



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

av den 22 april 2021¹

Mål C-109/20

Republiken Polen

mot

PL Holdings Sàrl

(begäran om förhandsavgörande från Högsta domstolen (Sverige))

”Begäran om förhandsavgörande – Investeringsavtal ingånget år 1987 mellan Polen, Luxemburg och Belgien – Bestämmelse som gör det möjligt för en avtalsparts investerare att påkalla ett skiljeförfarande i samband med en tvist med den andra parten – Frågan huruvida denna skiljedoms klausul inte är tillämplig – Skiljeavtal – Behörighet grundad på att svaranden går i svaromål – Tillämplighet – Förenlighet med artiklarna 267 och 344 FEUF – Unionsrättens autonomi”

I. Inledning

1. I domen *Achmea*² slog EU-domstolen fast att skiljedoms klausuler som investerare omfattas av i investeringsavtal mellan medlemsstater är oförenliga med artiklarna 267 och 344 FEUF och således inte får tillämpas. Vad blir emellertid följden av att en medlemsstat inte gör gällande att skiljedoms klausulen är ogiltig innan skiljedomens meddelas? Av detta drog en svensk domstol i samband med prövning av en skiljedoms giltighet slutsatsen att den berörda medlemsstaten hade ingått ett ad hoc-skiljeavtal för tvisten i fråga genom att gå i svaromål i skiljeförfarandet utan invändning. Högsta domstolen (Sverige) är emellertid osäker på om detta tillvägagångssätt är förenligt med den nämnda domen och har således begärt ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Investeringsavtalet mellan Polen, Luxemburg och Belgien

2. Den 19 maj 1987 ingick Polen, å ena sidan, och Luxemburg respektive Belgien, å andra sidan, ett investeringsavtal. Avtalet trädde i kraft den 2 augusti 1991. Till skydd för investerare från dessa stater föreskrivs en möjlighet för dessa att påkalla ett skiljeförfarande i samband med

¹ Originalspråk: tyska.

² Dom av den 6 mars 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158).

tvister med de andra staterna rörande investeringar, bland annat vid Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (Sverige). Skiljenämnden ska härvid bland annat tillämpa den lagstiftning som gäller i det land som berörs av tvisten och i vilket investeringen har gjorts. Dess beslut ska vara slutgiltiga.

B. Den svenska lagen om skiljeförfarande

3. I begäran om förhandsavgörande har de relevanta bestämmelserna i lagen om skiljeförfarande angetts enligt följande.

4. Enligt 1 § skiljeförfarandelagen får tvister som parterna kan träffa förlikning om genom avtal lämnas till avgörande av en eller flera skiljemän.

5. Grunden för skiljeförfarandet är skiljeavtalet. Det bygger på parternas förfoganderätt över tvisteföremålet. Bestämmelsen i 1 § innebär att man från det skiljedomsrättsliga området utestänger tvister där ett allmänt intresse gör sig mera märkbart gällande. Det kan även av andra lagregler följa att en tvist i en viss fråga inte får lämnas till skiljeförfarande.

6. Enligt 34 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen ska en skiljedom på talan av en part efter klander helt eller delvis upphävas om den inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna.

7. Av 34 § andra stycket skiljeförfarandelagen framgår dock att en part inte har 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.

8. En skiljedom är enligt 33 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen ogiltig om den innefattar en prövning av en fråga som enligt svensk lag inte får avgöras av skiljemän. En skiljedom är enligt 33 § första stycket 2 dessutom ogiltig om den eller det sätt på vilket den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige. Ogiltighetsgrunderna ska beaktas ex officio av domstolen.

9. Enligt svensk rätt finns det inget formkrav för ingåendet av ett skiljeavtal. Frågan om huruvida ett giltigt skiljeavtal ingåtts eller inte ska bedömas med utgångspunkt i allmänna avtalsrättsliga regler. Ett giltigt skiljeavtal kan till exempel uppkomma genom parternas konkludenta handlande eller ena partens passivitet.

III. Bakgrund och begäran om förhandsavgörande

A. Investerings tvisten

10. PL Holdings S.à.r.l. (nedan kallat PL Holdings) är ett aktiebolag registrerat i Luxemburg, vilket lyder under luxemburgsk lag.

11. Under åren 2010–2013 förvärvade PL Holdings aktier i två polska banker, vilka fusionerades år 2013. PL Holdings kom att äga över 99 procent av aktierna i den nya banken.

12. I juli 2013 beslutade Komisja Nadzoru Finansowego (finanskommissionen, Polen), en myndighet under polsk rätt som har i uppdrag att utöva tillsyn över banker och kreditinstitut i Polen, att upphäva PL Holdings rösträtt för aktierna i banken och tvångsförsälja aktierna. Enligt finanskommissionen skadade PL Holdings inflytande bankens sunda och ansvarsfulla ledning.³

B. Skiljeförfarandet

13. PL Holdings inledde därefter ett skiljeförfarande mot Polen vid Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut på grundval av investeringsavtalet. Polen svarade på påkallelsen den 30 november 2014.

14. Den 7 augusti 2015 gav PL Holdings in käromål. Polen invände i svaromål den 13 november 2015 att PL Holdings inte var att betrakta som en investerare i investeringsavtalets mening och att skiljenämnden därför inte var behörig att avgöra tvisten. I en inlägga den 27 maj 2016 invände Polen dessutom mot skiljeklausulens giltighet med hänvisning till att investeringsavtalet stred mot unionsrätten.

15. I en särskild skiljedom av den 28 juni 2017, således innan domen Achmea meddelades den 8 mars 2018, avvisade skiljenämnden bland annat invändningen om att klausulen var ogiltig. Denna invändning framfördes visserligen för sent, men den har grundläggande betydelse för skiljeförfarandet. Polens anslutning till unionen medförde dock inte folkrättsligt att investeringsavtalet blev ogiltigt.⁴

16. I den särskilda skiljedomen slog skiljenämnden dessutom fast att Polen hade brutit mot investeringsavtalet genom tvångsförsäljningen av PL Holdings aktieinnehav i den polska banken. Enligt dessa konstateranden hade tillsynsmyndigheterna agerat på ett motsägelsefullt sätt⁵ och förhindrat ett effektivt domstolsskydd mot tillsynsätgärder.⁶ PL Holdings hade därför rätt till skadestånd.⁷

17. Den 28 september 2017 meddelade skiljenämnden slutlig skiljedom. Genom skiljedomen förpliktades Polen att betala 653 639 384 polska zloty (PLN) (cirka 150 miljoner euro) och viss ränta till PL Holdings samt att ersätta bolagets kostnader i förfarandet.⁸

C. Förfarandet i det nationella målet

18. Därefter väckte Polen talan mot PL Holdings vid svensk domstol om ogiltigförklaring av såväl den särskilda skiljedomen som den slutliga skiljedomen. Polen vidhöll särskilt att skiljedomsklausulen i investeringsavtalet var ogiltig på grund av att unionsrätten åsidosattes.

19. Svea hovrätt ogillade Polens talan. Enligt hovrätten är skiljedomsklausulen i investeringsavtalet visserligen ogiltig enligt domen Achmea, men detta hindrar inte en medlemsstat och en investerare från att ingå ett skiljeavtal om samma tvist i ett senare skede. Det

³ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punkt 189).

⁴ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punkt 306 och följande punkter).

⁵ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punkterna 229 och 234 samt punkt 418 och följande punkter).

⁶ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punkterna 408 och 444).

⁷ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punkt 318 och följande punkter).

⁸ Final Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163).

är i ett sådant fall nämligen fråga om ett skiljeavtal som har sitt ursprung i den gemensamma partsviljan och som har ingåtts enligt samma principer som ett kommersiellt skiljeförfarande. Att sådana avtal är tillåtna har inte uteslutits genom domen Achmea. I det nu aktuella fallet kom avtalet till stånd eftersom Polen gick i svaromål utan att i rätt tid ha framställt en invändning om att skiljeklausulen var ogiltig.

D. Begäran om förhandsavgörande

20. Polens överklagande är nu anhängigt vid Högsta domstolen. Högsta domstolen har hänskjutit följande fråga till EU-domstolen:

”Innebär artiklarna 267 och 344 i FEUF, såsom de tolkades i Achmea,⁹ att ett skiljeavtal är ogiltigt om det har ingåtts mellan en medlemsstat och en investerare – när det i ett investeringsavtal finns en skiljeklausul som är ogiltig på grund av att avtalet ingåtts mellan två medlemsstater – genom att medlemsstaten, sedan investeraren påkallat skiljeförfarande, som ett resultat av statens fria vilja avstår från att göra gällande invändningar mot behörigheten?”

21. I förevarande mål har PL Holdings och Republiken Polen i egenskap av parter i det nationella målet samt Republiken Tjeckien, Förbundsrepubliken Tyskland, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Republiken Italien, Storhertigdömet Luxemburg, Ungern, Konungariket Nederländerna, Polen i egenskap av medlemsstat, Republiken Slovakien, Republiken Finland, Konungariket Sverige och Europeiska kommissionen först inkommit med skriftliga yttranden och därefter deltagit i den muntliga förhandlingen den 15 mars 2021.

IV. Bedömning

22. Högsta domstolen vill få klarhet i huruvida konstaterandena i domen Achmea också utgör hinder för ett individuellt skiljeavtal (om detta se avsnitt A nedan). Jag ska i detta sammanhang undersöka vilken betydelse rättspraxis avseende kommersiella skiljeförfarandens förenlighet med unionsrätten (avsnitt B) och med likabehandlingsprincipen (avsnitt C) har. Dessutom kommer jag i andra hand att undersöka vilken inverkan det antagna avtalets form har, nämligen medlemsstatens avstående från att med en invändning göra gällande att skiljenämnden saknar behörighet, det vill säga så kallad behörighet grundad på att svaranden går i svaromål utan invändning (avsnitt D). Avslutningsvis ska jag undersöka huruvida det föreslagna beslutets rättsverkningar i tiden bör begränsas (avsnitt E).

A. Unionsrätten och skiljeavtal mellan medlemsstater och investerare

23. I domen Achmea slog EU-domstolen fast att artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder för en bestämmelse i ett internationellt avtal mellan medlemsstater enligt vilken en investerare i den ena medlemsstaten, om det uppstår en tvist om investeringar i den andra medlemsstaten, får inleda ett förfarande mot den sistnämnda medlemsstaten vid en skiljenämnd, vars behörighet den medlemsstaten är skyldig att godta.¹⁰

⁹ Dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158).

¹⁰ Dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkt 60).

24. Domen avsåg en allmän bestämmelse enligt vilken det var möjligt att vända sig till en skiljenämnd i vissa fall. I förevarande mål ska det däremot avgöras huruvida artiklarna 267 och 344 FEUF utgör hinder för ett individuellt skiljeavtal som en medlemsstat har ingått med en investerare.

25. Artikel 267 FEUF reglerar förfarandet för förhandsavgörande och innehåller inga uttryckliga bestämmelser om skiljeförfaranden. I detta förfarande ska EU-domstolen emellertid i händelse av tvister mellan medlemsstater och investerare inför nationella domstolar säkerställa en enhetlig tillämpning av unionsrätten genom en bindande tolkning av denna.

26. Genom fördragen har nämligen unionens domstolssystem införts för att säkerställa att de särskilda egenskaperna och autonomin i unionens rättsordning bevaras. I samband härmed åligger det enligt artikel 19.1 FEU de nationella domstolarna och EU-domstolen att säkerställa att unionsrätten tillämpas fullt ut i samtliga medlemsstater och att säkerställa domstolsskyddet för enskildas rättigheter enligt unionsrätten. Kärnan i det på så sätt utformade domstolssystemet utgörs av förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF som, genom att det inrättas en dialog mellan EU-domstolen och domstolarna i medlemsstaterna, syftar till att säkerställa en enhetlig tolkning av unionsrätten. Detta förfarande gör det således möjligt att säkerställa unionsrättens koherens, fulla verkan och autonomi samt slutligen den specifika karaktären hos den rättsordning som inrättats genom fördragen.¹¹

27. Genom artikel 344 FEUF säkerställs denna behörighetsordning som slagits fast i fördragen och därmed autonomin hos unionens rättsordning, vilken domstolen har att säkerställa.¹² Genom denna bestämmelse har medlemsstaterna nämligen förbundit sig att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av fördragen på annat sätt än som bestämts genom fördragen. Tolkningen eller tillämpningen av fördragen omfattar hela unionsrätten.¹³

28. Förutom i artiklarna 272 och 273 FEUF föreskrivs inga ytterligare skiljeförfaranden i fördragen. Enligt dessa bestämmelser är EU-domstolen behörig i egenskap av skiljedomsorgan, men det är inte möjligt att vända sig till andra skiljenämnder.

29. Artikel 344 FEUF avser för övrigt inte endast abstrakt tvistlösning i allmänhet, utan också enskilda tvister. Domen MOX-Plant avsåg till exempel ett fall där Irland vände sig individuellt till en skiljenämnd i en tvist med Förenade kungariket.¹⁴

30. I domen Achmea ifrågasatte domstolen följaktligen överenskommelsen i fråga mellan två medlemsstater, eftersom de därmed undandrog tvister som kunde avse tillämpningen eller tolkningen av unionsrätten från sina egna domstolars behörighet och därmed från det system för rättsmedel som de enligt artikel 19.1 andra stycket FEU är skyldiga att inrätta på områden som omfattas av unionsrätten.¹⁵ Eftersom skiljenämnder inte har rätt att begära förhandsavgöranden, ingår de inte i detta system.

¹¹ Dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkterna 35–37), med ytterligare hänvisningar.

¹² Se dom av den 30 maj 2006, kommissionen/Irland (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345, punkt 123), och dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkt 32).

¹³ Se dom av den 30 maj 2006, kommissionen/Irland (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345, punkterna 127 och 128).

¹⁴ Dom av den 30 maj 2006, kommissionen/Irland (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345).

¹⁵ Dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkt 55). Se även förfarande för yttrande 1/09 (inrättande av ett enhetligt system för patenttvister) av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkt 80).

31. Genom ett individuellt skiljeavtal mellan en medlemsstat och en investerare kan sådana tvister undandras från unionens domstolssystem som avser tillämpning och tolkning av unionsrätten på samma sätt som ett allmänt investeringsavtal mellan medlemsstater som avser reglering av tvister mellan en medlemsstat och en investerare genom skiljeförfarande. Huruvida ett enskilt fall undandras från domstolssystemet beror på den konkreta tvisten och inte på om tvisten behandlas i en skiljenämnd på grundval av ett allmänt investeringsavtal mellan medlemsstater eller på grundval av ett individuellt skiljeavtal mellan en investerare och en medlemsstat i en skiljenämnd.

32. I det nu aktuella nationella målet tvistar parterna enligt vad de själva har uppgett om tillämpningen av de bestämmelser om tillsyn över banker som följer av unionsrätten, det vill säga särskilt av artikel 21.2 i direktivet om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut.¹⁶ PL Holdings har dessutom åberopat etableringsfriheten. Även om det ankommer på de svenska domstolarna att pröva huruvida detta rimliga argument är korrekt förefaller det enligt detta som om skiljeavtalet faktiskt avsåg en unionsrättslig tvist.

33. I skiljedomen tillämpas inte de unionsrättsliga bestämmelserna om tillsyn över banker,¹⁷ utan den stöder sig på bestämmelserna i investeringsavtalet. Ändå beaktas där kriterier som Polen enligt skiljenämnden borde ha tagit hänsyn till när den utövade den bankkontroll som föreskrivs i unionsrätten, till exempel vad gäller proportionalitet¹⁸ eller ett effektivt rättsligt skydd.¹⁹ Skiljenämnden anser visserligen att dessa kriterier stämmer överens med unionsrätten,²⁰ men den gör ingen omfattande prövning av frågan.

34. Att undandra en sådan tvist från unionens domstolssystem genom ett individuellt skiljeavtal mellan en medlemsstat och en investerare från en annan medlemsstat är oförenligt med artiklarna 267 och 344 FEUF enligt domen Achmea. Det skulle åtminstone innebära att denna dom kringgicks, vilket framför allt Spanien men även Polen, Tyskland, Ungern, Slovakien och kommissionen helt riktigt har understrukit.

35. EU-domstolen har erkänt vissa skiljenämnder som domstolar i medlemsstaterna i den mening som avses i artikel 267 FEUF och således som en del av unionens domstolssystem. Dessa skiljenämnder har ett antal kännetecken. De är upprättade enligt lag och är av stadigvarande och tvingande karaktär, förfarandet är kontradiktoriskt, de tillämpar rättsregler samt har en oberoende ställning.²¹ Sådana skiljenämnder har därför rätt att begära förhandsavgöranden. Detta har EU-domstolen till exempel erkänt beträffande en dansk skiljenämnd när det gällt

¹⁶ Då Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/48/EG av den 14 juni 2006 (EUT L 177, 2006, s. 1) i dess lydelse enligt anslutningsfördraget för Kroatien (EUT L 112, 2012, s. 10). Ersatt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/EU av den 26 juni 2013 om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag (EUT L 176, 2013, s. 338), där artikel 26.2.

¹⁷ I Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punkterna 87 och 88 samt 248) nämns dock de unionsrättsliga bestämmelserna.

¹⁸ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, särskilt punkterna 229 och 234 samt punkt 418 och följande punkter).

¹⁹ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punkterna 408 och 444).

²⁰ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punkt 339).

²¹ Se dom av den 12 juni 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, punkt 23).

tolkning av kollektivavtal²² och beträffande portugisiska skiljenämnder på skatte-²³ eller immaterialrättens område.²⁴ Deras behörighet för unionsrättsliga tvister strider således inte mot artiklarna 267 och 344 FEUF.

36. De svenska domstolarna utgår däremot från att den omtvistade skiljenämndens behörighet grundar sig på parternas överenskommelse, det vill säga på ett skiljeavtal. Det rör sig således åtminstone inte om jurisdiktion av tvingande art.²⁵ För övrigt ingår en sådan skiljenämnd som var aktuell i domen *Achmea* inte i domstolssystemet i en medlemsstat, och av just det skälet inleddes ett skiljeförfarande.²⁶ Skiljenämnden i det nationella målet ingår följaktligen inte heller i unionens domstolssystem och kan i synnerhet inte hänskjuta en fråga till EU-domstolen, om den är osäker på hur unionsrätten ska tolkas.²⁷

37. EU-domstolen har regelmässigt dragit slutsatsen att unionsrättens autonomi äventyras genom att en instans utanför unionens system tolkar unionsrättsliga bestämmelser.²⁸ Denna risk skulle vara liten om skiljenämnden – så som tydligen var fallet i förevarande mål²⁹ – framför allt tillämpade bestämmelserna i ett internationellt avtal mellan medlemsstaterna avseende investeringsskydd.³⁰ Och till skillnad från vad Polen har gjort gällande tillämpade skiljenämnden, trots den grundläggande betydelse som proportionalitetsprincipen har i unionsrätten, inte heller denna princip som en del av unionsrätten, utan på grund av att den också gäller i andra rättsordningar och särskilt på området internationellt skydd för investeringar.³¹

38. Tyskland och Frankrike har emellertid helt riktigt förklarat att skiljenämnden enligt investeringsavtalet i princip var skyldig att beakta unionsrätten som en del av den nationella rätten. Det finns emellertid framför allt en risk för att skiljenämnden fattar beslut som *i slutändan* leder till en överträdelse av unionsrätten.

39. Det kan således i det nu aktuella fallet inte uteslutas att skiljenämnden felbedömde de polska banktillsynsskyldigheterna enligt motsvarande direktiv. Det kan också befaras att den polska banktillsynsmyndigheten och även myndigheter i andra medlemsstater beaktar en skiljenämnds beslut vid framtida tillämpning av denna unionsbestämmelse, särskilt om EU-domstolen ännu inte har uttalat sig i frågan. Skiljedomens nämligen utgöra prejudikat och leda till att andra investerare tillerkänns skadestånd i liknande fall.

²² Dom av den 17 oktober 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383, punkterna 7–9).

²³ Dom av den 12 juni 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, punkterna 28–34).

²⁴ Beslut av den 13 februari 2014, *Merck Kanada* (C-555/13, EU:C:2014:92, punkterna 19–25).

²⁵ Se dom av den 23 mars 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punkt 11), och dom av den 27 januari 2005, *Denuit och Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69, punkt 13).

²⁶ Dom av den 6 mars 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, punkt 45).

²⁷ Dom av den 23 mars 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punkterna 11–13), och dom av den 1 juni 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punkt 34).

²⁸ Yttrande 1/91 (EES-avtalet – I) av den 14 december 1991 (EU:C:1991:490, punkterna 34 och 35), yttrande 2/13 (unionens anslutning till Europakonventionen) av den 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punkterna 184 och 223–231), och yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada) av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punkterna 123–126), samt dom av den 6 mars 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, punkterna 40–42).

²⁹ Spanien har dock helt riktigt påpekat att skiljenämnden, när dess behörighet fastställdes, tolkade artikel 344 FEUF i strid med den senare domen av den 6 mars 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158) (*Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland* (V 2014/163, punkterna 314 och 315)).

³⁰ Se yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada) av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punkterna 121–123).

³¹ Se, till exempel, De Brabandere, E., & da Cruz, P. B. M. (2020). The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective, *Nordic Journal of International Law*, 89(3–4), sidorna 471–491.

40. Det är riktigt att både risken för en överträdelse av unionsrätten och risken för en avvikande tolkning skulle kunna begränsas eller till och med uteslutas, om de nationella domstolarna gjorde en fullständig prövning av att unionsrätten beaktas i skiljedomar – eventuellt efter det att ett förfarande för förhandsavgörande genomförts.

41. I Sverige föreskrivs i 33 § första stycket 1 skiljeförfarandelagen att en skiljedom är ogiltig om den innefattar prövning av en fråga som enligt svensk lag inte får avgöras av skiljemän. En skiljedom är enligt 33 § första stycket 2 dessutom ogiltig om den eller det sätt på vilket den tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige. Ogiltighetsgrunderna ska beaktas ex officio av domstolen. Frågan i vad mån dessa bestämmelser gör det möjligt att säkerställa att unionsrätten i stor utsträckning iakttas kan endast de svenska domstolarna bedöma. Vid första påseendet rör det sig emellertid endast om en mycket begränsad kontroll enligt *ordre public*, vilket också motsvarar hovrättens prövningskriterium i det nationella målet.³²

42. Ett erkännande av individuella skiljeavtal mellan medlemsstater och investerare från andra medlemsstater innebär således en risk för att skiljenämnderna åsidosätter unionsrätten i den mån de nationella domstolarna inte kan kräva att unionsrätten beaktas i skiljedomar.

B. Rättspraxis avseende kommersiella skiljeförfaranden

43. EU-domstolen har dock åtminstone underförstått medgett att vissa tvister löses genom skiljeförfaranden och därvid godtagit en begränsad kontroll av att unionsrätten iakttas. Så är fallet med så kallade kommersiella skiljeförfaranden.

44. I domen Nordsee slog domstolen visserligen beträffande ett skiljeförfarande först fast att parterna i ett avtal inte kan frångå unionsrätten, eftersom det är av vikt att denna respekteras till fullo inom medlemsstaternas territorium. Domstolen underströk i detta sammanhang att de nationella domstolarna får pröva frågor om unionsrätten vilka uppkommer under ett skiljeförfarande, varför de i förekommande fall ska hänskjuta dessa frågor till domstolen.³³ Detta resonemang kan förstås på så sätt att de nationella domstolarna är skyldiga att göra en fullständig prövning av att unionsrätten beaktas i skiljeförfaranden.

45. Senare har domstolen dock i domen Eco Swiss erkänt att kraven på skiljeförfarandets effektivitet motiverar att prövningen av skiljedomar är av begränsad karaktär och att ogiltigförklaring av en dom inte kan erhållas, eller godkännande förvägras, annat än i undantagsfall. De nationella domstolarna ska dock säkerställa att grundläggande bestämmelser beaktas som är oundgängliga för att de uppgifter som unionen har anförtrotts ska kunna utföras och i synnerhet för att den inre marknaden ska kunna fungera.³⁴

³² Se dom från Svea hovrätt av den 22 februari 2019, Polen/PL Holdings (T 8538–17 och T 12033–17, sidorna 48 och 49 i den engelska översättningen).

³³ Dom av den 23 mars 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punkterna 14 och 15).

³⁴ Dom av den 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punkt 35 och följande punkter). Se även dom av den 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punkt 35), och dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkt 54).

46. Enligt båda synsätten är det således möjligt att vända sig till skiljenämnder, trots att dessa inte kan säkerställa en korrekt och enhetlig tillämpning av unionsrätten genom en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. Den senare domen innebär till och med att unionsrätten åsidosätts genom skiljedomar, om bestämmelserna i fråga inte är av grundläggande karaktär.

47. I domen Achmea avgränsas det kommersiella skiljeförfarandet mellan enskilda, som är tillåtet enligt denna praxis, från det otillåtna skiljeförfarandet mellan en enskild och en medlemsstat på grundval av avtal om främjande och skydd av investeringar, genom att det förra förfarandet är baserat på partsautonomi, medan det senare följer av ett avtal mellan medlemsstater.³⁵

48. Enligt vad PL Holding, Luxemburg, Finland och Sverige har anfört skulle denna åtskillnad möjliggöra ett individuellt skiljeavtal mellan en investerare och en medlemsstat. Även ett sådant avtal grundar sig nämligen på partsautonomin i skiljeförfarandet. I ett sådant fall skulle det vara tillåtet att begränsa de nationella domstolarnas kontroll av skiljedomens i ärenden avseende investeringsskydd till iakttagandet av grundläggande unionsrättsliga bestämmelser.

49. Jag delar emellertid Italiens uppfattning att en sådan avgränsning inte kan göras enbart med hänvisning till partsviljan.

50. Generaladvokaten Szpunar förstod i stället nyligen avgränsningen enligt domen Achmea i förhållande till kommersiella skiljeförfaranden på så sätt att domen Achmea endast utesluter att medlemsstater systematiskt undandrar unionsrättsliga tvister från unionens domstolssystem genom ett förhandsåtagande.³⁶ Det aktuella skiljeavtalet skulle också tillåta en sådan tolkning.

51. Denna uppfattning övertygar varken mig eller de flesta deltagare i rättegången. Varför skulle medlemsstater ha rätt att i enskilda fall undandra unionsrättsliga tvister från unionens domstolssystem, om de inte får göra något förutsebart allmänt åtagande av detta slag? Utöver riskerna i fråga om en enhetlig tillämpning av unionsrätten finns det dessutom risk för att olika investerare behandlas olika.³⁷

52. Argumentet om partsautonomi och utövandet av fri vilja använde EU-domstolen däremot uttryckligen enbart med avseende på *kommersiella skiljeförfaranden*. Dessa avser tvister mellan jämbördiga parter. I sådana tvister grundar sig inte bara överenskommelsen om förlikning, utan även det omtvistade rättsliga förhållandet, på parternas självständiga vilja.

53. Redan i samband med skiljeförfaranden i konsumentärenden, som åtminstone i faktiskt hänseende inte längre kännetecknas av ett jämbördigt förhållande, kräver domstolen en fullständig prövning ex officio av frågan huruvida skiljeavtalet över huvud taget är giltigt.³⁸

54. Såsom Polen, Italien, Ungern, Nederländerna, Slovakien och kommissionen har påpekat är det nationella målet däremot inte någon horisontell kommersiell tvist, utan det avser de polska myndigheternas utövande av offentliga maktbefogenheter. Om en enskild part är föremål för

³⁵ Dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkt 55).

³⁶ Förslag till avgörande i målet Republiken Moldavien (C-741/19, EU:C:2021:164, punkterna 61 och 62).

³⁷ Se även punkt 66 och följande punkter nedan.

³⁸ Dom av den 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punkt 39), och dom av den 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, punkt 59), samt beslut av den 16 november 2010, Pohotovost (C-76/10, EU:C:2010:685, punkt 54).

myndighetsutövning – tillsyn över banker i det nu aktuella fallet – kan det åtminstone inte vara tal om dennes fria vilja. Redan av den anledningen förefaller det osannolikt att en medlemsstat därefter av fri vilja ingår ett skiljeavtal med den enskilda parten om denna åtgärd.

55. Framför allt får medlemsstaterna emellertid inte undandra tvister i samband med myndigheters tillämpning av unionsrätten från unionens domstolssystem.³⁹

56. Enligt principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU ankommer det på samtliga myndigheter i medlemsstaterna att inom ramen för sin behörighet säkerställa att unionsrätten efterlevs.⁴⁰ I artikel 344 FEUF konkretiseras denna skyldighet för medlemsstaterna.⁴¹ Den är inte begränsad till att grundläggande bestämmelser iakttas utan avser *alla* bestämmelser i unionsrätten.

57. Unionen själv och dess medlemsstater liksom medlemsstaterna sinsemellan är således bundna genom ett strukturerat nätverk av principer, regler och rättsförhållanden vilket motiverar unionsrättens autonomi i förhållande till såväl medlemsstaternas nationella rätt som till folkrätten.⁴²

58. Enskilda parter som frivilligt underkastar sig kommersiella skiljeförfaranden omfattas inte av dessa skyldigheter. I synnerhet gäller artikel 344 FEUF inte för tvister mellan enskilda.⁴³ Trots risken för att unionsrätten åsidosätts är det därför logiskt att tillåta skiljeförfaranden som avser tvister mellan enskilda.

59. Däremot är det problematiskt om medlemsstaternas myndigheter i tvister rörande unionsrätten vänder sig till en skiljenämnd som varken ingår i unionens system eller omfattas av nationella domstolars fullständiga kontroll vad gäller iakttagande av unionsrätten. Det kan nämligen i så fall inte uteslutas att skiljedomen strider mot unionsrätten och unionsrättens verkan därigenom begränsas.⁴⁴

60. Överträdelser av unionsrätten till följd av ett individuellt skiljeavtal kan visserligen ge upphov till skadeståndskrav mot den berörda medlemsstaten eller bli föremål för ett fördragsbrottsförfarande.⁴⁵ Dessa former för att genomdriva unionsrätten är emellertid relativt tungrodda och kan därför inte säkerställa dess fulla verkan.

61. EU-domstolen godtar risken för att unionsrätten åsidosätts om skiljeförfarandet grundar sig på ett avtal mellan unionen och tredjeländer⁴⁶ eller på tidigare avtal som fortfarande har verkan enligt artikel 351 FEUF och som medlemsstaterna ingått med *tredjeländer* innan de anslöt sig till unionen.⁴⁷ Däremot har unionsrätten företräde framför internationella avtal som ingås mellan

³⁹ Kommissionen har för övrigt förklarat att svenska myndigheters myndighetsutövning enligt svensk rätt inte får undandras från de statliga domstolarna. Enligt likvärdighetsprincipen är svenska domstolar skyldiga att tillämpa denna bestämmelse också på andra medlemsstaters myndighetsutövning, i den mån dessa stöder sig på unionsrätten.

⁴⁰ Dom av den 12 juni 1990, Tyskland/kommissionen (C-8/88, EU:C:1990:241, punkt 13), dom av den 13 januari 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, punkt 20), och dom av den 4 oktober 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, punkt 64). Se även dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkterna 34 och 58).

⁴¹ Dom av den 30 maj 2006, kommissionen/Irland (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345, punkt 169).

⁴² Dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkt 33), och dom av den 10 december 2018, Wightman m.fl. (C-621/18, EU:C:2018:999, punkt 45).

⁴³ Yttrande 1/09 (inrättande av ett enhetligt system för domstolsprövning av patenttvister) av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkt 63).

⁴⁴ Se ovan, punkt 39.

⁴⁵ Utgångsläget är ett annat när det gäller yttrande 1/09 (inrättande av ett enhetligt system för domstolsprövning av patenttvister) av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkterna 86 och 87).

⁴⁶ Yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada) av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punkt 117).

⁴⁷ Dom av den 15 september 2011, kommissionen/Slovakien (C-264/09, EU:C:2011:580, punkt 32).

medlemsstaterna.⁴⁸ Det är inte heller förenligt med unionsrättens giltighet att medlemsstater ingår individuella skiljeavtal med vissa investerare avseende myndighetsåtgärder för att genomföra unionsrätten, vilka innebär en risk för att skiljedomen strider mot unionsrätten.

62. Risken för åsidosättande kan emellertid avhjälpas om medlemsstaternas domstolar inte enbart kontrollerar att grundläggande bestämmelser i unionsrätten iakttas i skiljedomen, utan gör en fullständig prövning av att unionsrätten iakttas och begär ett förhandsavgörande från EU-domstolen, om detta är nödvändigt.

63. Såsom jag har förklarat ovan är det tveksamt om en sådan kontroll säkerställs genom svensk rätt.⁴⁹ Den svenska hovrätten har i varje fall i strid med vad PL Holding har gjort gällande *inte* gjort någon fullständig prövning av huruvida skiljedomen är förenlig med unionsrätten, utan endast uteslutit att grundläggande skyldigheter åsidosatts. Den begränsade sig härvid till frågan huruvida skiljeavtalet var förenligt med unionsrätten, men uttalade sig inte om de relevanta kraven i fråga om banktillsyn enligt unionsrätten.⁵⁰

64. Medlemsstaternas immunitet enligt folkrätten, vilken Frankrike har framhållit, utgör inte heller hinder för en fullständig kontroll. Staters immunitet mot domstolsprövning utesluter visserligen i princip att en stats myndighetsåtgärder prövas av domstolarna i andra stater.⁵¹ En stat som underkastar sig ett skiljeförfarande har emellertid redan avstått från denna immunitet i den mån det i nationell rätt som gäller på den plats där skiljenämnden har sitt säte föreskrivs att skiljedomen och de omtvistade myndighetshandlingarna ska prövas.

65. Följaktligen är individuella skiljeavtal mellan medlemsstater och investerare från andra medlemsstater avseende myndigheters tillämpning av unionsrätten förenliga med skyldigheten till lojalt samarbete enligt artikel 4.3 FEUF och unionsrättens autonomi enligt artiklarna 267 och 344 FEUF endast om medlemsstaternas domstolar kan göra en fullständig prövning av huruvida skiljedomen är förenlig med unionsrätten, för den händelse detta är nödvändigt efter en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF.

C. Likabehandling

66. Kommissionen har dessutom helt riktigt betonat alla investerares rätt till likabehandling vid genomförandet av unionsrätten.

67. Likabehandlingsprincipen är en allmän unionsrättslig princip som fastställts i artikel 20 i stadgan om de grundläggande rättigheterna. Enligt denna princip får lika situationer inte behandlas olika och olika situationer får inte behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. En skillnad i behandling är berättigad då den är grundad på ett objektivt

⁴⁸ Dom av den 27 februari 1962, kommissionen/Italien (10/61, EU:C:1962:2, punkt 22), dom av den 27 september 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, punkterna 21 och 22), och dom av den 20 maj 2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, punkt 37), samt, för ett liknande resonemang, dom av den 6 mars 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punkt 58).

⁴⁹ Se ovan, punkt 41.

⁵⁰ Dom från Svea hovrätt av den 22 februari 2019, Polen mot PL Holdings (T 8538-17 och T 12033-17, sidorna 48 och 49 i den engelska översättningen).

⁵¹ Se Internationella domstolens dom av den 3 februari 2012, Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)), C.I.J. Recueil 2012, s. 99, punkterna 55–61).

och skäligt kriterium, det vill säga då den hänger samman med ett laga ändamål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen, och skillnaden står i proportion till det mål som eftersträvas genom behandlingen i fråga.⁵²

68. Om vissa investerare hänvisas till nationella domstolar vid tvister med medlemsstaten, medan andra kan vända sig till en skiljenämnd, är det fråga om skillnad i behandling.

69. Om denna skillnad i behandling – *i motsats till* vad som är fallet i förevarande mål – följer av ett investeringsavtal kan den eventuellt motiveras av att avtalet syftar till att finna en balans mellan de båda parternas berättigade intressen.⁵³ Liknande överväganden kan också motivera skiljedoms klausuler som avtalas mellan en medlemsstat och en internationell investerare som ett villkor för investeringen eller av en medlemsstat i samband med ett horisontellt rättsligt förhållande.

70. Däremot är det svårt att föreställa sig att en medlemsstat kan ha ett berättigat syfte som motiverar att ett skiljeavtal ingås med vissa investerare om en tvist som redan har uppkommit, medan andra hänvisas till de nationella domstolarna.

71. I slutändan ankommer det emellertid på den nationella domstolen att kontrollera att skillnaden i behandling är motiverad.⁵⁴ I förevarande mål räcker det att påpeka att individuella skiljeavtal mellan medlemsstater och investerare från andra medlemsstater avseende myndigheters tillämpning av unionsrätten också måste vara förenliga med likabehandlingsprincipen enligt artikel 20 i stadgan.

D. Skiljeavtalets form

72. För att skiljeavtalet ska anses vara oförenligt med unionsrätten saknar det enligt ovanstående överväganden betydelse huruvida det har ingåtts genom att svaranden gått i svaromål utan invändning. Jag kommer därför endast att undersöka betydelsen av denna form för den händelse domstolen har en annan uppfattning vad gäller de frågor som jag har behandlat ovan.

73. Jag vill inledningsvis understryka att ett erkännande av sådana skiljeavtal kan ha avsevärd praktisk betydelse under en viss tid. Man kan nämligen utgå från att det bland dessa finns många anhängiggjorda skiljeförfaranden och omtvistade skiljedomar mellan medlemsstater och investerare från andra medlemsstater som berörs, där medlemsstaterna i fråga inte i rätt tid har gjort gällande invändningar om att avtalet om främjande och skydd av investeringar inte är förenligt med unionsrätten.⁵⁵

⁵² Dom av den 17 oktober 2013, Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, punkterna 76 och 77), och dom av den 3 februari 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, punkt 95).

⁵³ Dom av den 5 juli 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, punkt 62). Se även yttrande 1/17 (övergripande avtal om ekonomi och handel mellan EU och Kanada) av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punkt 169). Se även dom av den 27 september 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, punkt 23).

⁵⁴ Dom av den 3 februari 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, punkt 97).

⁵⁵ Se, till exempel, Vattenfall AB m.fl. mot Tyskland (kärnenergi), Decision on the Achmea Issue, av den 31 augusti 2018 (ICSID Case No. ARB/12/12, punkt 18). Parterna tycks emellertid nyligen ha förlikats i det målet (förbundsregeringen: regeringens presskonferens den 5 mars 2021, Vattenfall, pressmeddelande av den 5 mars 2021).

74. På medellång sikt kan det däremot förväntas att berörda medlemsstater kommer att göra denna invändning i rätt tid,⁵⁶ om investerare över huvud taget inleder skiljeförfaranden i detta avseende.

75. Denna praktiska aspekt visar att erkännande av sådana skiljeavtal genom svaromål utan invändning i viss mån skulle begränsa rättsverkningarna i tiden av domen Achmea, nämligen när det gäller vissa skiljeförfaranden som redan anhängiggjorts vid denna tidpunkt, trots att domstolen inte tog upp någon sådan begränsning i den domen. Om ovan nämnda överväganden emellertid inte övertygar EU-domstolen om att det är tveksamt om det nu aktuella skiljeförfarandet är förenligt med unionsrätten, har verkan av domen Achmea inte heller någon avgörande betydelse vad gäller skiljeavtalets form.

76. Rent generellt finns det – till skillnad från Tysklands och Frankrikes uppfattning – ingen bestämmelse i unionsrätten som förbjuder medlemsstaterna att ingå ett skiljeavtal genom att gå i svaromål utan invändning.

77. Såsom PL Holdings har gjort gällande erkänns tvärtom konceptet med behörighet grundad på att svaren går i svaromål i olika bestämmelser i unionsrätten som inte är tillämpliga i det nu aktuella fallet.⁵⁷ Frankrike har visserligen förklarat att EU-domstolen i konsumentärenden, trots försummade invändningar, ålägger domstolarna en skyldighet att ex officio pröva en skiljedomsklausuls verkan.⁵⁸ Det finns dock inget behov av att skydda medlemsstaterna på detta sätt i skiljeförfaranden. Man kan snarare utgå från att dessa har professionella ombud och därför har tillräckliga möjligheter att framföra invändningar i rätt tid.

78. Eftersom ovanstående fråga således inte regleras i unionsrätten för det nu aktuella fallet saknar skiljeavtalets form betydelse när det gäller dess förenlighet med unionsrätten.

79. Vid de nationella domstolarna torde däremot den reglering av skiljeorgan som Sverige har framhållit ha desto större betydelse. Både i UNCITRAL⁵⁹ och i ICSID⁶⁰ föreskrivs att de berörda personerna inte längre får åberopa invändningar som de inte omedelbart har framfört. Ungern har emellertid understrukit att konventionsstaterna när ICSID-konventionen förhandlades fram utgick från att skiljenämndens behörighet ska fastställas redan när den inrättas och inte kan regleras i efterhand.⁶¹

⁵⁶ Den 5 maj 2020 undertecknade 23 medlemsstater avtalet om upphävande av bilaterala investeringsavtal mellan unionens medlemsstater (EUT L 169, 2020, s. 1).

⁵⁷ Se, till exempel, artikel 5 i rådets förordning (EG) nr 4/2009 av den 18 december 2008 om domstols behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt samarbete i fråga om underhållsskyldighet (EUT L 7, 2009, s. 1), eller artikel 26 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EUT L 351, 2012, s. 1). Se även dom av den 14 december 1995, van Schijndel och van Veen (C-430/93 och C-431/93, EU:C:1995:441, punkt 21), och dom av den 27 februari 2014, Cartier parfums-lunettes och Axa Corporate Solutions assurances (C-1/13, EU:C:2014:109, punkterna 34 och 36 och där angiven rättspraxis).

⁵⁸ Se dom av den 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punkterna 36–39).

⁵⁹ Artikel 4 i Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

⁶⁰ ICSID Convention – artiklarna 27 och 41, Rules of Procedure for Arbitration.

⁶¹ Ungern har i detta avseende hänvisat till Christoph H. Schreuer (et al.), *The ICSID Convention – A Commentary* (Cambridge University Press, andra upplagan, 2009), artikel 25, punkt 481. Se även punkt 498.

E. Begränsning av rättsverkningarna i tiden

80. PL Holdings har slutligen begärt att domens rättsverkningar i tiden ska begränsas i förevarande mål, om EU-domstolen förklarar att individuella skiljeavtal är oförenliga med unionsrätten. Åtminstone redan anhängiggjorda skiljeförfaranden, och således i synnerhet avslutade skiljeförfaranden, bör inte påverkas, enligt PL Holdings.

81. Den tolkning som domstolen gör av en unionsrättslig bestämmelse, vid utövandet av sin behörighet enligt artikel 267 EG, klargör och preciserar innebörden och räckvidden av denna bestämmelse, såsom den ska eller skulle ha tolkats och tillämpats från och med sitt ikraftträdande.⁶² Det är endast i undantagsfall som domstolen, med tillämpning av den allmänna rättssäkerhetsprincip som ingår i unionens rättsordning, kan se sig föranledd att begränsa berörda personers möjlighet att åberopa en av domstolen tolkad bestämmelse i syfte att ifrågasätta rättsförhållanden som har tillkommit i god tro. En sådan begränsning är endast tillåten om två väsentliga kriterier är uppfyllda, nämligen att de berörda har handlat i god tro och att det föreligger en risk för allvarliga störningar.⁶³

82. Ett villkor för det svar på begäran om förhandsavgörande som här föreslås är emellertid endast att en omfattande rättslig kontroll görs av huruvida unionsrätten iakttas i skiljedomen. De berörda goda tro kan emellertid inte avse en förväntan om att unionsrätten inte kommer att tillämpas fullt ut. Redan av den anledningen får rättsverkningarna i tiden inte begränsas.

83. En begränsning av rättsverkningarna i tiden är dessutom endast möjlig i den dom genom vilken beslut meddelas beträffande den begärda tolkningen. Rättsverkningarna i tiden av den begärda tolkning som domstolen gör av en unionsrättslig bestämmelse kan nämligen med nödvändighet endast fastställas vid ett enda tillfälle. I detta hänseende säkerställs, genom principen att en begränsning endast kan tillåtas i den dom varigenom den begärda tolkningen meddelas, att medlemsstaterna och de enskilda behandlas lika i förhållande till unionsrätten, och därigenom uppfylls de krav som följer av rättssäkerhetsprincipen.⁶⁴

84. I det nu aktuella fallet framgår de väsentliga riktlinjerna redan av domen Achmea, vars rättsverkningar i tiden inte begränsades av domstolen. Om skiljeavtal tilläts i obegränsad omfattning på grundval av invändningar som har framställts för sent beträffande skiljenämndens behörighet skulle denna dom dessutom tillfälligt förlora sin ändamålsenliga verkan.⁶⁵ Även av den anledningen är en begränsning av rättsverkningarna i tiden av den dom som kommer att meddelas i förevarande mål inte möjlig.

⁶² Dom av den 6 mars 2007, Meilicke m.fl. (C-292/04, EU:C:2007:132, punkt 34), och dom av den 23 april 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, punkt 54).

⁶³ Dom av den 6 mars 2007, Meilicke m.fl. (C-292/04, EU:C:2007:132, punkt 35), och dom av den 23 april 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, punkt 56).

⁶⁴ Dom av den 6 mars 2007, Meilicke m.fl. (C-292/04, EU:C:2007:132, punkterna 36 och 37), och dom av den 23 april 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, punkt 57).

⁶⁵ Se ovan, punkt 73.

V. Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar enligt följande:

Individuella skiljeavtal mellan medlemsstater och investerare från andra medlemsstater avseende myndigheters tillämpning av unionsrätten är förenliga med skyldigheten till lojalt samarbete enligt artikel 4.3 FEUF och unionsrättens autonomi enligt artiklarna 267 och 344 FEUF endast om medlemsstaternas domstolar kan göra en fullständig prövning av huruvida skiljedomen är förenlig med unionsrätten, för den händelse detta är nödvändigt efter en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. Sådana skiljeavtal ska dessutom vara förenliga med likabehandlingsprincipen enligt artikel 20 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.