styrelse på eget initiativ tiden för den slutliga skiljedomens meddelande till den 29 september 2017, med hänvisning till den särskilda skiljedomen och PO 17.

Situationen under våren 2017 var alltså följande. Handläggningen av skiljeförfarandet hade avslutats den 9 november 2016 efter muntlig förhandling sommaren 2016 och *Post-Hearing Briefs* i oktober 2016. Det som återstod då, enligt skiljenämndens meddelande till parterna den 9 november 2016, var att Polen skulle få tillfälle att ge in ett dokument och kommentarer till detta samt att PL Holdings skulle få tillfälle att yttra sig senast den 28 november 2016. Därefter skulle parterna ge in sina kostnadsyrkanden

och yttra sig över motpartens yrkande senast den 20 december 2016. I meddelandet påpekade skiljenämnden att den inte ville fördröja avgörandet och att skiljedomen skulle meddelas den 15 april 2017 (sex månader efter *Post-Hearing Briefs*). I punkt 80 i den särskilda skiljedomen anges att parterna gav in sina kostnadsyrkanden och synpunkter enligt skiljenämndens begäran.

Hovrättens bedömning av om skiljenämnden begick något fel

Handläggningen av skiljeförfarandet var, både formellt och i praktiken, avslutad under december månad 2016. Som framgått ovan ger § 34 i SCC-reglerna skiljenämnden en möjlighet att, trots att handläggningen avslutats, på eget initiativ återuppta förfarandet om det föreligger synnerliga skäl. Istället för att återuppta handläggningen och bereda parterna tillfälle att yttra sig över frågan om en särskild dom meddelade skiljenämnden, utan föregående kontakt med parterna, en särskild skiljedom och återupptog skiljeförfarandet i anslutning till det.

Skälen för skiljenämndens agerande anges i punkterna 550 och 551 i den särskilda skiljedomen. Det framgår att skiljenämnden ansåg att antalet variabler för att genomföra beräkningarna, formlernas exceptionella komplexitet och nödvändigheten av att undvika räknefel innebar att parternas experter skulle ges möjlighet att gemensamt utföra beräkningen av det skadestånd som Polen skulle betala. Dessa omständigheter motiverade också enligt skiljenämnden att handläggningen återupptogs i begränsad utsträckning, för att värdera PL Holdings innehav i banken och beräkna bolagets förlust. Beräkningarna skulle göras i enlighet med vad som angavs i PO 17 och grunda sig på de faktorer som skiljenämnden beslutat om i den särskilda skiljedomen.

Men som framgått av redogörelsen ovan finns det inte något stöd för att SCC-reglerna ger skiljenämnden större möjligheter att agera mot parternas vilja än vad som följer av 29 § LSF. Det skulle strida mot den grundläggande principen om partsautonomi som både LSF och SCC:s skiljedomregler bygger på. Som hovrätten redan konstaterat innebär det regelverk som skiljenämnden var skyldig att tillämpa att den inte fick meddela en särskild dom utan föregående kommunikation med parterna. Utöver att den särskilda skiljedomen måste ha kommit som en överraskning för parterna kunde skiljenämnden inte veta om båda parterna skulle motsätta sig att vissa frågor avgjordes

genom en särskild skiljedom. Parterna gavs inte heller tillfälle att ge synpunkter på vad den särskilda skiljedomens skulle omfatta.

Skiljenämnden begick alltså ett fel genom att meddela en särskild skiljedom utan att först bereda parterna tillfälle att yttra sig. Däremot hade, som framgick, skiljenämnden rätt att besluta om återupptagande av skiljeförfarandet enligt § 34 SCC-reglerna. Beslutet att återuppta handläggningen av skiljeförfarandet utgör därför inte något fel som kan leda till upphävande av skiljedomens.

Frågan är om det fel som skiljenämnden begick när den inte gav parterna tillfälle att yttra sig över frågan om en särskild skiljedom skulle meddelas, är att bedöma som ett uppdragsöverskridande eller handläggningsfel.

Hovrättens bedömning av uppdragsöverskridande eller handläggningsfel

Ett uppdragsöverskridande förutsätter att skiljenämnden gått utöver ramarna för uppdraget, så som parterna bestämt det. Exempel på situationer då uppdragsöverskridande ansetts föreligga är när skiljenämnden dömt över något som inte yrkats eller grundat sitt avgörande på en omständighet som inte åberopats (se avsnitt 5.3.1 ovan).

I det nu aktuella fallet har skiljenämnden åsidosatt regler som gäller för förfarandet genom att meddela en särskild dom utan att först efterhöra parternas inställning till det. De sakfrågor som avgjorts genom den särskilda skiljedomens – frågan om avtalsbrott och skadeståndsskyldighet – ligger dock inom ramen för vad som yrkats i målet. Meddelandet av den särskilda skiljedomens innebär därför inte att skiljenämnden gått utöver ramen för den materiella prövningen av de frågor som lämnats till skiljenämnden (jfr NJA 2009 s. 128). Det fel som förekommit är därför inte av sådant slag att det är att anse som ett uppdragsöverskridande.

Det fel som skiljenämnden har begått är istället att bedöma som ett handläggningsfel. (Jfr NJA 2009 s. 128 samt Heuman, Skiljemannarätt, 1999, s. 621 och Lindskog, kommentaren till 34 § LSF, avsnitt 4.2.3, Zeteo 2018-09-07.)

Hovrättens bedömning av inverkan på utgången

När det gäller frågan om handläggningsfelet sannolikt har inverkat på utgången av målet har Polen anfört att PL Holdings genom skiljenämndens agerande fick möjlighet att inkomma med ytterligare bevisning och underlag för skadestandsberäkningen.

Vad hovrätten ska pröva är om det handläggningsfel som hovrätten konstaterat, dvs. att skiljenämnden utan föregående kommunikering med parterna meddelade en särskild skiljedom, sannolikt inverkade på utgången i målet, dvs. domslutet i den slutliga skiljedomen.

Av utredningen framgår i och för sig att den särskilda skiljedomen medförde att PL Holdings fick möjlighet att inkomma med ytterligare beräkningar till grund för bestämmandet av skadeståndet. Men det finns ingen utredning som gör det sannolikt att PL Holdings inte hade fått denna möjlighet om parterna hade fått yttra sig innan skiljenämnden beslutade att meddela en särskild skiljedom. Av betydelse för denna bedömning är att skiljenämnden hade haft möjlighet att meddela en särskild skiljedom såvida inte båda parter skulle ha motsatt sig detta. Och det finns ingen utredning om att båda parter sannolikt skulle ha motsatt sig en särskild skiljedom om skiljenämnden givit parterna tillfälle att yttra sig över denna fråga. Vidare var det återupptagandet av förfarandet som möjliggjorde för PL Holdings att inkomma med ytterligare beräkningar och – som hovrätten redan konstaterat – hade skiljenämnden rätt att besluta om återupptagande av skiljeförfarandet enligt § 34 SCC-reglerna.

Hovrättens slutsats är alltså att Polen inte gjort sannolikt att handläggningsfelet inverkat på utgången i målet.

Med denna utgångspunkt är det inte nödvändigt för hovrätten att pröva PL Holdings invändning om preklusion. Men eftersom hovrätten konstaterat att det förekommit ett fel finner hovrätten det ändå lämpligt att behandla denna fråga.

Frågan om Polen förlorat rätten att göra handläggningsfelet gällande

PL Holdings har gjort gällande att Polens rätt att åberopa det som Polen anfört i fråga om klandergrund D är prekluderad. PL Holdings har sammanfattningsvis framhållit att Polen deltog i skiljeförfarandet efter den särskilda skiljedomens meddelande, att Polen inte invände mot SCC:s beslut att förlänga fristen för den slutliga skiljedomens meddelande och inte heller mot skiljenämndens övriga åtgärder samt att Polen uttryckligen bekräftat att skiljenämnden hade rätt att inleda en särskild fas av skiljeförfarandet i tiden efter den särskilda skiljedomen för att bestämma storleken på skadeståndet.

Polen har sammanfattningsvis gjort gällande att Polen har klandrat den särskilda skiljedomen i rätt tid samt att Polen i brev den 25 juli 2017 till skiljenämnden protesterat mot skiljenämndens agerande som innebar att PL Holdings kunde ge in ytterligare bevisning och underlag för skadeståndsberäkningen.

Som angetts tidigare har en part enligt 34 § andra stycket LSF inte rätt att åberopa en omständighet som han genom att delta i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande. Enligt § 31 i SCC-reglerna ska en part som under skiljeförfarandet har underlåtit att utan dröjsmål invända mot att SCC-reglerna eller andra regler för förfarandet inte har följts, anses ha avstått från rätten att åberopa en sådan avvikelse.

Som framgått ovan fortsatte skiljeförfarandet efter den särskilda skiljedomens meddelande. Enligt hovrättens mening saknar den omständigheten att Polen klandrat den särskilda skiljedomen i rätt tid betydelse för frågan om de omständigheter Polen har gjort gällande som grund för klander och som hovrätten funnit utgjort handläggningsfel – dvs. att meddela en särskild skiljedom utan föregående kommunikation med parterna – är prekluderade. Det som ska prövas är istället om Polen deltagit i det fortsatta förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande att det var fel av skiljenämnden att utan föregående kommunikation med parterna meddela en särskild skiljedom.

Det är utrett att Polen deltog i skiljeförfarandet efter det att den särskilda skiljedomen meddelats, bl.a. genom att ge sin expert instruktioner i enlighet med skiljenämndens

önskemål i PO 17. Vidare framgår följande av utredningen. I brevet den 25 juli 2017 anförde Polen bl.a. att PO 17 och PO 18 stred mot LSF och begärde att parterna skulle få ge in ytterligare inlagor om skadeberäkningen samt att en muntlig förhandling skulle hållas. Den särskilda skiljedomen nämndes i punkt 3 i brevet i samband med Polens invändningar mot att skiljenämnden överlätit till experterna att beräkna skadeståndet och formulerat om yrkandet. I punkt 3 klargjorde Polen sin uppfattning att skiljenämndens agerande var otillbörligt och kunde innebära ett uppdragsöverskridande. I punkt 10 klargjorde Polen att skiljenämndens rätt att inleda en fas av skiljeförfarandet i syfte att bestämma skadeståndets storlek inte ifrågasattes, men att Polen fann det oacceptabelt att skiljenämnden inte lät parterna medverka i förfarandet annat än som mellan-händer för experterna och samtidigt förde in nya omständigheter av betydelse för målet i sak.

Polen protesterade i brevet av den 25 juli 2017 inte mot att skiljenämnden meddelat en särskild skiljedom utan föregående kommunikation med parterna. Polens invändningar rörde istället skiljenämndens handläggning av skiljeförfarandet efter den 28 juni 2017. Polen har alltså inte i tiden efter den 28 juni 2017, dvs. efter den särskilda skiljedomens meddelande och handläggningens återupptagande, invänt mot att en särskild dom meddelades utan föregående kommunikation med parterna. Polen får därmed anses ha avstått från att göra gällande felet.

Hovrättens slutsats är därför att Polens klandertalan under alla förhållanden är prekluderad såvitt avser omständigheterna att skiljenämnden meddelade en särskild skiljedom utan föregående kommunikation med parterna.

Domslutet i den särskilda skiljedomen

Polen har sammanfattningsvis åberopat att punkt B i domslutet i den särskilda skiljedomen (punkt 650) inte till någon del motsvaras av något yrkande i målet, att det inte framgår vilken fråga som avgjorts, att domslutet i denna punkt, förutom första mening- en, är så oklart och ofullständigt formulerat att innebörden inte går att utläsa samt att domslutet inte kan förstås utan domskälen.

PL Holdings har sammanfattningsvis invänt att skiljenämnden inte har meddelat dom över något annat än det som yrkats, att domslutet inte är ofullständigt eller oklart, att det som skiljenämnden har uttalat efter första meningen i punkt B har utgjort ett handläggningsbeslut samt att även om domslutet skulle behöva läsas i ljuset av domskälen är det inget fel. PL Holdings har också invänt att det Polen gjort gällande är prekluderat, eftersom Polen har deltagit i förfarandet efter den särskilda skiljedomen utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra dessa påstådda fel gällande.

Enligt 27 § första stycket LSF avgörs de frågor som har lämnats till skiljenämnden genom skiljedom. Andra avgöranden, som inte tas in i en skiljedom, är enligt tredje stycket att beteckna som beslut. SCC-reglerna innehåller inga regler som avviker från detta.

I punkt 650 A i domslutet i den särskilda skiljedomen, slås fast att Polen brutit mot investeringsavtalet genom att exproprierat PL Holdings aktieinnehav i den bank som PL Holdings investering avsåg. Enligt punkt 650 B har PL Holdings rätt till skadestånd på grund av avtalsbrottet. I samma punkt anges vidare att storleken på skadeståndet ska bestämmas på grundval av vissa i domen närmare angivna värden, att beräkningen ska göras gemensamt av parternas experter i enlighet med vad som föreskrivs i PO 17 och att de belopp som räknas fram ska inkluderas i den slutliga skiljedomen.

Hovrätten gör följande bedömning.

Vad först gäller Polens påstående att punkt B inte till någon del motsvaras av något yrkande konstaterar hovrätten följande. PL Holdings yrkande avsåg enligt vad som antecknats i punkten 24 i den särskilda skiljedomen att skiljenämnden skulle fastställa att Polen hade brutit mot en viss artikel i investeringsavtalet samt att Polen skulle förpliktas betala skadestånd med ett belopp som inte var lägre än en viss angiven summa samt ränta och ersättning för kostnader för skiljeförfarandet.

I den särskilda skiljedomen har skiljenämnden i det första ledet i punkt B, fastställt att PL Holdings har rätt till ersättning för skada. I denna del motsvarar domslutet vad som yrkats.

När det gäller Polens påståenden i övrigt i fråga om domslutet konstaterar hovrätten att skiljenämnden inte har prövat PL Holdings fullgörelseyrkande utan istället, i det andra ledet i punkt B, gett vissa anvisningar om hur skadeståndet ska beräknas. Skiljenämnden har hänvisat till domskälen där utgångspunkter för beräkningen slagits fast, såsom vilken metod som ska tillämpas, vilken affärsplan som ska vara utgångspunkt, vilka justeringar och avdrag som ska göras, procentsats för diskontering m.m. Skiljenämnden har även hänvisat till PO 17, som innehåller instruktioner för det fortsatta förfarandet. Enligt hovrättens bedömning måste det andra ledet i punkt B uppfattas som ett beslut som anger ramarna för den fortsatta prövningen, medan det som skiljenämnden prövat i sak finns i domskälen. Det andra ledet i punkt B kan enligt hovrätten därför inte betraktas som ett avgörande i sak, utan är istället ett handläggningsbeslut, som inte är oklart eller ofullständigt. Det utgör inte något fel att skiljenämnden i beslutet har hänvisat till vad den i materiellt hänseende har kommit fram till i domskälen. Att beslutet tagits in i den särskilda skiljedomen ändrar inte den rättsliga innebörden av beslutet (jfr Lindskog, kommentaren till 27 § LSF avsnitt 2.2.1 och 3.2, Zeteo 2018-09-07).

I fråga om domslutet i den särskilda skiljedomen har alltså vad Polen har gjort gällande inte utgjort något uppdragsöverskridande eller handläggningsfel. Det saknas vid denna bedömning anledning att pröva PL Holdings invändning om preklusion.

5.3.4 Klandergrund E – instruktionerna till de partsutsedda experterna

Polen har sammanfattningsvis gjort gällande följande. Skiljenämnden förde på eget initiativ, utan föregående kommunikering med parterna och utan parternas medverkan, in ny bevisning och utredning i tiden efter den särskilda skiljedomen. Skiljenämnden begärde att de partsutsedda experterna skulle beräkna skadeståndets storlek och överlät på experterna att bestämma storleken på skadeståndet. Skiljenämnden gav instruktion-

er till experterna i PO 17 och den särskilda skiljedomen. Instruktionerna var ofullständiga och medförde att experterna fick göra egna bedömningar och enas i vissa frågor samt begära kompletterande uppgifter från skiljenämnden. Skiljenämnden förelade experterna att ge in kompletterande utlåtanden rörande ”Tier 1 Capital Requirement” att upprättas i enlighet med skiljenämndens instruktioner utan att parternas ombud var inblandade. Genom dessa ageranden överskred skiljenämnden sitt uppdrag eller begick handläggningsfel som sannolikt har inverkat på utgången i målet.

PL Holdings har sammanfattningsvis anfört följande. Skiljenämndens instruktioner till experterna fordrade parternas medverkan och parterna medverkade utan invändning. Skiljenämnden förde inte in någon ny bevisning eller nya omständigheter i målet. Skiljenämnden agerade enligt för förfarandet tillämpliga regler. Skiljenämnden avgjorde själv skadeståndets storlek genom den slutliga skiljedomen. De påstådda felen har under alla förhållanden prekluderats, samt dessutom inte varit utan Polens vållande och sannolikt inte inverkat på utgången i målet.

Av utredningen framgår följande.

I PO 17 anmodade skiljenämnden ombuden att förse sin respektive expert med det som skiljenämnden bestämt om hur skadeståndet skulle beräknas och instruera dem att gemensamt utföra beräkningar avseende de faktorer som den särskilda skiljedomen grundade sig på. Skiljenämnden underströk att endast de värden som skiljenämnden hade angett i den särskilda skiljedomen skulle användas vid beräkningarna. Ombuden ombads att inte påverka experterna i deras arbete. Eventuella klargöranden från skiljenämnden fick experterna begära gemensamt. Sedan experterna utfört beräkningarna, skulle resultaten överlämnas till ombuden som efter att ha tagit del av dessa gemensamt skulle ge in dessa till skiljenämnden. Skiljenämnden angav också att en slutlig skiljedom skulle återspegla experternas gemensamma beräkning och att skiljenämnden avsåg att avgöra de frågor som experterna eventuellt inte enats om. Om det var nödvändigt skulle ytterligare utlåtanden från experterna inhämtas och en muntlig förhandling hållas med ombud och experter.

Experterna instruerades enligt skiljenämndens begäran och inledde arbetet med beräkningen. De begärde vissa kompletteringar.

Som framgått ovan i det avsnitt som behandlar klandergrunderna C och D deltog Polen i den fortsatta handläggningen i enlighet med vad skiljenämnden hade bestämt i den särskilda skiljedomen och i PO 17.

Skiljenämnden utfärdade PO 19 den 25 juli 2017. I denna redogjorde skiljenämnden för att experterna inte var ense om vilken procentsats som skulle användas för "Tier 1 Capital Requirement" och därför gemensamt hade begärt skiljenämndens besked. Skiljenämnden anmodade i PO 19 experterna att ge in varsitt utlåtande som skulle ange skälen till respektive experts uppfattning samt varför den andre experten hade fel. Dessa utlåtanden skulle enligt skiljenämnden göras utan ombudens inblandning och utan föregående kommunikering med den andre experten.

Experterna gav i slutet av juli 2017 in utlåtanden enligt skiljenämndens begäran. Skiljenämnden beslutade i PO 20 den 8 augusti 2017 vilka procentsatser avseende "Tier 1 Capital Requirement" som skulle användas vid experternas beräkning. I PO 20 antecknades att ingen av parterna kommenterat experternas utlåtanden.

Hovrätten gör följande bedömning.

Så som skiljenämnden valt att bedriva den återupptagna handläggningen framgick det redan i och med den särskilda skiljedomen och PO 17 att experterna skulle ge in en gemensam beräkning och att det fanns möjlighet för experterna att vid behov begära klargöranden från skiljenämnden.

Av PO 17 framgår att resultaten skulle lämnas till ombuden som skulle skicka dem till skiljenämnden, vilket möjliggjorde för ombuden att lämna kommentarer. I PO 20 angavs att experternas slutliga beräkning skulle skickas till ombuden, som erbjöds att ge in kommentarer i samband med att beräkningen gavs in till skiljenämnden. Skiljenämnden upprepade detta i PO 21 den 9 augusti 2017 och i PO 23 den 25 augusti 2017 och satte en tidsgräns för eventuella kommentarer till den 29 augusti 2017. Enligt hov-

rätten framgår tydligt genom detta att parterna hade möjlighet att skriftligen kommentera resultaten av experternas beräkningar och att skiljenämndens agerande alltså inte var utan parternas medverkan.

Vad särskilt gäller Polens påståenden om skiljenämndens agerande i fråga om ”Tier 1 Capital Requirement” gör hovrätten följande bedömning. Av utredningen framgår att experterna hade berört frågan om ”Tier 1 Capital Requirement” i utlåtanden som getts in före den särskilda skiljedomen. I den särskilda skiljedomen har antecknats att de inte var överens i frågan (punkt 526). Det framgår av experternas skriftliga förfrågan daterad den 20 juli 2017 att experterna gemensamt vände sig till skiljenämnden för att få ett klargörande, eftersom de var överens om att det var nödvändigt att värden för ”Tier 1 Capital Requirement” ingick i beräkningen. De kompletterande utlåtanden från respektive expert som skiljenämnden därefter begärde skulle, enligt vad som framgår av PO 19 och PO 20, belysa hur respektive expert kommit fram till sin uppfattning och hur var och en såg på den andre expertens synsätt. Av detta framgår att syftet var att ge skiljenämnden ett bättre beslutsunderlag innan skiljenämnden skulle besluta om vilken procentsats som skulle användas.

Visserligen inhämtade skiljenämnden de kompletterande utlåtandena på eget initiativ, men frågan om ”Tier 1 Capital Requirement” hade som framgått ovan berörts tidigare under skiljeförfarandet. Respektive part hade alltså haft möjlighet att framföra sin ståndpunkt. Åtgärden att inhämta kompletterande utlåtanden innebar därför inte att skiljenämnden låtit experterna besluta om skadeståndet eller att ny bevisning eller nya omständigheter tillfördes på skiljenämndens initiativ.

Sammantaget är det därför hovrättens bedömning att var och en av parterna hade möjlighet att utföra sin talan i erforderlig omfattning i enlighet med 24 § LSF och § 19 SCC-reglerna, genom att de skriftligen kunde kommentera de handlingar som experterna lämnade till skiljenämnden och särskilt inbjöds till att kommentera experternas slutliga beräkning. Skiljenämnden agerade alltså inte utan parternas inblandning och förde inte in ny bevisning och utredning på sätt som Polen påstått. Skiljenämndens handläggning innebar inte heller att skiljenämnden överlät åt experterna att bestämma skadeståndets storlek. Skiljenämnden bestämde skadeståndets storlek i den slutliga

skiljedomen. Skiljenämndens agerande ifråga om instruktionerna till de partsutsedda experterna innebar inte heller i övrigt något sådant uppdragsöverskridande eller handläggningsfel som Polen påstått.

Med dessa slutsatser saknas det skäl att gå in på frågorna preklusion, eget vållande och inverkan på utgången.

5.3.5 Klandergrund F – kompletteringen avseende pre-award interest

Sammanfattning av parternas talan

Polen har sammanfattningsvis gjort gällande följande. Skiljenämnden överskred sitt uppdrag eller begick ett handläggningsfel genom att i den slutliga skiljedomen tillerkänna PL Holdings ränta avseende tiden från skadeberäkningstidpunkten till dagen för den slutliga skiljedomen (pre-award interest). Skiljenämnden kompletterade den särskilda skiljedomen med ett tillägg avseende pre-award interest trots att PL Holdings inte framställt något yrkande om sådan ränta före den särskilda skiljedomens meddelande. PL Holdings inkom den 28 juli 2017 med begäran om att skiljenämnden skulle meddela en tilläggsskiljedom beträffande pre-award interest. Skiljenämnden underlät dock att meddela tilläggsskiljedom inom den tidsfrist som anges i § 42 i SCC-reglerna. Istället meddelade skiljenämnden tillägget avseende pre-award interest först i den slutliga skiljedomen den 28 september 2017, dvs. två dagar för sent.

PL Holdings har sammanfattningsvis invänt att bolagets yrkanden från inledningen av skiljeförfarandet innefattade pre-award interest samt att skiljenämnden inte kompletterat domslutet i den särskilda skiljedomen utan avgjorde frågan i den slutliga skiljedomen.

Regler om tilläggsskiljedom

Enligt § 42 i SCC-reglerna får en part begära tilläggsskiljedom inom 30 dagar från mottagandet av skiljedomen. Om skiljenämnden anser att begäran är välgrundad ska skiljenämnden enligt artikeln meddela en tilläggsskiljedom inom 60 dagar från mottagandet av begäran. Om det anses nödvändigt får SCC:s styrelse förlänga tidsfristen.

Enligt 32 § LSF får en skiljenämnd besluta om rättelse eller komplettering av en skiljedom bl.a. om skiljenämnden av förbiseende inte har avgjort en fråga som skulle ha behandlats i skiljedomen. Tidsfristen är 30 dagar från domens meddelande om kompletteringen görs på skiljenämndens initiativ. Om det är en part som begär komplettering ska begäran göras inom 30 dagar från delfåendet av domen och ett beslut om komplettering meddelas inom ytterligare 30 dagar. Själva kompletteringen ska ske inom 60 dagar. Det finns inte någon möjlighet för skiljenämnden att besluta att förlänga fristerna, men parterna kan komma överens om en sådan förlängning. (Se Lindskog, kommentaren till 32 § LSF, avsnitt 5.3.3, Zeteo 2018-09-07 och prop. 1998/99:35 s. 233). Skiljenämndens uppdrag upphör i och med att tidsfristen går ut (jfr Lindskog, kommentaren till 32 § LSF, avsnitt 6.2.2 och not 69, Zeteo 2018-09-07).

Enligt 34 § första stycket 2 LSF är en för sent meddelad skiljedom att anse som ett uppdragsöverskridande och en sådan skiljedom ska upphävas. Det gäller även om förseningen är marginell, eftersom uppdraget upphör när tidsfristen går ut. (Se även Heuman, Skiljemannarätt, 1999, s. 627.)

Utredningen

I den särskilda skiljedomen antecknades att PL Holdings inte hade yrkat någon pre-award interest (se punkterna 269 och 643). I PO 19 den 25 juli 2017 noterade skiljenämnden på nytt att PL Holdings inte hade yrkat någon sådan ränta och att experternas uppfattning om den inte behövdes.

Den 28 juli 2017 begärde PL Holdings en tilläggs-skiljedom avseende pre-award interest, enligt § 42 i SCC-reglerna. I PO 24 den 29 augusti 2017 tog skiljenämndens ordförande upp frågor som rörde PL Holdings begäran. Ordföranden konstaterade i PO 24 att PL Holdings hade yrkat pre-award interest, att den särskilda skiljedomen hade meddelats under antagande att det inte fanns något sådant yrkande och att frågan därför inte hade prövats, att en tilläggs-skiljedom kunde meddelas för att ta ställning till frågan samt att frågan inte var res judicata. Under rubriken "Grant or Denial of Claimant's Request" angavs att skiljenämnden kommit fram till att parterna skulle få yttra sig över frågan om PL Holdings rätt till pre-award interest för den specifika period som yrkandet avsåg.

Polen protesterade den 1 september 2017 både mot innehållet i PO 24 och mot den korta tid som parterna fick på sig för att yttra sig samt begärde anstånd med yttrandet. Samma dag utfärdade skiljenämndens ordförande PO 26, där Polens anståndsbegäran avslogs. I PO 26 hänvisades till § 42 i SCC-reglerna och att skiljenämnden hade 60 dagar på sig att pröva en begäran om tilläggsskiljedom samt angavs att skiljenämnden hade prövat frågan om pre-award interest i PO 24, särskilt om frågan kunde tas upp till prövning. Skiljenämndens ordförande framhöll också att PO 24 hade gjorts i tid. Polen protesterade mot PO 26 och mot skiljenämndens hantering av frågan om pre-award interest i skrivelser den 5 och 6 september 2017.

I den slutliga skiljedomen, som meddelades den 28 september 2017, behandlade skiljenämnden frågan om pre-award interest i punkterna 32–51. I domslutet, punkt 64 B, tillerkändes PL Holdings sådan ränta med en viss angiven procentsats. Skiljenämnden angav att den var skyldig att pröva frågan om pre-award interest och att syftet med bestämmelsen om tilläggsskiljedom är att en skiljenämnd ska kunna döma över yrkanden som av misstag, förbiseende eller av andra skäl inte behandlats. Skiljenämnden hänvisade till SCC-reglerna, dock med angivande av § 48 istället för 42 (punkt 39). Skiljenämnden berörde inte frågan om tidsgränsen för att meddela en tilläggsskiljedom.

Hovrättens bedömning

Av PO 24 daterad den 29 augusti 2017 och av punkt 32 i den slutliga skiljedomen framgår att skiljenämnden bedömt att PL Holdings hade yrkat pre-award interest före den särskilda skiljedomen, men att skiljenämnden trots det hade uttalat i den särskilda skiljedomen att något sådant yrkande inte framställts (se punkterna 269 och 643 i den särskilda skiljedomen). Skiljenämndens bedömning att PL Holdings rätteligen hade yrkat sådan ränta är ett led i skiljenämndens materiella prövning, som inte kan överprövas inom ramen för ett klander mål. Skiljenämnden har alltså inte gått utöver PL Holdings yrkande i målet genom att pröva frågan om pre-award interest.

Vad gäller frågan om skiljenämnden meddelat tillägget om pre-award interest för sent gör hovrätten följande bedömning.

Den särskilda skiljedomen omfattade inte pre-award interest. Det framgår av PO 24, PO 26 och den slutliga skiljedomen att frågan om pre-award interest skulle prövas genom en tilläggsskiljedom, dvs. som ett tillägg till den särskilda skiljedomen.

Av utredningen framgår att PL Holdings inkom med begäran om tilläggsskiljedom den 28 juli 2017 (se punkt 13 i den slutliga skiljedomen). Enligt § 42 SCC-reglerna skulle därmed skiljenämnden meddela tilläggsskiljedom avseende pre-award interest senast den 26 september 2017.

Frågan om pre-award interest avgjordes emellertid inte genom en separat tilläggsskiljedom, utan prövades i den slutliga skiljedomen den 28 september 2017. Det innebär alltså att skiljenämnden meddelade sitt domslut om tillägget två dagar för sent och därmed överskred sitt uppdrag i denna del (se 34 § första stycket 2 LSF).

Eftersom skiljenämnden överskridit sitt uppdrag ska punkt 64 B i domslutet i den slutliga skiljedomen upphävas.

5.3.6 Klandergrund G – kompletteringen avseende ”Tier 1 Capital Requirement”

Sammanfattning av parternas talan m.m.

Polen har sammanfattningsvis anfört följande. Det var inte möjligt att beräkna skadeståndets storlek utan att ha ett värde på variabeln ”Tier 1 Capital Requirement”. Trots det saknades ”Tier 1 Capital Requirement” i den särskilda skiljedomen och även i instruktionen i PO 17 (som meddelades samma dag som den särskilda skiljedomen). Skiljenämnden överskred sitt uppdrag och begick handläggningsfel som sannolikt inverkade på utgången i målet genom att efteråt komplettera den särskilda skiljedomen med ett tillägg om hur ”Tier 1 Capital Requirement” skulle beaktas vid skadeståndsberäkningen. Dessutom gjordes kompletteringen på ett formellt felaktigt sätt genom ett beslut i PO 20 istället för genom en tilläggsskiljedom. Kompletteringen skedde därmed först genom den slutliga skiljedomen. Det innebär att kompletteringen gjordes för sent. Tidsfristen ska räknas från begäran om tilläggsskiljedom, dvs. från experternas gemensamma begäran om komplettering den 20 juli 2017.

PL Holdings har invänt sammanfattningsvis följande. Polen har inte rätt att åberopa de påstådda felen eftersom Polen deltog i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra felen gällande. Något uppdragsöverskridande eller handlägningsfel har inte förekommit. Skiljenämnden avgjorde inte frågan om skadeståndets storlek i den särskilda skiljedomen. Att skiljenämnden genom ett handlägningsbeslut i PO 20 instruerade experterna att beakta ”Tier 1 Capital Requirement” innebär inte att den särskilda skiljedomen har kompletterats och utgör inte något handlägningsfel eller uppdragsöverskridande. PO 20 innebar ingen slutlig prövning av effekten av ”Tier 1 Capital Requirement”. Skiljenämnden avgjorde frågan om skadeståndets storlek genom den slutliga skiljedomen, som då innefattade effekten av ”Tier 1 Capital Requirement”. Skiljenämnden var inte förhindrad från att i den slutliga skiljedomen beakta andra faktorer i skadestandsberäkningen än de som angavs i domskälen i den särskilda skiljedomen. Det påstådda handlägningsfelet har inte varit utan Polens vållande och det har i vart fall inte sannolikt inverkat på utgången i målet.

Polen har invänt sammanfattningsvis följande. Polen kan inte anses ha avstått från att åberopa skiljenämndens uppdragsöverskridande och handlägningsfel. Polen protesterade mot PO 17 i skrivelserna den 21 juli och den 25 juli 2017. Polen angav då att Polen protesterade mot bl.a. PO 17 och de däri fattade besluten att experterna skulle inkomma med nya och kompletterande skaderapporter.

Hovrätten prövar först frågorna om skiljenämnden begått något fel och hur ett sådant fel i så fall ska bedömas.

Utredningen

Av den särskilda skiljedomen framgår att skadeståndets belopp skulle bestämmas på grundval av vad skiljenämnden angivit i den särskilda skiljedomen i fråga om såväl metod som faktorer och specifika beräkningsvärden för dessa faktorer (se särskilt domslutet punkt 650 B andra meningen). I den särskilda skiljedomen återfinns emellertid inga uttalanden från skiljenämnden om beräkningsvärden för ”Tier 1 Capital Requirement”. I den processorder som skiljenämnden meddelade samma dag som den särskilda skiljedomen (PO 17) angav skiljenämnden att experterna gemensamt kunde begära klargöranden eller tillägg från skiljenämnden om de ansåg att det behövdes.

I enlighet med detta begärde experterna komplettering från skiljenämnden av värden för ”Tier 1 Capital Requirement”.

I PO 19 den 25 juli 2017 begärde emellertid skiljenämnden, som framgått ovan, att experterna skulle ge in varsitt utlåtande om ”Tier 1 Capital Requirement”. Experterna gav in varsitt utlåtande den 27 och 28 juli 2017 i enlighet med skiljenämndens begäran. Därefter utfärdade skiljenämnden PO 20 den 8 augusti 2017. I denna gav skiljenämnden besked om vilka procentsatser för ”Tier 1 Capital Requirement” som experterna skulle inkludera i sin beräkning av skadeståndsbeloppet. I likhet med övriga PO undertecknades PO 20 av skiljenämndens ordförande.

Hovrättens bedömning

Skiljenämnden avgjorde inte frågan om skadeståndets storlek i den särskilda skiljedomen. Av såväl domslutet i den särskilda skiljedomen (punkt 650 B), domskälen (punkterna 547–642) som PO 17 framgår dock att skiljenämndens avsikt var att i den särskilda skiljedomen bestämma samtliga faktorer som skulle ingå i beräkningen av skadeståndsbeloppet. Trots det saknades beräkningsvärden för ”Tier 1 Capital Requirement” i den särskilda skiljedomen. Samtidigt öppnade skiljenämnden i PO 17 för att klargöranden och tillägg ändå kunde behövas och att sådana kunde begäras av experterna. Ingenting hindrade skiljenämnden från att ge experterna besked om sådana beräkningsvärden under den fortsatta handläggningen, eftersom bestämmandet av värdena utgjorde ett led i det slutliga avgörandet av skadeståndets storlek. Det krävdes därför ingen tillägsskiljedom. Skiljenämndens besked i PO 20 låg alltså inom ramen för det pågående uppdraget och utgjorde inte heller något handläggningsfel.

Med denna slutsats är det inte nödvändigt för hovrätten att pröva PL Holdings invändningar om preklusion m.m.

5.3.7 Klandergrund H – slutförhandling och förhör med experter

Sammanfattning av parternas talan

Polen har sammanfattningsvis gjort gällande följande. Skiljenämnden har agerat felaktigt genom att avslå Polens begäran att en ny muntlig förhandling skulle hållas. Polen fick därför ingen möjlighet att hålla förhör och korsförhör med de partsutsedda experterna angående skadeståndets storlek och kunde inte uppmärksamma skiljenämnden på de antaganden som experterna gjort i sitt gemensamma expertutlåtande. Skiljenämnden överskred härigenom sitt uppdrag eller begick ett handläggningsfel som sannolikt har inverkat på utgången i målet.

PL Holdings har sammanfattningsvis anfört följande. Polen är på grund av preklusion förhindrat att göra gällande omständigheterna ovan. Skiljenämnden har inte överskridit sitt uppdrag eller begått något handläggningsfel. Polen har inte varit förhindrat att yttra sig om experternas gemensamma uträkning av skadan eller resultatet av uträkningen. Polen har alltså i erforderlig omfattning haft tillfälle att föra sin talan. Det som Polen anförde under skiljeförfarandet motiverade inte att nya förhör eller ny förhandling hölls. Om skiljenämnden begått ett handläggningsfel har felet inte varit utan Polens vållande och inte heller inverkat på utgången i målet.

Uttredningen

I PO 17 redogjorde skiljenämnden för formerna för experternas fortsatta medverkan i skiljeförfarandet efter det att den särskilda skiljedomen meddelats. Skiljenämnden uttalade bl.a. att nämnden, om det var nödvändigt, skulle inhämta ytterligare utlåtanden från experterna och, vid behov, hålla ytterligare en muntlig förhandling med ombud och experter.

Den 25 juli 2017, dvs. redan innan experterna gett in sitt gemensamma utlåtande till skiljenämnden, begärde Polen att muntlig förhandling skulle hållas för att ge Polen tillfälle att genomföra förhör och korsförhör med experterna angående skadeståndets storlek. I PO 20 den 8 augusti gav skiljenämnden parterna tillfälle att lämna synpunkter på experternas beräkningar. Genom PO 21 den 9 augusti avlog skiljenämnden Polens begäran om förhandling och påminde om möjligheten att ge in synpunkter till

skiljenämnden. Den 11 och 29 augusti begärde Polen på nytt att skiljenämnden skulle hålla förhandling. Skiljenämnden avslog Polens begäran genom PO 25 den 31 augusti. Skiljenämnden uttalade i det beslutet bl.a. att Polen inte hade framfört några synpunkter i sak på experternas utlåtande som motiverade att det hölls förhör med experterna.

Hovrättens bedömning

Skiljenämndens beslut i PO 17 innebar inte att det fanns en ovillkorlig rätt för en part att få till stånd ytterligare en förhandling för att hålla förhör med experterna när de kommit med sitt gemensamma utlåtande. En sådan förhandling skulle bara hållas om det ansågs nödvändigt. Eftersom det redan hade hållits en förhandling vid vilken skadestandsfrågorna behandlats och experterna hörts, förelåg det inte någon rätt till förhandling enligt 24 § LSF. Skiljenämnden kunde därför bestämma förutsättningarna för att hålla ytterligare förhandling på det sätt som skedde genom PO 17. Det har alltså ankommit på skiljenämnden att avgöra om det var nödvändigt att hålla ytterligare förhandling eller inte. Som framgått ovan gav skiljenämnden vid flera tillfällen Polen möjlighet att lämna skriftliga synpunkter på experternas beräkning. Polen har alltså haft möjlighet att utföra sin talan i erforderlig omfattning.

Skiljenämndens beslut att avslå Polens begäran om ytterligare förhandling har således fattats i enlighet med de regler som gällt för förfarandet och utgör varken ett uppdragsöverskridande eller handläggningsfel. Vid denna bedömning saknas anledning att pröva PL Holdings övriga invändningar.

5.4 Rättegångskostnader

Utgången i målet innebär att Polens talan till största del avslås. Polen får framgång endast såvitt avser att en punkt i den slutliga skiljedomen ska upphävas, nämligen punkten 64 B i den slutliga skiljedomen genom vilken PL Holdings tillerkänts ersättning för s.k. pre-award interest (klandergrund F). Vid bedömningen av hur rättegångskostnaderna ska fördelas kan emellertid den delen av målet inte anses vara av endast ringa betydelse.

Eftersom kostnaderna för de olika delarna av målet inte kan särskiljas bör ersättnings-skyldigheten för rättegångskostnaderna bestämmas på så sätt att PL Holdings tiller-känns jämkad ersättning för sina rättegångskostnader (NJA 2018 s. 667 p. 17). Sett uteslutande till beloppen i den slutliga skiljedomen, motsvarar den punkt som upphävs ungefär en sjättedel av det sammanlagt utdömda beloppet. Fördelningen av rättegångs-kostnaderna bör därför enligt hovrättens bedömning bestämmas på så sätt att Polen ska ersätta två tredjedelar av PL Holdings rättegångskostnader (jfr Welamson i SvJT 1989 s. 530 f.).

PL Holdings har yrkat ersättning för rättegångskostnader med sammanlagt 944 178,57 euro. Det yrkade beloppet är fördelat enligt följande.

- | | |
|-------------------|---|
| – 698 927,83 euro | Ombudsarvode avseende juridiskt biträde lämnat av Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB |
| – 21 946,94 euro | PL Holdings eget arbete (17 589) och utlägg (4 357,94) |
| – 188 814,79 euro | Övrig juridisk rådgivning från Fietta International (varav arvode 147 787,50 och 1 437,49 utlägg i samband med in-ställelse till huvudförhandling) och Linklaters Warsawa (41 589,80) |
| – 9 680,73 euro | Arvode till professor Torbjörn Andersson, som upprättat rättsutlåtande |
| – 12 539,30 euro | Översättningskostnader |
| – 3 086,03 euro | Kostnader för resor och logi m.m. |
| – 9 182,95 euro | Kostnader för tolk, tolkutrustning, utfående av allmän hand-ling |

Polen har godtagit ett belopp motsvarande Polens egna ombudskostnader – 750 171 euro – som skäligt för PL Holdings samtliga ombudskostnader, dvs. arvode till Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB och kostnader för juridiskt biträde av Fietta Inter-national och Linklaters Warszawa. I övrigt har Polen överlämnat till hovrätten att pröva skäligheten av yrkade rättegångskostnader.

Målet har varit omfattande och innefattat komplicerade rättsfrågor. Även med beak-tande av detta är, enligt hovrättens bedömning, PL Holdings sammanlagda yrkade er-

sättning för ombudsarvode, dvs. 887 742,62 euro, påtagligt hög. Den yrkade ersättningen kan därför inte till sin helhet anses ha varit skäligen påkallad för tillvaratagande av PL Holdings rätt. Skälig ersättning för ombudsarvode kan inte anses överstiga det belopp som Polen har vitsordat. Vad gäller övriga av PL Holdings yrkade belopp bedömer hovrätten dessa som skäliga.

Ersättningen uppgår alltså till, avrundat, totalt 808 044 euro (750 171+21 946,94+1 437,49+9 680,73+12 539,30+3 086,03+9 182,95). Som angetts ovan ska Polen ersätta PL Holdings med två tredjedelar av beloppet, dvs. 538 696 euro.

5.5 Sammanfattning

Hovrätten har kommit fram till att skiljedomarna inte är ogiltiga, eftersom tvisten som skiljedomarna avsåg var skiljedomsmässig och eftersom skiljedomarna eller det sätt på vilket de tillkommit inte strider mot grunderna för rättsordningen i Sverige. Hovrätten har vidare kommit fram till att skiljedomarna inte ska upphävas på den grunden att de inte omfattades av något giltigt skiljeavtal mellan parterna, eftersom Polen inte i rätt tid under skiljeförfarandet framställde någon invändning om detta.

Hovrätten har däremot kommit fram till att en mindre del av den slutliga skiljedomens ska upphävas, eftersom skiljenämnden för sent gjorde ett tillägg till den särskilda skiljedomens. Skiljenämnden överskred därför sitt uppdrag i denna del. Den del av skiljedomens som ska upphävas är den punkt i den slutliga skiljedomens som avsåg så kallad ”pre-award interest” (punkten 64 B i domslutet).

När det gäller de övriga klandergrunder som Polen åberopat har hovrätten kommit fram till att skiljenämnden i ett fall i och för sig begick ett handläggningsfel. Felet var att skiljenämnden utan föregående kommunikering med parterna meddelade en särskild skiljedom. Men enligt hovrätten leder felet inte till att skiljedomarna ska upphävas, eftersom Polen inte gjort sannolikt att felet inverkat på utgången i målet.

Det innebär att skiljedomarna står fast såvitt gäller det skadestånd på 653 639 384 polska zloty (motsvarande cirka 1,5 miljarder kr) som skiljenämnden förpliktade Polen att betala till PL Holdings, men att viss del av vad som dömdes ut i ränta, s. k. ”pre-award interest” upphävs (som motsvarar cirka 200 miljoner kr).

Eftersom Polen endast får framgång i en mindre del, och PL Holdings alltså får rätt i stora delar, ska Polen ersätta PL Holdings för rättegångskostnader med 538 696 euro.

5.6 Frågan om domen ska få överklagas

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 LSF).

6 HUR MAN ÖVERKLAGAR

Anvisningar för överklagande finns i bilaga A.

Överklagande senast 2019-03-22

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Christine Lager samt hovrättsråden Kajsa Bergkvist och Göran Söderström, referent.



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.

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, samt
5. 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.hogstadamstolen.se