



SVEA HOVRÄTT
Avdelning 02
Rotel 020108

DOM
2025-01-31
Stockholm

Mål nr
T 5378-21
T 5288-21

PARTER

Kärande i mål nr T 5378-21 och svarande i mål nr T 5288-21

1. Bordo Management Limited
71 Petrou Tsirou Swepeco Court Naafi
Limassol
Cypern

2. Bridgemont Ventures Limited
7 Agamemnonos
4180 Ypsonas
Limassol
Cypern

3. Littop Enterprises Limited
6 A Faidras
3048 Zakaki
Limassol
Cypern

Ombud för 1–3: Advokaterna Jakob Ragnwaldh, David Sandberg och Emelie Jivegård
samt jur.kand. Anna Liliebäck och Julia Andersson
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

Svarande i mål nr T 5378-21 och kärande i mål nr T 5288-21

Staten Ukraina
Ministry of Justice of Ukraine
13, Horodeskogo str.
Kyiv 01001
Ukraina

Ombud: Advokaterna Therese Isaksson, Maria Fogdestam Agius, Olof Olsson och
Tom Sundin samt jur.kand. Victoria Ribbnäs
Westerberg & Partners Advokatbyrå AB
Box 3101
103 62 Stockholm

Dok.Id 2119489

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

SAKEN

Talan om ändring av skiljedom meddelad den 4 februari 2021 i Stockholm

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten ogillar Bordo Management Limiteds, Bridgemont Ventures Limiteds och Littop Enterprises Limiteds käromål.
 2. Hovrätten ändrar skiljedomen den 4 februari 2021 i Stockholms Handelskammare Skiljedomsinstituts mål nr. V2015/092 på så sätt att Bordo Management Limited, Bridgemont Ventures Limited och Littop Enterprises Limited förpliktas att solidariskt ersätta staten Ukraina för kostnader i skiljeförfarandet med 18 927 177,62 amerikanska dollar samt ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 4 februari 2021 till dess betalning sker. Av beloppet avser 16 400 000 amerikanska dollar ombudsarvode och 2 527 177,62 amerikanska dollar utlägg.
 3. Bordo Management Limited, Bridgemont Ventures Limited och Littop Enterprises Limited ska solidariskt ersätta staten Ukraina för rättegångskostnad i mål nr T 5378-21 med 2 669 131 amerikanska dollar samt ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker. Av beloppet avser 2 600 000 amerikanska dollar ombudsarvode.
 4. Bordo Management Limited, Bridgemont Ventures Limited och Littop Enterprises Limited ska solidariskt ersätta staten Ukraina för rättegångskostnad i mål nr T 5288-21 med 549 674 amerikanska dollar och 2 800 kronor samt ränta på beloppen enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker. Av beloppen avser 543 916 amerikanska dollar ombudsarvode.
-

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

HOVRÄTTENS DOMSLUT	2
BAKGRUND.....	6
YRKANDEN OCH INSTÄLLNING.....	7
SAMMANFATTADE GRUNDER.....	8
T 5378-21.....	8
LBB	8
Ukraina.....	9
T 5288-21.....	11
Ukraina.....	11
LBB	12
PARTERNAS TALAN.....	13
T 5378-21.....	13
LBB	13
<i>Investering enligt ECT – frågan om en sådan förekomst</i>	13
<i>Frågan om påståendedoktrinen borde ha tillämpats.....</i>	14
<i>Anklagelser om mutor och korruption.....</i>	15
<i>Möjlighet att neka förmåner enligt artikel 17(1) ECT.....</i>	19
Ukraina.....	20
<i>Investering enligt ECT – frågan om en sådan förekomst</i>	20
<i>Frågan om påståendedoktrinen borde ha tillämpats.....</i>	22
<i>Investering enligt ECT – frågan om traktatbrott under perioder då ägandet är tvistigt</i>	22
<i>Anklagelser om mutor och korruption.....</i>	23
<i>Möjlighet att neka förmåner enligt artikel 17(1) ECT.....</i>	28
T 5288-21.....	29
Ukraina.....	29
<i>Frågan om vilken parts processföring som orsakat förseningar i skiljeförfarandet</i>	30
<i>LBB:s kritik mot Ukrainas processföring</i>	32
<i>Kostnader som Ukraina vållats på grund av LBB:s processföring</i>	34

LBB	34
<i>Tillämpliga regelverk</i>	34
<i>Delfrågor som Ukraina förlorat</i>	35
<i>Förseningar orsakade av Ukrainas processföring</i>	36
<i>Obstruktioner i Ukrainas processföring</i>	38
<i>Ukrainas kritik mot LBB:s processföring</i>	41
<i>Skäligheten i Ukrainas rättegångskostnad i skiljeförfarandet</i>	42
UTREDNINGEN	43
HOVRÄTTENS DOMSKÄL	43
T 5378-21	44
Ramen för hovrättens prövning	44
Innebörden av några av de begrepp som används i skiljedomen.....	45
Några utgångspunkter vid traktatolkning	47
Kunde skiljenämnden avvisa LBB:s talan med stöd av artikel 17(1) ECT?	48
<i>Den reglering i ECT som är central för detta avsnitt</i>	48
<i>Gjorde skiljenämnden rätt som hanterade artikel 17(1) som en behörighetsfråga?</i>	49
<i>Sammanfattning</i>	53
Kunde skiljenämnden avvisa LBB:s talan på grund av korruption?.....	53
<i>Den reglering i ECT som är central för detta avsnitt</i>	53
<i>Vad ingår i hovrättens prövning i denna del?</i>	54
<i>Finns det ett underförstått laglighetskrav i ECT?</i>	56
<i>Kan LBB:s talan avvisas med hänvisning till internationell rätt?</i>	57
<i>Vilken innebörd har ordre public?</i>	58
<i>Finns ett krav att avvisa en talan kopplad till korruption i internationell ordre public?</i>	59
<i>Finns en avvisningsgrund i en internationellt erkänd princip om rena händer?</i>	61
<i>Sammanfattning</i>	62
Kunde skiljenämnden avvisa LBB:s talan på grund av att investering inte visats?.....	63
<i>Den reglering i ECT som är central för detta avsnitt</i>	63
<i>Skiljenämndens bedömning i denna del</i>	64
<i>När uppkommer ett skiljeavtal enligt ECT och ska påståendedoktrinen tillämpas?</i>	65
<i>Innehåller ECT krav på vederlag m.m. för att en investering ska föreligga?</i>	67
<i>Har LBB visat att bolagen gjort en investering när de övertog Ukrnaftaaktier?</i>	71
<i>Sammanfattning</i>	77
Vilken betydelse har det att skiljenämnden avvisade Bordos talan på annan grund?.....	78

Sammanfattning av hovrättens slutsatser	78
Frågan om rättegångskostnader i hovrätten.....	79
T 5288-21.....	81
Har hovrättens bedömningar i T 5378-21 betydelse för prövningen av mål T 5288-21? .81	
Är hovrättens prövning begränsad på något sätt?.....	81
Finns det en huvudregel för fördelningen av kostnaderna i skiljeförfarandet?	82
Vilka omständigheter kan motivera att huvudregeln frångås?	83
Finns det några omständigheter som motiverar att huvudregeln frångås?	83
<i>Har det betydelse för kostnadsfördelningen att Ukraina tappade vissa delfrågor?</i>	<i>83</i>
<i>Har Ukrainas eller LBB:s processföring varit illojal och ineffektiv på ett sådant sätt att det påverkar kostnadsfördelningen?</i>	<i>85</i>
<i>Har Ukrainas processföring varit obstruktiv på ett sådant sätt att det påverkar kostnadsfördelningen?</i>	<i>88</i>
<i>Har Ukraina eller LBB orsakat sådana förseningar i skiljeförfarandet att det påverkar kostnadsfördelningen?</i>	<i>89</i>
<i>Sammanfattning</i>	<i>91</i>
Är den ersättning som Ukraina begärde i skiljemålet skälig?	91
Har Ukraina rätt till ränta på kostnaderna i skiljeförfarandet?	92
Sammanfattning av hovrättens slutsatser	93
Frågan om rättegångskostnader i hovrätten.....	94
Ska domen få överklagas?	95
HUR MAN ÖVERKLAGAR, SE BILAGA A.....	95

BAKGRUND

Littop Enterprises Limited (Littop), Bridgemont Ventures Limited (Bridgemont) och Bordo Management Limited (Bordo – alla tre i det följande gemensamt benämnda LBB) är bolag registrerade på Cypern. Igor Kolomoisky har uppgett att han och Gennadiy Bogoliubov (i det följande ibland gemensamt benämnda de verkliga huvudmännen) är verkliga huvudmän för ca 30 procent vardera av aktierna i LBB. Kolomoisky och Bogoliubov förvärvade en minoritetsandel om ca 40 procent i det ukrainska olje- och gasbolaget Ukrnafta mellan åren 1999 och 2002. I vilken mån LBB ägt aktier i Ukrnafta är en tvistefråga i målet.

LBB påkallade den 30 juni 2015 ett skiljeförfarande vid Stockholms Handelskammarens skiljedomsinstitut (SCC) mot Ukraina. För skiljeförfarandet gällde SCC:s skiljedomsregler antagna den 1 januari 2010 (SCC-reglerna). I ett handläggningsbeslut (nr 1) den 5 februari 2016 beslutade skiljenämnden vidare att nämnden skulle vägledas av 2010 års version av IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (IBA-reglerna).

LBB gjorde i skiljeförfarandet gällande att Ukraina i strid med Energistadgefördraget (ECT) vidtagit åtgärder som påverkat värdet av deras aktieinnehav i Ukrnafta. Bolagen yrkade därför bl.a. ersättning av Ukraina med 6,018 miljarder amerikanska dollar (USD). Utöver att bestrida kravet i sak yrkade Ukraina att LBB:s talan skulle avvisas. Till stöd för yrkandet om avvisning anfördes åtta olika grunder.

Genom en skiljedom den 4 februari 2021, som meddelades i Stockholm, avvisade skiljenämnden LBB:s talan. Skiljenämnden prövade tre av Ukrainas åtta grunder för avvisning och kom fram till att var och en av dessa utgjorde grund för att avvisa talan.

Tvisten i hovrätten (mål nr T 5378-21) gäller om skiljenämnden gjorde rätt när den avvisade LBB:s talan på de tre grunder som prövades. De övriga grunderna för avvisning som framfördes i skiljeförfarandet är inte föremål för hovrättens prövning.

Skiljenämndens beslut i aktuell del har följande lydelse.

- i. The Tribunal declines jurisdiction over Claimants' claims in this Arbitration on the following grounds:*
 - (a) Claimants Littop and Bridgemont did not have an investment as required under Article 1(6) ECT at the time this Arbitration was commenced;*
 - (b) Claimants' alleged investment in Ukraine, including their conduct in obtaining and maintaining management control of Ukrnafta, is tainted by bribery and corruption and violates international public policy; and*
 - (c) Respondent validly invoked Article 17(1) ECT to deny Claimants the benefits of Part III ECT.*

När det gällde kostnadsfördelningen parterna emellan förordnade skiljenämnden att parterna skulle svara för sina egna kostnader i anledning av skiljeförfarandet. Även avseende kostnadsfördelningen råder tvist i hovrätten (mål nr T 5288-21).

Parterna är överens om att frågan i mål nr T 5288-21 förfaller om hovrätten skulle upphäva skiljedomen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

LBB har i mål nr T 5378-21 yrkat att skiljedomen ska upphävas i dess helhet.

Ukraina har motsatt sig LBB:s yrkande. I andra hand har Ukraina menat att skiljedomen endast ska ändras eller upphävas så långt hovrätten anser att skiljenämndens behörighet sträcker sig och i övrigt bestå i förhållande till LBB:s övriga anspråk.

Ukraina har i mål nr T 5288-21 yrkat att skiljedomen ska ändras på så sätt att LBB solidariskt ska förpliktas att ersätta Ukraina dess kostnader i skiljeförfarandet om sammanlagt 22 991 374,14 USD jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för skiljedomen.

LBB har motsatt sig Ukrainas yrkande. I första hand har LBB menat att talan ska ogillas i dess helhet och i andra hand att den av Ukraina yrkade ersättningen ska sättas ned till ett skäligt belopp.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

SAMMANFATTADE GRUNDER

T 5378-21

LBB

Skiljenämnden har bedömt alla tre avvisningsgrunder felaktigt. Skiljedomen ska därför upphävas.

Skiljenämnden har felaktigt bedömt att Littop och Bridgemont vid relevant tidpunkt inte hade en investering enligt 1(6) ECT. Aktierna i Ukranafta utgör en investering i den mening som avses i nämnda artikel och LBB har ägt eller kontrollerat aktierna sedan den 16 mars 2007. Behörighet för skiljenämnden förelåg då enligt artikel 26 ECT. Den relevanta tidpunkten för bedömningen av om LBB innehaft en investering är tillfället då traktatbrotten begicks (med början den 31 januari 2008). LBB har inte under skiljeförfarandet accepterat att även tidpunkten för påkallelsen av skiljeförfarandet skulle vara relevant, som Ukraina påstått, och är – oavsett om så varit fallet – oförhindrade att i hovrätten göra gällande att tidpunkten för traktatbrotten är avgörande. LBB har i vart fall innehaft en investering vid tillfället för notifieringen om tvisten och påkallandet av skiljeförfarandet, om dessa tidpunkter skulle anses relevanta.

Skiljenämnden borde ha utgått från de rättsfakta som LBB framförde om att de hade gjort en investering och utifrån dessa prövat sin behörighet (den s.k. påstående-doktrinen). LBB:s möjlighet att åberopa påståendedoktrinen är inte, som Ukraina påstått, prekluderad.

Det finns inget krav i ECT på att investeringen ska ha gjorts i enlighet med värdstatens lagar och det finns i internationell rätt inte heller någon generell tillämplig regel eller princip enligt vilken en skiljenämnd kan neka behörighet under ECT på grund av anklagelser om mutor och korruption. Påståenden om mutor och korruption är inte en behörighetsfråga utan ska prövas som en del av prövningen i sak. Skiljenämndens beslut att avvisa LBB:s talan på denna grund har därför varit felaktig. LBB har inte utövat någon illegitim kontroll över Ukrnafta såsom Ukraina påstår och LBB har inte använts av de verkliga huvudmännen för att plundra Ukrnafta på tillgångar. LBB har inte heller vidtagit andra korrupta eller bedrägliga gärningar på det sätt som Ukraina påstått. De påstått korrupta och bedrägliga gärningarna saknar dessutom samband med anskaffningen av investeringen och föremålet för tvisten mellan LBB och Ukraina.

Skiljenämnden har felaktigt bedömt att den saknade behörighet på grund av att Ukraina ansågs ha nekat LBB förmåner enligt ECT med giltig verkan enligt artikel 17(1) ECT. Rätten att inleda ett skiljeförfarande är inte en av de förmåner som kan nekas genom ett giltigt åberopande av artikeln. Skiljenämnden skulle i stället ha hanterat frågan som en del av prövningen i sak. Artikeln kan inte åberopas för pågående traktatsbrott som är föremål för skiljeförfarande. Artikeln kan inte heller åberopas med retroaktiv effekt. För det fall att artikeln kan åberopas retroaktivt måste den i vart fall åberopas inom skälig tid. Ukraina har åberopat artikeln för sent. De materiella förutsättningarna för att åberopa artikeln är inte heller uppfyllda.

Ukraina

Skiljenämnden har korrekt avvisat LBB:s talan och skiljedomen ska därför inte upphävas.

Om domstolen skulle finna att Ukraina inte kunde åberopa artikel 17(1) ECT på ett sådant sätt att hela LBB:s talan avvisas, görs gällande att Ukraina åtminstone har haft rätt att neka LBB förmåner enligt ECT från dagen för åberopandet. Detta innebär att skiljenämndens bristande behörighet i vart fall omfattar LBB:s krav avseende alla omständigheter och händelser som inträffat från den 18 december 2015 och framåt. Skiljedomen ska därmed i andra hand inte ändras eller upphävas i sin helhet utan punkt i. (c) i domslutet kan upphävas delvis på det sättet att ”*Respondent validly invoked Article 17(1) ECT to deny Claimants the benefits of Part III from 18 December 2015*”.

Varken Littop, Bridgemont eller Bordo hade en investering enligt artikel 1(6) ECT vid relevant tidpunkt. Det påstådda aktieinnehavet (vilket i sig bestrids) uppfyller inte kraven på investering enligt artikeln och därmed inte heller kraven på investering i artikel 26 ECT.

Eftersom LBB saknade en relevant investering kunde bolagen inte med bindande verkan acceptera anbudet om skiljeavtal. En förutsättning för att skiljenämnden skulle ha varit behörig är att det förelåg ett skiljeavtal mellan parterna. Det gjorde det inte. Påståendedoktrinen kan inte användas i frågan om skiljebundenhet eller för att skapa ett skiljeavtal mellan parterna. Möjligheten att åberopa påståendedoktrinen i hovrätten är prekluderad eftersom parterna i skiljeförfarandet var överens om en annan prövningsordning och instruerade skiljenämnden att göra prövningen enligt den överenskomna ordningen.

De relevanta tidpunkterna för bedömningen av om LBB innehaft en investering är såväl vid tidpunkten för de påstådda kontraktsbrotten som vid påkallandet av skiljeförfarandet och vid datumet för notifieringen om tvisten. Med hänsyn till LBB:s acceptans under skiljeförfarandet av att även tidpunkten för påkallelsen av skiljeförfarandet var en relevant tidpunkt för bedömningen av om en investering förekommit är LBB förhindrade att göra gällande att den relevanta tidpunkten enbart skulle vara vid de påstådda traktatbrotten.

Skiljenämnden saknade enligt internationell rätt behörighet på grund av ”ordre public” eller ”unclean hands”. Det finns vidare ett underförstått laglighetskrav i ECT.

Investeringens lagstridighet berövar skiljenämnden dess behörighet på grund av att Ukraina inte samtyckt till ett skiljeförfarande med sådan grund. Lagstridigheten består i handlingar som utförts såväl av LBB i eget namn som av de verkliga huvudmännen.

Ukraina har med giltig verkan och i rätt tid åberopat artikel 17(1) ECT, som har relevans för en skiljenämnds behörighet och inte endast för dess prövning i sak, och har därmed nekat LBB förmåner enligt ECT. Artikel 17(1) ECT kan åberopas efter att ett skiljeförfarande enligt ECT har inletts och det får då verkan på alla relevanta omständigheter och händelser som inträffat före dess åberopande.

T 5288-21

Ukraina

Ukraina är att anse som fullt ut vinnande part i skiljeförfarandet och LBB är att anse som fullt ut tappande part då bolagens talan avvisats av skiljenämnden. LBB ska därför utge ersättning för Ukrainas kostnader i skiljeförfarandet.

LBB:s processföring var dessutom kostnadsdrivande. Den var ineffektiv och LBB följde inte skiljenämndens procedurorder.

LBB:s kritik mot Ukrainas processföring bestrids. Flera merkostnader som LBB påstår sig ha haft är inte sådana att de ska beaktas vid kostnadsfördelningen. Samtliga de övriga merkostnader som LBB påstått bestrids.

De kostnader som Ukraina yrkade ersättning för i skiljeförfarandet var skäligen påkallade för att tillvarata Ukrainas rättigheter i skiljeförfarandet.

LBB

Skiljenämndens rättegångskostnadsbeslut var korrekt.

Parterna har kommit överens om att SCC-reglerna ska tillämpas. Fördelningen av parternas processkostnader ska därför göras enligt artikel 44 i SCC-reglerna, enligt vilken skiljenämnden får förplikta part att betala skäligena kostnader som en annan part har haft "having regard to the outcome of the case and other relevant circumstances".

Även om LBB:s talan avvisades så är Ukraina, med avseende på flera centrala delfrågor, inte att betrakta som vinnande part.

Ukrainas processföring var vidare illojal, ineffektiv och obstruktiv samt orsakade förseningar och fördröjningar av skiljeförfarandet. Ukraina underlät vid flera tillfällen att följa skiljenämndens processuella beslut samt frister.

Ukraina fördröjde också bevisupptagningen i skiljeförfarandet. Skiljenämnden beslutade i handläggningsbeslut nr 1 att IBA-reglerna skulle tillämpas. Det följer av artikel 9.7 i IBA-reglerna att skiljenämnden kan tillämpa kostnadsfördelningen som sanktion mot en parts klandervärda agerande (dvs. när part inte agerar i "good faith") i samband med bevisupptagningen.

Allt detta genererade merkostnader för LBB om över 3,2 miljoner brittiska pund (GBP). Även om skiljenämnden inte hänvisat till Ukrainas beteende under skiljeförfarandet i sina skäl innebär det inte att nämnden inte påverkats av beteendet.

Ukrainas kritik mot LBB:s processföring bestrids.

Ukrainas kostnader för skiljeförfarandet är inte skäligena.

PARTERNAS TALAN

T 5378-21

LBB

Investering enligt ECT – frågan om en sådan förekomst

LBB förvärvade sina aktier i Ukrnafta den 16 mars 2007 och har sedan ägt aktierna fram till påkallandet av skiljeförfarandet. Under en kort period mellan den 30 oktober 2008 till den 20 mars 2009 var LBB inte registrerade ägare utan indirekta ägare av aktierna via tredje parter som förvaltade aktierna för LBB:s räkning enligt ett trustuppbygg.

Ukrainas påstående att artikel 1(6) ECT uppställer krav på vederlag, avkastning och risk för att en investering ska föreligga bestrids. LBB har under alla förhållanden erlagt vederlag i form av nyemitterade aktier i de egna bolagen (s.k. apportemission), genom att avstå från utdelningar från Ukrnafta och genom betalning för de ytterligare aktier som förvärvades 2011. LBB avstod från utdelningar i Ukrnafta genom att 70 procent av Ukrnaftas vinst för år 2009 respektive 2010 återinvesterades i Ukrnaftas verksamhet. Det sammanlagda värdet på de nyemitterade aktierna som utgjorde LBB:s betalning för aktierna i Ukrnafta var ca 681,4 miljoner cypriotiska pund. Innehavet av aktier har vidare medfört påtagande av risk för bl.a. värdeminskning. Även LBB:s krav i skiljeförfarandet visar att LBB påtog sig risk genom att investera i Ukrnafta. Genom utdelningar från Ukrnafta har LBB mottagit avkastning.

Ukraina har påstått att LBB under skiljeförfarandet accepterade att tidpunkten för påkallelsen av skiljeförfarandet var en relevant tidpunkt för innehavet av en investering. Det stämmer inte att LBB accepterade den ståndpunkten under skiljeförfarandet.

Frågan om påståendedoktrinen borde ha tillämpats

Ukraina har påstått att LBB under skiljeförfarandet gett skiljenämnden en instruktion om att pröva målet med avseende på frågan om det förekommit en investering och att skiljenämnden följt bolagens anvisningar. Detta är felaktigt. LBB har inte godtagit eller lämnat någon instruktion till skiljenämnden om att en fullständig prövning skulle ske av de omständigheter som åberopats till stöd för skiljenämndens behörighet. Skiljenämnden har tvärtom, i enlighet med påståendedoktrinen, haft att utgå från att de åberopade omständigheterna varit för handen. Den borde alltså inte ha prövat existensen av den påstådda investeringen inom ramen för behörighetsfrågan.

Investering enligt ECT – frågan om traktatbrott under perioder då ägandet är tvistigt

LBB gör gällande följande traktatbrott och följande tidpunkter för dessa.

- a) Ukraina satte lagstridiga priser på den gas som såldes av Ukrnafta. Traktatbrottet som LBB gjorde gällande i skiljeförfarandet avser i denna del Ukrainas agerande mellan den 31 januari 2008 och den 1 oktober 2015 när en ny lag gällande gasmarknaden trädde i kraft.
- b) Från den 25 april 2008 agerade Ukraina olagligt genom att använda sin kontroll över The Unified Gas Transmission System of Ukraine (GTS)/Underground Storage Facilities (UGS) för att tillägna sig Ukrnaftas gas utan avtal eller betalning.
- c) Ukraina har vid upprepade tillfällen genom olika åtgärder och genom att anta lagstiftning trotsat och försökt kringgå domstolsavgöranden från landets domstolar. Ukraina har därmed vägrat Ukrnafta att utöva de rättigheter som domstolarna har bekräftat och fastställt. Relevanta datum för domstolstrots genom åtgärder och lagstiftning är den 9 september 2008, den 28 januari 2009, den 22 april 2010, den 8 juli 2010 och den 17 juni 2013. Ukraina har trotsat

domar meddelade den 5 december 2006, den 15 mars 2007, den 24 februari 2010 och den 19 maj 2014.

- d) Ukraina har påfört Ukrnafta en avsevärd höjning av avgiften som Ukrnafta betalade för utvinning av naturgas. Traktatbrottet inträffade den 31 juli 2014, då Ukraina antog en ny lag genom vilken Ukrainas skattelagstiftning ändrades. Det ledde till en betydande höjning av avgiften för utvinning av gas.
- e) Ukraina har vidtagit riktade åtgärder för att frånta LBB deras bolagsstyrningsrättigheter i Ukrnafta. Traktatbrottet inträffade den 13 januari 2015, då Ukrainas parlament antog två nya lagar. Lagarna var avsedda att minska LBB:s bolagsstyrningsrättigheter i Ukrnafta.

Anklagelser om mutor och korruption

Samtliga Ukrainas påståenden om mutor och korruption bestrids. LBB har således inte utövat någon illegitim kontroll över Ukrnafta och bolagen har inte använts av de verkliga huvudmännen för att plundra Ukrnafta på tillgångar. LBB blev aktieägare i Ukrnafta på laglig väg. Syftet med LBB:s förvärv av aktierna i Ukrnafta var att LBB skulle äga och förvalta aktierna och bl.a. erhålla avkastning. Under en period var avsikten att en del av aktierna i LBB skulle förvärvas av Dimitri Firtash. LBB:s förvärv av aktierna i Ukrnafta var kommersiellt motiverad och genomfördes inte i syfte att etablera investeringsskydd under ECT.

Det handlande som skiljenämnden ansåg utgjorde korruption var inte kopplat till LBB:s anskaffande av investeringen eller till tvisten mellan LBB och Ukraina. Handlandet ägde rum flera år före LBB:s anskaffande av investeringen och utfördes av aktörer som inte var parter i skiljeförfarandet. Mutor och korruption som Kolomoisky och Bogoliubov påstås ha begått inom ramen för det s.k. Ukrnafta-avtalet (se nedan) påstås således ha skett åren 2003–2004 och föregick LBB:s anskaffande av aktierna i mars 2007.

Det bestrids att Kolomoisky och Bogoliubov tillskansade sig kontrollen över Ukrnafta genom korruption, mutor och bedrägeri. Det finns inga påståenden om att Kolomoiskys eller Bogoliubovs ursprungliga förvärv av aktier i Ukrnafta skedde genom korruption, mutor eller bedrägeri.

Styrelseledamöterna i Ukrnafta utnämndes tillsammans med bolagets huvudägare Naftogaz (som är statligt ägt). Det förekom inga obehöriga utnämningar.

Ett avtal ingicks mellan Victor Pinchuk och Kolomoisky och Bogoliubov den 25 januari 2003 (det s.k. Ukrnafta-avtalet). Viktor Pinchuks svärfar var den dåvarande ukrainske presidenten Leonid Kuchma. Enligt avtalet åtog sig Pinchuk att tillse att Kolomoiskys och Bogoliubovs föreslagna kandidater utsågs till ordförande i Ukrnaftas Executive Board och till fem av elva platser i Supervisory Board. Utnämningarna var varken olagliga eller korrupta. Ingen ersättning betalades till Pinchuk eller Kuchma enligt avtalet. Kolomoisky och Bogoliubov hade inte operativ kontroll över Ukrnafta och det fanns ingen överenskommelse om att Pinchuk skulle påverka Naftogaz representanter vid bolagsstämman eller påverka Supervisory Board att rösta i enlighet med Kolomoiskys önskemål.

Kolomoisky och Bogoliubov lämnade en politisk donation om 100 miljoner USD till en fond avsedd att finansiera president Kuchmas omvalskampanj. Kuchma var inte konstitutionellt förhindrad att ställa upp för omval. Donationen utgjorde inte korruption. Donationen anmäldes till ukrainska myndigheter, som inledde en utredning vilken sedermera lades ned.

Som en del av arrangemanget mellan Pinchuk, Kolomoisky och Bogoliubov ingick parterna ett avtal enligt vilket Pinchuk hade en option att köpa en tredjedel av Kolomoiskys och Bogoliubovs aktier i Ukrnafta under en begränsad period, samt en rätt att få en andel av Ukrnaftas vinst fram till november 2004 (Optionsavtalet). Optionen utnyttjades aldrig och ingen vinst betalades ut till Pinchuk.

Igor Palytsia utsågs till ordförande av Executive Board i januari 2003, men det kan varken vitsordas eller bestridas om Pinchuk, som Ukraina påstått, påverkade tillsättningsbeslutet. Det stämmer som Ukraina påstått att Palytsia tidigare hade lett ett oljeraffinaderi i vilket Kolomoisky och Bogoliubov hade ett intresse samt att Palytsia erbjöds en option i Kolomoiskys och Bogoliubovs olje- och gasintressen, vilket innefattade deras intressen i Ukrnafta, i utbyte mot ett mindre och separat intresse i andra gastillgångar.

Det s.k. Firtash-avtalet ingicks år 2006 och hade en sund kommersiell och legitim grund innebärande att Kolomoisky och Dimitri Firtash, som skulle förvärva LBB:s aktier i Ukrnafta, samordnade sina röster på Ukrnaftas stämma. Att syftet med avtalet var det av Ukraina påstådda bestrids. Avtalet fullgjordes aldrig. Anledningen till detta var att Firtash upphörde att erlægga betalning enligt avtalet. Trustarrangemanget åren 2008–2009 var avsett att förhindra att Firtash skulle få kontroll över aktierna utan att ha betalat hela köpeskillingen. Det stämmer som Ukraina påstått att Firtash inte var aktieägare i Ukrnafta. Det kan varken vitsordas eller bestridas att Firtash, som Ukraina gjort gällande, kunde påverka hur vissa styrelseledamöter skulle rösta i Supervisory Board.

År 2010 bekräftades LBB:s och de övriga minoritetsaktieägarnas rätt att utse fem ledamöter av Supervisory Board och ordföranden för Executive Board genom avtal mellan bl.a. Naftogaz och minoritetsaktieägarna. Det finns inga anklagelser om korruption gällande dessa avtal.

De s.k. Direktörsavtalen mellan Ukrnaftas verkställande direktör, Peter Vanhecke, och två andra direktörer, Michael Bakunenko och Alan Sutton, ingicks år 2011. Ukrainas beskrivning av avtalen är felaktig och bestrids. Avtalen syftade till att tillförsäkra att Ukrnaftas bästa inte äventyrades av tredje parter. Det fanns ingenting oegentligt med avtalen. Ett tilläggsavtal ingicks med Vanhecke men det bestrids att syftet med avtalet, som Ukraina påstått, var att Vanhecke skulle delegera sin beslutanderätt till personer som tog instruktioner direkt från Kolomoisky och Bogoliubov.

LBB har inte heller vidtagit några andra korrupta eller bedrägliga gärningar på det sätt som Ukraina påstått. Ukraina har påstått att en mängd korrupta handlingar vidtagits av en sammanslutning av bolag som kontrolleras av Kolomoisky och Bogoliubov och som kallas Privat Group eller att korruption förekommit inom denna sammanslutnings intressesfär. Ukrainas påståenden om att LBB samt Kolomoisky och Bogoliubov obehörigen berikat sig genom bedrägliga transaktioner bestrids. Privat Group är inte heller någon sammanslutning av bolag utan en beteckning i media för bolag som Kolomoisky och Bogoliubov har ett intresse i. LBB är inte heller skalbolag, utan holdingbolag som äger investeringar i Ukrnafta.

Ukraina har vidare påstått att värdet i Ukrnafta-aktierna för Kolomoisky och Bogoliubov respektive LBB låg i det inflytande som de påstås på korrupt väg och genom betalande av mutor ha skaffat sig över Ukrnaftas bolagsstyrelse samt att förmågan att kontrollera Ukrnafta var en central aspekt av investeringen som inte går att skilja från dess anskaffande. Påståendena bestrids. Även påståendet om att investeringen skulle ha haft ett olagligt och osedligt syfte då den använts som ett verktyg för att utföra bedrägerier och förskingring samt för att åstadkomma ett obehörigt berikande av Kolomoisky och Bogoliubov och bolag i dessas intressesfär bestrids. Slutligen bestrids påståendena om att syftet med den påstådda kontrollen över Ukrnafta och den påstådda korruptionen, var att ge LBB – och därmed Kolomoisky och Bogoliubov – möjlighet att plundra bolaget samt att LBB och deras huvudmän förflyttat värden motsvarande ca 3,5 miljarder USD till företag inom Kolomoiskys och Bogoliubovs intressesfär.

Ukrainas myndigheter har vid två tillfällen undersökt och avfärdat de anklagelser om korruption som Ukraina riktade mot Kolomoisky och Bogoliubov i skiljeförfarandet. Skiljenämnden fann inte heller att något av de tre centrala avtalen, dvs. Ukrnafta-avtalet, Firtash-avtalet och Direktörsavtalen, bröt mot ukrainsk rätt på någon punkt. Ukraina har även hänvisat till en brottsutredning. Det kan varken vitsordas eller bestridas vad en sådan utredning har för innehåll, eller om utredningen fortfarande pågår, eftersom utredningen inte berör LBB eller deras verkliga huvudmän.

Med anledning av Ukrainas påståenden om varför LBB väckte talan i skiljeförfarandet ska slutligen sägas att grunden för LBB:s anspråk i skiljeförfarandet var överträdelser av ECT. Ukrainas påståenden om ett samband mellan föremålet för LBB:s talan i skiljeförfarandet och den påstådda korruptionen avser dessutom endast det traktatsbrott som beskrivs under (e) ovan. Någon koppling mellan den påstådda korruptionen och föremålet för LBB:s talan i skiljeförfarandet fanns inte.

Möjlighet att neka förmåner enligt artikel 17(1) ECT

Fristen för en stat att neka förmåner enligt artikel 17(1) ECT börjar i första hand löpa när den till ECT fördragsslutande staten får kännedom om de omständigheter som medför att de materiella förutsättningarna för tillämpningen av artikel 17(1) är uppfyllda, oavsett förekomsten av en tvist. Fristen började således löpa när Ukraina fick kännedom om LBB:s verkliga huvudmäns identitet. Ukraina fick kännedom om LBB:s verkliga huvudmäns identitet redan år 2002, och senast i december 2010 när Ukrnafta, Naftogaz, LBB och andra minoritetsägare ingick ett avtal benämnt Cooperation Agreement med ministeriet för energi- och kolindustrin i Ukraina.

I andra hand börjar fristen löpa när värdstaten har kännedom om de omständigheter baserat på vilka artikel 17(1) ECT åberopas och om förekomsten av en tvist med den relevanta investeraren. Fristen började i sådant fall löpa när LBB notifierade Ukraina om tvisten den 5 januari 2015.

I tredje hand börjar fristen löpa när värdstaten får kännedom om omständigheterna baserat på vilka artikel 17(1) ECT åberopas och ett skiljeförfarande har inletts. Fristen började i sådant fall löpa när LBB gav in sin påkallelsekrift den 30 juni 2015.

Den 6 mars 2015 översände Ukraina ett brev till LBB och begärde att LBB skulle tillhandahålla information om deras förlust och verkliga huvudmän. Det fanns ingen indikation på att Ukraina begärde informationen om LBB:s verkliga huvudmän för att senare kunna åberopa artikel 17(1) ECT. Ukrainas svar på påkallelsekriften den 24 september 2015 tog inte upp frågan om ett åberopande av artikeln.

Ukraina åberopade artikel 17(1) ECT den 18 december 2015.

De materiella förutsättningarna för att åberopa artikel 17(1) ECT är inte uppfyllda eftersom

- a) LBB har betydande affärsverksamhet på Cypern, där de har sitt säte, och
- b) LBB:s verkliga huvudmän inte är medborgare i en tredje stat.

Ägandet och förvaltandet av aktier i Ukrnafta utgjorde betydande affärsverksamhet för LBB, som är holdingbolag och inte skalbolag som Ukraina påstått. Värdet på tillgången har varit betydande och har ökat med tiden. Att LBB saknar fast personal och affärslokaler är inte relevant. Arbetet i bolagen har utförts av anlitade konsulter.

LBB hade bankkonton i eget namn på Cypern och ingick även rättsligt bindande avtal med bl.a. Primecap Cyprus Limited om samordning av olika juridiska rådgivare och skatterådgivare, förvaltning av företagsrättigheter, hantering av bolagsfrågor, författande och upprättande av handlingar samt kommunikation med revisionsbolag. Styrelsen i LBB har fattat beslut angående aktieinnehavet. LBB:s styrelsemöten och årsstämmor hålls på Cypern.

Kolomoisky och Bogoliubov har haft tre medborgarskap under den period som är relevant för LBB:s anspråk; israeliskt, cypriotiskt och ukrainskt medborgarskap. Kolomoisky och Bogoliubov erhöll cypriotiskt medborgarskap år 2010.

Ukraina

Investering enligt ECT – frågan om en sådan förekommit

LBB och Ukraina har inte ingått något bindande skiljeavtal enligt artikel 26 ECT. LBB kunde inte i avsaknad av relevanta investeringar acceptera Ukrainas stående anbud om skiljeavtal.

LBB förvärvade aldrig aktierna i Ukrnafta och har aldrig varit ägare till dem. Däremot ifrågasätts det inte att Kolomoisky och Bogoliubov har ägt aktierna.

LBB har i vart fall avhänt sig aktierna innan och/eller efter de påstådda traktatbrotten och i vart fall innan skiljeförfarandet påkallades. Detta skedde i samband med att aktierna överläts från LBB till andra bolag inom ramen för det s.k. trustupplägget. LBB har inte fått tillbaka aktierna de avhänt sig innan skiljeförfarandet inleddes.

Oavsett om LBB har erhållit aktierna så har erhållandet inte utgjort en investering enligt ECT, vilket förutsätter att LBB erlagt vederlag och tagit på sig risk och fått avkastning. De omständigheter LBB åberopat visar inte att bolagen erlagt vederlag, fått avkastning och påtagit sig risk.

Privat Group kallas den sammanslutning av bolag som kontrolleras av Kolomoisky och Bogoliubov. De transaktioner LBB påstår innebar att LBB förvärvade aktier i Ukrnafta var en intern omstrukturering inom Privat Group av de verkliga huvudmännens ursprungliga innehav av Ukrnaftaaktier i syfte att sälja aktier till Firtash i korrupta politiska syften och/eller att erhålla investeringsskydd. LBB var skalbolag i Privat Group. LBB kan jämföras med bulvaner för Kolomoisky och Bogoliubov, i vilka Kolomoisky och Bogoliubov påstår sig ha placerat Ukrnaftaaktierna. LBB har varit helt passiva i sitt påstådda ägandeskap och inte utövat något meningsfullt beslutsfattande över aktierna eller i övrigt. LBB:s påståenden om att respektive ägarbolag fått nyemitterade aktier i vederlag och avstått från utdelning kan inte vitsordas. Under alla omständigheter har den påstådda transaktionen med nyemitterade aktier inte något reellt värde eftersom bolagen ägdes och/eller kontrollerades av Kolomoisky och Bogoliubov. Eventuella åtgärder som rör den illegitima kontrollen över Ukrnafta ska också bortses från. Detta omfattar frågorna om beslut om utdelning från Ukrnafta.

Den eventuella risk och möjlighet till avkastning som fanns med den påstådda investeringen i Ukrnafta låg hos LBB:s huvudmän, inte hos LBB. Att LBB initierat ett skiljeförfarande innebär inte att de påtagit sig någon risk.

Något vederlag har inte heller erlagts när LBB påstås ha fått tillbaka aktierna i mars 2009.

Frågan om påståendedoktrinen borde ha tillämpats

Skiljenämnden avgjorde behörighetsfrågan efter att ha tagit del av båda parternas bevisning avseende investeringen. Därmed hade skiljenämnden möjlighet att avvisa talan i stället för att ogilla den.

I skiljeförfarandet var parterna och skiljenämnden överens om att existensen av en investering var en del av skiljenämndens behörighetsprövning och att LBB hade bevisbördan för den påstådda investeringens existens. LBB begärde att prövningen skulle göras i samband med att nämnden skulle pröva LBB:s yrkanden i sak, vilket skiljenämnden beviljade.

Under skiljeförfarandet accepterade LBB att även tidpunkten för påkallelsen av skiljeförfarandet var en relevant tidpunkt för innehav av en investering. LBB:s talan utformades i enlighet med detta.

Parterna var i skiljeförfarandet överens om att det skulle ske en fullständig prövning av frågan om investering i ECT:s mening. LBB har under skiljeförfarandet gett skiljenämnden instruktion att pröva målet på det sätt som skett. Skiljenämnden har följt dessa anvisningar.

Investering enligt ECT – frågan om traktatbrott under perioder då ägandet är tvistigt

Samtliga av LBB påstådda traktatbrott bestrids, inklusive när de påstås ha ägt rum.

Anklagelser om mutor och korruption

LBB:s påstådda innehav av aktier har sitt ursprung i mutbrott och korruption. Den omstrukturerings som skedde av de verkliga huvudmännens innehav av aktier i Ukrnafta under åren 2006–2007 var en del i en plan för de verkliga huvudmännen att kunna plundra Ukrnafta på tillgångar. Korruptionen utmärkte det ursprungliga anskaffandet av Kolomoiskys och Bogoliubovs kontroll över Ukrnafta och har sedan färgat hela den påstådda investeringen. Omstruktureringen av aktieägandet till LBB (om den ägde rum) skedde som ett led i implementeringen av det korrupta Firtash-avtalet. LBB har efter omstruktureringen av aktieinnehavet till LBB ingått avtal för att bibehålla och utöka en illegitim kontroll över Ukrnafta genom Direktörsavtalen. Denna kontroll har nyttjats för att styra Ukrnaftas agerande till att ingå avtal som berikat andra bolag inom de verkliga huvudmännens kontrollsfär.

Kolomoisky och Bogoliubov fick kontroll över Ukrnafta genom korruption, mutor och bedrägeri. Det minoritetsägande i Ukrnafta som LBB påstås ha förvärvat år 2007 var vid förvärvet förenat med en illegitim kontroll över bolaget. Denna illegitima kontroll tillkom genom att Kolomoisky och Bogoliubov före LBB:s förvärv köpte inflytande över Ukrnaftas styrelse genom omfattande ersättning till Victor Pinchuk och betalningar till Leonid Kuchma i enlighet med Ukrnafta-avtalet.

Ukrnafta-avtalet ingicks i januari 2003 mellan å ena sidan Pinchuk och å andra sidan Kolomoisky och Bogoliubov. Genom Ukrnafta-avtalet vann Kolomoisky och Bogoliubov möjligheten att utse sina representanter till ledande befattningar och utöva inflytande över enskilda styrelseledamöter. De kunde därmed diktera beslut som togs av Ukrnaftas styrelse, vilket formaliserade en omfattande kontroll *de facto* över Ukrnaftas affärer. I enlighet med Ukrnafta-avtalet betalade Kolomoisky och Bogoliubov stora summor pengar för detta till Pinchuk och Kuchma. De betalade bl.a. mer än 100 miljoner USD (fem miljoner USD varje månad fram till november 2004) till en särskild fond i utbyte mot att få bestämma över utnämningen av Ukrnaftas styrelseordförande och fem av de elva ledamöterna i Ukrnaftas tillsynsstyrelse. Fonden

angavs syfta till att finansiera Kuchmas omvalskampanj trots att han var konstitutionellt förhindrad att söka omval. Dessa betalningar gjordes till en person med offentligt uppdrag och dennes närstående i utbyte mot deras inflytande över dessa tillsättningar och utgör korruption enligt internationella definitioner.

I Ukrnafta-avtalet ingick också betalning till Pinchuk av en betydande del av Ukrnaftas utdelning samt en förmånlig option enligt det relaterade Optionsavtalet att i november 2004 förvärva en betydande andel av aktierna i Ukrnafta (en tredjedel av aktierna i Kolomoiskys och Bogoliubovs bolag som ägde aktier i Ukrnafta). Att optionen aldrig utnyttjades saknar betydelse. Betalningarna enligt Ukrnafta- och Optionsavtalen var betydande i förhållande till värdet av aktieägandet i Ukrnafta vid tidpunkten och den *de facto*-kontroll som överfördes genom avtalet gavs därmed ett betydande värde. Kontrollen över Ukrnafta är på det viset sammanbunden med den påstådda investeringen i bolaget och utgör en ouplöslig del av det värde den påstådda investeringen representerar för LBB och deras verkliga huvudmän.

Kolomoisky och Bogoliubov upprätthöll därefter, tillsammans med LBB, kontrollen över Ukrnaftas affärer med samma metoder. Bl.a. utnämndes deras representanter som styrelseledamöter och andra befattningshavare, och dessas anställningsvillkor och ersättning dikterades av LBB och deras verkliga huvudmän. Kontrollen över Ukrnafta användes för att plundra Ukrnafta på resurser genom att Ukrnafta ingick en rad transaktioner som var ofördelaktiga för Ukrnafta och fördelaktiga för motparter som kan kopplas till Kolomoiskys och Bogoliubovs affärsintressen. Det skedde genom att bolag inom Privat Group eller med direkt eller indirekt anknytning till Privat Groups intressesfär favoriserades i ett antal anbudsprocesser. Detta agerande, som Ukrnafta förmåddes till, gynnade således ytterst Kolomoisky och Bogoliubov.

I enlighet med Ukrnafta-avtalet utsågs Igor Palytsia i januari 2003 till styrelseordförande i Ukrnafta. Kolomoisky och Bogoliubov erbjöd Palytsia en värdefull option att förvärva en andel i deras olje- och gasaffärer, vilket skapade incitament för Palytsia att agera enligt Kolomoiskys och Bogoliubovs instruktioner och intressen. Palytsia hade också en tidigare etablerad lojalitet med LBB:s verkliga huvudmän eftersom han

tidigare lett ett oljeraffinaderi i vilket Kolomoisky och Bogoliubov utövade majoritetsintresse och som ingick i Privat Group.

Firtash-avtalet av den 23 november 2006 utgör upprinnelsen till att aktierna i Ukrnafta påstås ha placerats i LBB. Detta avtal kom till för att konsolidera den olagliga kontrollen över styrelsen i Ukrnafta som tidigare erhållits genom bestickning, och innefattade handel med inflytande som ingen av parterna hade erhållit på legitim väg. Dmitri Firtash var inte aktieägare i Ukrnafta. Hans kontroll över styrelseledamöter var ett resultat av hans politiska kontakter med dåvarande premiärministern Viktor Yanukovich och hans affärsrelation med dåvarande energiministern Jurij Boyko.

Den påstådda omstruktureringen av aktierna i Ukrnafta till LBB skedde som ett led i implementeringen av avtalet med Firtash. I enlighet med avtalets första steg betalade Firtash 250 miljoner USD till Kolomoisky och Bogoliubov, som i sin tur placerade Ukrnafta-aktierna i LBB, i syfte att senare överlåta aktier i LBB till Firtash i enlighet med avtalet. Anledningen till att Firtash-avtalet sedan inte fullföljdes var att Firtash förlorade sitt politiska inflytande i samband med politiska händelser i Ukraina under 2007.

Direktörsavtalen som ingicks år 2011 gav LBB möjlighet att kontrollera Ukrnaftas verkställande direktör Peter Vanhecke och två andra direktörer, Michael Bakunenko och Alan Sutton, och förmå dessa att agera i LBB:s och deras huvudmäns intresse i strid mot bolagets bästa och andra aktieägares intressen. Ett tilläggsavtal med Vanhecke delegerade dennes beslutanderätt till personer som tog instruktioner direkt från Kolomoisky och Bogoliubov: Volodymyr Pustovarov och Oleksiy Kushch.

Skiljenämnden har inte intagit inställningen att dessa handlingar var lagliga enbart genom att inte uttala sig om lagligheten enligt ukrainsk rätt. Direktörsavtalen och flera fall av förskingring och försäljning till underpris i samband med LBB:s påstådda investeringar utreds för övrigt som brott av ukrainska myndigheter. Pågående utredning omfattar även handlingar som Kushch utförde.

Det rena aktieinnehavet i Ukrnafta representerade aldrig det avgörande värdet för de verkliga huvudmännen och är inte heller grunden för LBB:s krav i skiljeförfarandet. Värdet låg i den kontroll över Ukrnafta som de verkliga huvudmännen och LBB därutöver tillskansat sig, upprätthållit och befäst genom betalande av mutor, inklusive inflytandet som de verkliga huvudmännen på korrupt väg skaffade sig över Ukrnaftas bolagsstyrelse. Förmågan att kontrollera Ukrnafta var en central aspekt för investeringen och går inte att skilja från anskaffandet av investeringen.

Den påstådda investeringen har haft ett olagligt och osedligt syfte då den använts som ett verktyg för att utföra bedrägerier och förskingring samt för att åstadkomma ett obehörigt berikande av Kolomoisky och Bogoliubov och bolag i dessas intressesfär.

Följande avtal mellan Ukrnafta och bolag inom Privat Group var ett led i LBB:s samt Kolomoiskys och Bogoliubovs obehöriga berikande.

- a) Åren 2003 till 2014 sålde Ukrnafta olja till betydande underpris till oljeraffinaderier inom Privat Group.
- b) Ukrnafta ingick avtal avseende försäljning av ammoniak till underpris med OJSC DniproAZOT, ett bolag inom Privat Group.
- c) Under år 2012 ingick Ukrnafta 52 ojämlika och för Ukrnafta ofördelaktiga avtal om köp av olja med Rializ Oil, ett bolag inom Privat Group.
- d) Under år 2015 ingick Ukrnafta minst 286 för bolaget ofördelaktiga avtal om försäljning av olja med fem bolag kopplade till Privat Group.
- e) Under år 2015 ingick Ukrnafta minst 154 för bolaget ofördelaktiga avtal om köp av olja med 24 bolag, varav många kopplade till Privat Group.

- f) Ukrnafta ingick avtal om köp av varor utan koppling till bolagets verksamhet för 242 miljoner UAH från ett bolag med koppling till Privat Group. Betalning erlades men varorna levererades inte.
- g) Ukrnafta ingick flera avtal utan nytta för bolagets verksamhet med Stakhanov Ferroalloy Plant, ett bolag kontrollerat av Kolomoisky och Bogoliubov.

Syftet med kontrollen över Ukrnafta och därmed korrruptionen, var således att ge LBB – och därmed Kolomoisky och Bogoliubov – möjlighet att plundra bolaget. Genom kontrollen har LBB och deras huvudmän förflyttat värden motsvarande ca 3,5 miljarder USD till företag inom Kolomoiskys och Bogoliubovs intressesfär. Ett flertal sådana transaktioner har genomförts av representanter som LBB och deras huvudmän tillsatt i enlighet med de korrupta avtal som beskrivs ovan, och har tagit former som syftat till att undandra dem granskning av Ukrnaftas tillsynsstyrelse.

De ukrainska utredningar som lagts ned var begränsade till utredning av mutbrott av Pinchuk och Kuchma. De lades ned därför att Kolomoisky inte hade samarbetat med utredningen för att bekräfta de uppgifter han lämnade vid sin brottsanmälan. Under alla omständigheter saknar det betydelse huruvida de relevanta avtalen strider mot ukrainsk rätt eller hur ukrainska myndigheter agerat.

LBB påkallade skiljeförfarandet när möjligheterna att illegitimt kontrollera Ukrnafta från en minoritetsposition minskade till följd av förändringar i ukrainsk bolagsrätt i syfte att stävja missbruk av kvorumregler. Dessa förändringar kom att reducera LBB:s (och ytterst Kolomoiskys och Bogoliubovs) möjligheter att blockera och kontrollera beslutsfattande vid Ukrnaftas bolagsstämmor, inklusive att förhindra att de representanter de betalat för att få tillsatta eller kunna styra avsattes. Förslag till dessa lagändringar sammanfaller vidare tidsmässigt med Firtash-avtalets ingående. Det finns således samband mellan grunden för LBB:s anspråk i skiljeförfarandet, den kontroll över Ukrnaftas styrning som LBB och dess huvudmän tillskansat sig på korrupt väg,

samt de påstådda transaktioner som ska ha medfört att LBB kommit att äga aktierna i Ukrnafta.

Möjlighet att neka förmåner enligt artikel 17(1) ECT

I skiljeförfarandet accepterades invändningen med hänvisning till artikel 17(1) ECT av både skiljenämnden, Ukraina och LBB såsom en jurisdiktionsinvändning. Parterna gav därmed skiljenämnden en bindande instruktion som inte kan återtas i hovrätten. Skiljenämnden prövade denna invändning efter en fullständig bedömning av ett omfattande underlag i enlighet med LBB:s begäran. Om skiljenämnden formellt hade klassificerat sitt avgörande i den här delen som ett ogillande av saken i stället för avvissning hade utfallet blivit detsamma.

Ukraina kände inte till de relevanta omständigheterna i god tid före skiljeförfarandet, varken från år 2002 eller från år 2010 genom Cooperation Agreement, som LBB påstår. Det stämmer att LBB notifierade Ukraina om tvisten den 5 januari 2015. Notifieringen innehöll dock inte de relevanta omständigheterna. Inte heller påkallelseskriften innehöll de relevanta omständigheterna. Ukraina fick i vart fall kännedom om de relevanta omständigheterna för tvisten, dvs. om LBB:s ägare och affärsverksamhet, senare än den 30 juni 2015.

Den 23 januari 2015 skickade Ukraina ett brev till LBB med bl.a. frågan om uppgörelse i godo. Sedan inget svar erhållits skickades den 6 mars 2015 ett nytt brev till LBB vari efterfrågades information om bolagets verkliga huvudmän. Ukraina fick inget svar.

Först genom LBB:s Statement of Claim (SoC) den 27 maj 2016 framgick vilka som var verkliga huvudmän. Ukraina hade ingen kännedom om bolagens verksamhet annat än vad som framkom genom LBB:s egna uppgifter och inlagor i skiljeförfarandet.

I sitt svar den 24 september 2015 förbehöll sig Ukraina rätten att göra invändningar, däribland att åberopa artikel 17 ECT, vilket sedan skedde den 18 december 2015.

Förutsättningarna för att åberopa artikel 17(1) ECT är uppfyllda eftersom

- a) LBB inte hade någon väsentlig affärsverksamhet på Cypern där de hade sitt säte, och
- b) LBB:s verkliga huvudmän är medborgare i tredje stat (Israel) eller, alternativt, i värdlandet för investeringen (Ukraina).

LBB är skalbolag och bedriver inte någon väsentlig verksamhet på Cypern. Deras påstådda innehav av aktier i Ukrnafta är ingen betydande affärsverksamhet på Cypern. LBB har ingen fast personal och saknar fasta affärslokaler. Några andra aktiviteter än det påstådda ägandet av aktier bedrevs inte i LBB och värdet på aktierna ökade inte med tiden. Det bestrids att LBB hade bankkonton på Cypern. Det bestrids också att LBB hade ingått relevanta tjänsteavtal och erhöll relevanta tjänster med utgångspunkt i sådana avtal med LBB. Styrelseledamöterna saknade relevans för bolagens styrning och LBB:s påståenden om styrelsebeslutens betydelse bestrids. Det finns inte heller några bevis för att dokumenten från styrelsemöten är äkta. Om de är äkta, visar de bara pappersformaliteter, inte substantiella, fysiska styrelsemöten.

Kolomoiskys och Bogoliubovs cypriotiska medborgarskap förvärvades när tvisten uppkommit i syfte att få investeringsskydd enligt ECT. Vid den påstådda investeringen var LBB således kontrollerade av personer med medborgarskap i tredje stat.

T 5288-21

Ukraina

Ukraina är att anse som fullt ut vinnande part och LBB som fullt ut tappande parter i skiljeförfarandet. Att vissa behörighetsinvändningar som Ukraina gjorde inte prövades, att skiljenämnden gick emot Ukraina i några delfrågor, att Ukraina saknade förmåga att erlägga förskottsbetalning samt att Ukraina påstås ha frånfallit vissa omständigheter och viss bevisning saknar betydelse för kostnadsfördelningen.

Ukrainas processföring har inte varit illojal, ineffektiv eller obstruktiv. Ukrainas hantering av grunder, invändningar och bevisning har inte heller varit sådan att den ska påverka kostnadsfördelningen.

LBB har inte haft merkostnader om 3,2 miljoner GBP orsakade av Ukrainas processföring. De s.k. brief fees som LBB begärt ersättning för, hänförliga till de inställda slutförhandlingarna 2017 och 2018, utgör inte merkostnader. Merkostnaderna framgår inte heller av LBB:s kostnadsräkning i skiljeförfarandet. Det var i stället LBB:s processföring som var kostnadsdrivande och ineffektiv. LBB underlät också att följa skiljenämndens procedurorder. Ukraina tvingades anpassa sig till LBB:s processföring, vilket orsakade förseningar och ökade kostnader för Ukraina.

Med hänsyn till tvisteföremålets storlek var det befogat för Ukraina att lägga stora resurser på målet. Ukraina framförde åtta självständiga jurisdiktionsinvändningar. Det var befogat för Ukraina att lägga stora resurser på att presentera dessa. Ukraina var tvunget att gå igenom LBB:s omfattande skrifter och bevisning. LBB motsatte sig Ukrainas begäran om att målet skulle delas upp på så sätt att skiljenämnden prövade jurisdiktionsfrågan i ett särskilt avgörande, vilket skulle ha lett till lägre kostnader. Detta gjorde att Ukraina tvingades lägga stora resurser på att bemöta ett skadeståndsanspråk som skiljenämnden saknade behörighet att bedöma och som därför inte prövades i sak.

Parternas kostnader var jämförbara. Ukrainas kostnader uppgick till knappt 23 miljoner USD och LBB:s kostnader uppgick till ca 15,5 miljoner GBP (motsvarande ca 20,4 miljoner USD).

Frågan om vilken parts processföring som orsakat förseningar i skiljeförfarandet

LBB:s uppgifter om hur många dagar Ukraina begärt anstånd med är i och för sig riktiga. De anstånd som begärts av Ukraina har dock varit berättigade och påkallade av LBB:s processföring.

LBB:s påståenden om varför bolagen blev försenade med sitt SoC bestrids. Förseningarna berodde således inte på Ukrainas processföring. Att tidplanen blev förskjuten berodde i stället huvudsakligen på att LBB åberopade tusentals skriftliga bilagor, varav flertalet visade sig sakna relevans. Trots att LBB fått 16 månader på sig för att komma in med SoC begärde de två gånger anstånd; tiden blev därmed totalt 17 månader. Att Ukraina medgav visst men motsatte sig ytterligare anstånd berodde på att ett beviljat anstånd enligt LBB:s begäran skulle ha tvingat Ukraina att arbeta med sitt Statement of Defence (SoD) under juledigheten.

När Ukraina sedan begärde anstånd med att ge in sitt SoD berodde detta på att Ukrainas lokala ombud frånträtt sitt uppdrag och att nya ombud tillträdde, vilket skiljenämnden angav var skäl för att ge anstånd med adekvat tid. Detta visar att skiljenämnden inte uppfattade det begärda anståndet som obstruktion.

I januari 2016 beskrev LBB sitt dåvarande utkast till tidplan som realistiskt. Tidplanen innehöll dock ingen inlaga från LBB avseende jurisdiktionsfrågan (inlagan i skiljeförfarandet benämnd Rejoinder on Jurisdiction, här LBB:s RoJ), trots att bolagen kände till att Ukraina tänkte göra jurisdiktionsinvändningar. LBB har skyltt detta på förbiseende. När LBB sedan i ett sent skede, först den 18 april 2017, bad om att få inkomma med ytterligare en inlaga invände Ukraina berättigat mot detta. LBB:s tidigare förbiseende kan inte läggas Ukraina till last vid fördelningen av kostnaderna.

När Ukraina förklarade att man behövde mer tid för att komma in med ett yttrande som bland annat skulle avse jurisdiktionsfrågan (inlagan i skiljeförfarandet benämnd Rejoinder on the Merits and Reply on Jurisdiction, RoMRoJ, här Ukrainas Rejoinder) var anståndsbegäran berättigad. Ukraina förutsåg, efter att ha iakttagit LBB:s processföring, att LBB skulle försöka överrumpla Ukraina med nya omständigheter och bevismedel i sitt svar (Reply) på Ukrainas SoD. När Reply senare kom in visade sig farhågorna berättigade.

LBB har vidare påstått att Ukrainas agerande under ett editionsförfarande skulle ha varit orsaken till att LBB bad om två veckors anstånd med Reply. Detta bestrids.

Ukraina hade skäl att motsätta sig LBB:s försenade inlämning av Reply. Ukraina hade vid denna tidpunkt redan accepterat en tidigare anståndsbegäran från LBB. När LBB begärde ytterligare anstånd gjorde det att Ukrainas nästa inlaga skulle behöva lämnas in under julleddigheten, vilket också skulle ta merparten av reservtiden i tidplanen i anspråk och vilket därmed skulle omöjliggöra för Ukraina att begära anstånd, något som förutsågs behövas med hänsyn till LBB:s processföring. Ukraina försökte endast säkerställa att LBB respekterade den av skiljenämnden bestämda tidplanen. Ukrainas agerande kan inte anses ha vållat LBB onödiga kostnader.

Det var i stället LBB:s agerande, bestående i att lämna in en omfattande Reply, tillsammans med hundratals sidor ny bevisning, och detta i den andra omgången skriftväxling, som rubbade tidplanen och vållade båda parterna onödiga kostnader. Ukrainas berättigade farhågor för vad Reply skulle innehålla var också bakgrunden till att Ukraina den 18 augusti 2017, dvs. redan innan LBB inkommit med sin Reply, förklarade att Ukraina inte skulle kunna följa tidplanen. Skiljenämnden föreslog sedan först den 7 september 2017 att slutförhandlingen skulle flyttas, vilket var efter det att LBB inkommit med sin Reply, och då utan att skiljenämnden framförde någon kritik mot Ukraina.

Som skiljenämnden påpekade när den föreslog att slutförhandlingen skulle skjutas fram omfattade LBB:s Reply 440 sidor yttrande, två annex om totalt 330 sidor samt åtta lådor pärmar med expertutlåtanden, vittnesattester och andra bilagor. Det var mot denna bakgrund som Ukraina efterfrågade förlängd tid att inkomma med sin Rejoinder. Detta godtogs av LBB. Ukraina begärde sedan i omgångar förlängd tid för att inkomma med sin Rejoinder, vilket godtogs av skiljenämnden och inte påverkade slutförhandlingen i målet.

LBB:s kritik mot Ukrainas processföring

LBB har kritiserat Ukraina för att inte redan i SoD ha klargjort sin inställning till landets ansvar för bolagen Naftogaz och Ukrtransgaz handlingar. Det var dock i själva verket LBB som var sena med att precisera sin talan såvitt avsåg inställningen till

Ukrainas ansvar för Naftogaz och Ukrtransgaz. LBB presenterade inte en fullständig SoC i detta avseende. Det var, som parterna är överens om, LBB som hade att visa att de två bolagens handlingar kunde tillskrivas Ukraina. I SoC åberopade LBB påstådda handlingar av Naftogaz och Ukrtransgaz såsom handlingar företagna av Ukraina. LBB förklarade dock inte varför dessa påstådda handlingar skulle tillskrivas Ukraina. Innan LBB utvecklat sina påståenden i detta avseende hade Ukraina ingen möjlighet att på ett effektivt sätt bemöta påståendena. Ukraina hade inget ansvar att klargöra talan i denna del eftersom bevisbördan låg på LBB. I stället för att inkludera detta i SoC framförde LBB sin argumentation avseende att Naftogaz och Ukrtransgaz handlingar skulle tillskrivas Ukraina först i sin Reply.

Ukrainas påståenden om mutor och korruption framfördes av Ukraina redan i SoD och ändrades inte väsentligt under skiljemålets handläggning. Ukraina utvecklade sin talan och åberopade bevisning som svar på påståenden som hade gjorts av LBB i Reply. Inga påståenden om korruption gjordes mot bättre vetande. Här kan också noteras att skiljenämnden ansåg sig obehörig på den grunden att LBB:s påstådda investeringar hade samband med mutor och korruption.

Ukraina frånföll inte, som LBB påstått, omständigheter eller bevisning i skiljeförfarandet och inte heller frånfölls invändningen om bristande behörighet. Ukrainas hantering av bevisningen i skiljeförfarandet har inte, som LBB också gjort gällande, fördyrat bevisupptagningen och har inte varit sådan att den ska ges betydelse för kostnadsfördelningen.

Ukraina agerade korrekt i samband med editionsförfarandena. LBB underlät att klarlägga sina ägarstrukturer i SoC. Det gjorde att editionsförfarandet blev mer omfattande. Det var vidare LBB som inte tillhandahöll dokument, vilket var anledningen till Ukrainas andra editionsbegäran. Ukraina agerade även korrekt när LBB begärde att höra Kolomoisky från Tel Aviv.

Kostnader som Ukraina vållats på grund av LBB:s processföring

LBB begärde i ett sent skede, trots att det redan hade nekats av skiljenämnden, att Kolomoisky skulle tillåtas att avlägga vittnesmål från Tel Aviv, vilket vållade komplikationer och kostnader. LBB lämnade även in ett flertal sakkunnigutlåtanden utanför tidplanen, vilket medförde att LBB:s kostnadsanspråk ändrades och tvingade Ukraina att kontinuerligt bemöta ändringarna. Detta vållade Ukraina kostnader.

Slutförhandlingarna ställdes in vid två tillfällen på grund av LBB:s processföring. LBB inkom bl.a. med en mycket omfattande Reply samt en stor mängd ny bevisning (se i det föregående om omfattningen), vilket var det som föranledde att skiljenämnden tog initiativ till att flytta fram slutförhandlingen. Det andra tillfället som slutförhandlingen ställdes in berodde huvudsakligen på omfattningen av LBB:s RoJ. Denna inläga var inte enligt skiljenämndens instruktion begränsad till jurisdiktionsfrågan, utan behandlade även frågor i sak. Tillsammans med vittnesattester och sakkunnigutlåtanden uppgick inlagan till 694 sidor jämte 400 bilagor; totalt mer än 8 000 sidor. Detta är ett exempel på LBB:s illojala processföring som ledde till att båda parter vållades onödiga kostnader.

LBB

Tillämpliga regelverk

Artikel 44 i SCC-reglerna har följande lydelse.

Unless otherwise agreed by the parties, the Arbitral Tribunal may in the final award upon the request of a party, order one party to pay any reasonable costs incurred by another party, including costs for legal representation, having regard to the outcome of the case and other relevant circumstances.

Ukrainas processföring medför enligt artikel 44 i SCC-reglerna att parterna ska stå sina egna kostnader i skiljeförfarandet.

Artikel 9.7 i IBA-reglerna har följande lydelse.

If the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence, the Arbitral Tribunal may, in addition to any other measured available under these Rules, take such failure into account in its assignment of the costs of the arbitration, including costs arising out of or in connection with the taking of evidence.

Ukrainas klandervärda agerande under bevisupptagningen medförde att skiljenämnden (och hovrätten) ska tillämpa kostnadsfördelningen som sanktion enligt artikel 9.7.

Delfrågor som Ukraina förlorat

Skiljenämnden ansåg att ECT inte ställer något krav på att en investering innehas oavbrutet och att Ukrainas invändning att LBB inte var registrerade ägare av aktierna i Ukrnafta från den 30 oktober 2008 till den 20 mars 2009 därför saknade relevans för frågan om LBB ägde en investering enligt artikel 1(6) ECT. Skiljenämnden ogillade också Ukrainas invändning att Bordo inte hade haft en investering enligt artikel 1(6) vid den tidpunkt som skiljenämnden ansåg relevant. I fråga om de fem invändningar mot behörigheten som inte prövades av skiljenämnden är Ukraina inte heller att anse som vinnande.

Ukraina förlorade även vissa processuella frågor. Skiljenämnden ogillade Ukrainas begäran om uppdelning av målet och avslag i stor utsträckning Ukrainas yrkanden i editionsförfarandena. I det första editionsförfarandet avslogs 51 av 65 yrkanden helt eller delvis. I det andra editionsförfarandet avslogs 23 av 35 yrkanden helt. Dessa frågor medförde merarbete och merkostnader.

De kostnader som LBB lagt ned på de delfrågor som Ukraina förlorade kan uppskattas till ca 904 300 GBP, varav 650 700 GBP avsåg de fem av Ukrainas behörighetsinvändningar som inte prövades, 240 600 GBP avsåg Ukrainas invändning att LBB inte ägde några aktier i Ukrnafta under perioden den 31 oktober 2008 till den 20 mars

2009 och 13 000 GBP avsåg Ukrainas invändning att Bordo inte hade en investering enligt artikel 1(6) ECT.

Förseningar orsakade av Ukrainas processföring

Ukraina vållade genom sin processföring kostnader för LBB och orsakade förseningar och fördyrningar av skiljeförfarandet. Ukraina höll inte frister, vilket medförde förseningar. Sammanlagt fick Ukraina, utan giltiga skäl, anstånd och/eller orsakade på annat sätt förseningar av tidplanen för ingivande av SoD och Ukrainas Rejoinder med totalt 236 dagar.

Enligt tidplanen skulle SoD ges in den 15 november 2016. LBB tvingades emellertid, till följd av det omfattande arbetet med att översätta ett stort antal dokument till engelska, begära anstånd med fyra veckor med ingivande av SoC. LBB:s begäran motiverades av en önskan att åstadkomma en komplett SoC, vilket skulle underlätta processföringen framgent. LBB:s begäran var alltså motiverad. Ukraina ville därefter ha ytterligare tid för SoD. Bl.a. på grund av detta justerades tidplanen för ingivande av SoD till den 10 januari 2017. Enligt tidplanen skulle Ukrainas Rejoinder ges in den 21 juli 2017.

Därefter begärde Ukraina den 23 november 2016 ett sju veckor långt anstånd med ingivande av SoD. Skiljenämnden beviljade sex veckors anstånd till den 20 februari 2017. Anståndsbegäran var varken berättigad eller påkallad av LBB:s processföring. Ukrainas anståndsbegäran föranledde ytterligare revideringar och följdförskjutningar av tidplanen, samt ytterst slutförhandlingen, vilket medförde merkostnader för LBB. Att Ukraina lyckades få slutförhandlingen uppskjuten resulterade i merkostnader för LBB uppgående till 17 100 GBP i form av arvode för ombud, bestående av extra förberedelsearbete, inklusive skriftväxling angående nya förhandlingsdatum och därtill relaterad rådgivning angående kommande steg i processen (se nedan beträffade s.k. brief fees).

Ukrainas processföring orsakade betydande fördröjning med ingivandet av Ukrainas Rejoinder. På grund av Ukrainas processföring försköts ingivandet av Ukrainas Rejoinder till den 16 april 2018. Här kan bl.a. följande framhållas.

Den 16 juni 2017 förklarade Ukraina att de behövde mer tid för att inkomma med sin Rejoinder. På grund av detta var det korrespondens mellan parterna, vilket resulterade i att tidpunkten för ingivande av Ukrainas Rejoinder flyttades till den 28 november 2017.

Den 10 augusti 2017 tvingades LBB på grund av Ukrainas dröjsmål under editionsförfarandet att be om två veckors anstånd med ingivande av Reply. Nämnden godkände begäran och flyttade även tidpunkten för när Ukrainas Rejoinder skulle ges in till den 10 januari 2018.

Den 18 augusti 2017, dvs. redan innan LBB inkommit med Reply, förklarade Ukraina att Ukraina förväntade sig att inte kunna följa tidplanen vad gällde sin Rejoinder samt framställde begäran om att flytta tidpunkten för slutförhandlingen.

LBB gav in sin Reply den 28 augusti 2017 men Ukraina inkom med sin Rejoinder först den 16 april 2018, efter att ha begärt anstånd i omgångar (bl.a. den 8 januari 2018 och den 23 mars 2018). Anledningen till anstånden angavs bl.a. vara att Ukraina behövde mer tid efter editionsförfarandet samt även för genomgång av dokument, översättningar och färdigställande av expertrapporter. Även detta agerande fick till följd att den muntliga förhandlingen kraftigt försenades, vilket innebar merkostnader för LBB.

I brev den 2 oktober 2017 begärde Ukraina att slutförhandlingen skulle flyttas fram. Eftersom Ukraina inte förmådde att ge in sin Rejoinder i rätt tid beslutade skiljenämnden i november 2017 att flytta fram förhandlingen som var planerad till februari–mars 2018 till oktober 2018.

Den 18 juli 2018 och den 16 augusti 2018 begärde Ukraina återigen att slutförhandlingen skulle skjutas upp av anledningar som inte berodde på LBB. Detta resulterade i att skiljenämnden till slut tvingades flytta fram förhandlingen till april 2019. Förskjutningen berodde ytterst på att Ukraina i ett sent skede återopade ny bevisning och nya omständigheter avseende bedrägeri i sin Rejoinder. I Ukrainas Rejoinder fanns en mängd nya påståenden som LBB måste få tid på sig att bemöta, något skiljenämnden också beviljade. Att LBB:s RoJ blev omfattande berodde på Ukrainas nya bedrägeri-anklagelser.

Slutförhandlingen i skiljeförfarandet ställdes därför in vid två tillfällen, år 2017 respektive år 2018. Att slutförhandlingen ställdes in berodde båda gånger på Ukrainas processföring. Sammantaget lyckades Ukraina försena slutförhandlingens genomförande med ca 14 månader. Ukrainas processföring i denna del uppskattas ha resulterat i stora merkostnader för LBB. LBB har erlagt s.k. brief fees uppgående till 1 120 000 GBP i förskott till de barristers som bokats in för slutförhandlingen till de två tillfällen som ställdes in som en direkt följd av Ukrainas processföring. Brief fees är inte återbetalningsbara. LBB har därför varit tvungna att erlægga ytterligare brief fees inför respektive inbokad slutförhandling. Detta utgör en merkostnad för LBB som orsakats av Ukrainas processföring.

Obstruktioner i Ukrainas processföring

Ukraina obstruerade förfarandet och underlät vid ett flertal tillfällen att följa skiljenämndens beslut. Ukraina vägrade att bidra med sin del av skiljenämndens förskottsbelopp, vilket medförde att LBB tvingades betala hela förskottsbetalningen till SCC och skiljenämnden till ett belopp om 1 623 800 EUR.

Ukraina motsatte sig också att tidplanen korrigerades med ett tillägg för LBB:s RoJ, som av förbiseende inte hade inkluderats i tidplanen. Ukrainas obefogade inställning i frågan föranledde behov av skriftväxling, vilket medförde kostnader för LBB. Skiljenämnden beslutade att LBB skulle tillåtas inkomma med sin RoJ.

Vidare motsatte sig Ukraina LBB:s begäran om anstånd med två veckor för att inge Reply, trots att behovet av anstånd föranleddes av Ukrainas misslyckande att i rätt tid överlämna dokument till LBB inom ramen för ett editionsföreläggande (se även ovan). Detta föranledde behov av ytterligare skriftväxling, vilket orsakade merkostnader för LBB avseende ombudsarvode uppgående till 8 400 GBP.

Ukraina begärde dessutom utan giltiga skäl avvisning av uppdaterade sakkunnigutlåtanden som LBB åberopade. Parterna hade kommit överens om att såväl LBB som Ukraina skulle få inkomma med vissa uppdateringar till tidigare gjorda beräkningar i utlåtandena. Ukraina begärde sedan att de uppdaterade sakkunnigutlåtandena som LBB åberopade skulle avvisas. Ukrainas inställning var obefogad och föranledde onödig skriftväxling, vilket medförde merkostnader uppgående till 12 200 GBP.

Illojalitet och ineffektivitet i Ukrainas processföring

Merkostnaderna för Ukrainas ineffektiva och illojala processföring uppgår till totalt 540 500 GBP för LBB, avseende ombudsarvode och arvode till experter. LBB:s processföring var effektiv och lojal. Det var Ukrainas obstruerande, illojala och ineffektiva processföring som medförde att LBB tvingades att be om att få inkomma med sin RoJ, något som beviljades av skiljenämnden.

Som parterna är överens om var det LBB som hade att påstå att bolagen Naftogaz och Ukrtransgaz handlingar kunde tillskrivas Ukraina. LBB gjorde detta i sitt SoC. Det ankom sedan på Ukraina att göra de invändningar och presentera de underliggande fakta som Ukraina ville föra fram i sin SoD i enlighet med artikel 24(2) i SCC-reglerna, vilket Ukraina underlät att göra. Först i sista yttrandet klargjorde Ukraina sin inställning till landets ansvar för Naftogaz och Ukrtransgaz handlingar (dvs. huruvida bolagens ageranden kunde rättsligt tillskrivas Ukraina), trots tidigare påpekanden att talan var oklar i det avseendet. Ukrainas agerande att inte i tid presentera sin talan resulterade i att ytterligare skriftväxling var nödvändig samt att LBB fick lägga ner omfattande tid på att försöka förstå Ukrainas talan, vilket genererade merkostnader i

form av ombudsarvode och arvoden till LBB:s experter. Merkostnaderna uppgick till 208 100 GBP.

Ukrainas påståenden om korruption omformulerades på ett sent stadium och gjordes mot bättre vetande. De korruptionsanklagelser som framfördes av Ukraina i SoD avsåg endast påstådda mutor under åren 2003–2004. I sin Rejoinder kom Ukraina, fjorton månader senare, med ett stort antal påståenden om bedrägliga transaktioner som Ukrnafta skulle ha genomfört för Kolomoiskys vinning under åren 2003–2015. Dessa bedrägerianklagelser var inte desamma som tidigare framförda korruptionsanklagelser, utan innebar att Ukraina omformulerade sin talan väsentligt i ett sent skede. Denna processföring orsakade betydande merkostnader som hade kunnat undvikas. Bl.a. nödvändiggjorde detta att LBB gav in tre nya omfattande vittnesattester till sin RoJ samt en stor mängd skriftlig bevisning. Om LBB hade känt till Ukrainas sent framställda anklagelser hade LBB bemött dessa i samband med tidigare inlagor och de vittnesintervjuer som bokats in för framtagande av dessa. Merkostnaderna uppgår till åtminstone 332 400 GBP.

Ukraina underlät att vid slutförhandlingen över huvud taget återkomma till bedrägeri-anklagelserna samt därtill hörande bevisning. Ukraina tyngde på detta sätt i onödan processen, vilket genererade onödigt merarbete för LBB. Att Ukraina inte självmant lyfte dessa invändningar under slutförhandlingen visar att invändningarna gjordes mot bättre vetande och innebar i praktiken att Ukraina frånföll invändningarna.

Ukraina underlät även att vid slutförhandlingen över huvud taget återkomma till sin invändning att LBB inte sökt lösa tvisten med Ukraina i godo. Ukraina frånföll således i praktiken även den invändningen.

LBB tvingades förbereda ett bemötande av invändningarna i tron att Ukraina avsåg återkomma till dem, vilket resulterade i en uppenbart onödig merkostnad för LBB avseende ombudsarvode om 230 600 GBP. Parterna hade under alla förhållanden besparats stora merkostnader om Ukraina formulerat sin talan på detta sätt redan i SoD.

Ukraina fördyrade också bevisupptagningen i skiljeförfarandet. Ukraina agerade ineffektivt och illojalt inom ramen för editionsförfarandena genom att framställa ett mycket stort antal ogrundade yrkanden. I det första editionsförfarandet avslogs 51 av 65 begärda dokumentkategorier helt eller delvis. I samband med skriftväxlingen kring detta första editionsförfarande åsamkades LBB en avsevärd merkostnad. Därutöver tillhandahöll Ukraina dokument för sent. Dokumenten överlämnades först nästan tre veckor efter det datum som skiljenämnden bestämt. Ukrainas begäran i september 2017 om ett andra editionsförfarande var över huvud taget inte motiverad, och fanns inte med i den fastställda tidplanen. Av 35 olika kategorier av dokument som Ukrainas begäran omfattade avslogs 23 helt. Att bemöta Ukrainas grundlösa begäran tog mycket tid i anspråk för LBB och innebar en avsevärd ökning av LBB:s kostnader.

Ukrainas illojala och kostnadsdrivande processföring under det första editionsförfarandet orsakade merkostnader avseende ombudsarvode om 216 700 GBP, och under det andra editionsförfarandet merkostnader om 153 200 GBP.

Ukraina orsakade merkostnader om totalt 19 300 GBP genom att utan godtagbara skäl motsätta sig hur vittnesförhöret med Kolomoisky skulle hållas. LBB erbjöd sig att fullt ut ersätta Ukraina för eventuella merkostnader till följd av att förhöret med Kolomoisky genomfördes från Tel Aviv. Ukrainas agerande i strid med ”good faith” genererade ombudsarvoden som hade kunnat undvikas. Av merkostnaderna avsåg 9 800 GBP att Ukraina motsatte sig att han skulle höras via videolänk, och 9 500 GBP att Ukraina motsatte sig att han skulle höras från Tel Aviv.

Ukrainas kritik mot LBB:s processföring

Ukrainas påståenden om att LBB:s processföring var kostnadsdrivande, att LBB:s processföring var ineffektiv och att LBB underlät att följa skiljenämndens procedurorder bestrids. LBB:s processföring var effektiv och lojal.

Ukraina har påstått att LBB väntade till ett sent skede med att begära att få inkomma med sin RoJ trots att LBB tidigt känt till att Ukraina hade för avsikt att invända mot skiljenämndens jurisdiktion. Detta bestrids. LBB har inte haft att begära att inkomma med RoJ innan dess att Ukraina *de facto* invänt mot skiljenämndens jurisdiktion. Det var Ukrainas obstruktiva, illojala och ineffektiva processföring som medförde att LBB tvingades begära att få inkomma med RoJ, något som beviljades av skiljenämnden.

Ukraina har påstått att LBB lämnade in sakkunnigutlåtanden utanför tidplanen. Det stämmer inte. LBB uppdaterade endast beräkningarna i tre av LBB redan åberopade sakkunnigutlåtanden. Parterna hade kommit överens om att såväl LBB som Ukraina skulle få inkomma med vissa uppdateringar till tidigare gjorda beräkningar i utlåtandena.

Ukraina har menat att det innebar en fördyring att LBB motsatte sig Ukrainas begäran om att målet skulle delas upp på så sätt att skiljenämnden prövade jurisdiktionsfrågan i ett särskilt avgörande. Det stämmer i och för sig att LBB motsatte sig Ukrainas begäran. Skälet var att en sådan handläggning inte var processekonomiskt motiverad. Jurisdiktionsfrågan var nära sammankopplad med sakfrågorna i målet, varför en uppdelning hade påverkat effektiviteten av och kostnaderna i förfarandet negativt.

Ukraina har kritiserat LBB:s agerande under det första editionsförfarandet. Kritiken bestrids. LBB lämnade under det första editionsförfarandet frivilligt ut dokument som var relevanta och väsentliga för frågorna i målet. Det bestrids att LBB underlät att klarlägga sina ägarstrukturer i SoC. LBB redogjorde utförligt för ägarstrukturen i SoC.

Skäligheten i Ukrainas rättegångskostnad i skiljeförfarandet

Ukrainas kostnader för skiljeförfarandet var inte skäliga. I denna del åberopas samma omständigheter som anförts vad gäller kostnadsfördelningen.

LBB:s talan har därtill varit mer resurskrävande än Ukrainas, och det var LBB som utförde många tids- och kostnadskrävande administrativa uppgifter för båda parter.

Trots det uppgick Ukrainas kostnader (utifrån växelkursen i december 2020) till ca tre miljoner USD mer.

Ukrainas påstående att Ukraina tvingades lägga stora resurser på att bemöta ett skadeståndsanspråk som skiljenämnden saknade behörighet att bedöma bestrids. Skiljenämnden hade behörighet att bedöma skadeståndsanspråket och har felaktigt avvisat målet. Oavsett detta var emellertid en uppdelning av målet inte processekonomiskt motiverad, eftersom jurisdiktionsfrågan var nära sammankopplad med sakfrågorna i målet. En uppdelning av målet hade därmed negativt påverkat effektiviteten av, och kostnaderna i, förfarandet.

UTREDNINGEN

Parterna har åberopat omfattande skriftlig bevisning. På Ukrainas begäran har hovrätten även tagit del av en videoinspelning från ett tillfälle när Igor Kolomoisky fick frågor av en kommitté som tillsatts av Ukrainas parlament. Parterna har vidare hänvisat till omfattande praxis från skiljenämnder och åberopat ett stort antal rätts- och expertutlåtanden som lades fram i skiljeförfarandet. Båda parter har åberopat nya rättsutlåtanden i hovrätten, LBB ett rättsutlåtande av professor Andrea K. Bjorklund och Ukraina ett rättsutlåtande av docenten Crina Baltag.

HOVRÄTTENS DOMSKÄL

Inom ramen för LBB:s talan i mål T 5378-21 tar hovrätten i en första del av domskälen upp frågor om ramen för prövningen, bl.a. om det finns någon regel som innebär att processhandlingar i skiljeförfarandet är bindande för parterna vid en talan enligt 36 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF). Därefter tar domstolen i denna inledande del upp frågor om innebörden av några av de processuella berepp som skiljenämnden har använt. I anslutning härtill tar hovrätten även upp några utgångspunkter för traktatolkning. Hovrätten prövar herefter de tre obehörighetsgrunder som skiljenämnden grundat sitt beslut på: först frågan om nekande av förmåner enligt artikel 17(1) ECT, sedan frågan om det varit rätt av skiljenämnden att avvisa LBB:s talan med

hänvisning till korruption och sist frågan om LBB gjort en investering i ECT:s mening. Frågan om fördelningen av rättegångskostnader i detta mål behandlas avslutningsvis i denna del av domen.

I en andra del av domskälen prövar hovrätten sedan Ukrainas talan i mål T 5288-21 och frågan om fördelningen av parternas rättegångskostnader i det målet.

T 5378-21

Ramen för hovrättens prövning

En skiljenämnd får enligt 2 § första stycket LSF pröva sin egen behörighet att avgöra tvisten. Behörighetsprövningen är inte begränsad till att avse endast vissa frågor, utan omfattar samtliga frågor som avser skiljenämndens behörighet. Skiljenämndens behörighetsprövning omfattar frågor om skiljenämndens kompetens, såsom parternas skiljebundenhet, tvistefrågans skiljedomsräddighet och förekomsten av processhinder (se NJA 2016 s. 264, p. 15 och 16). Behörighetsprövningen enligt 2 § LSF omfattar därmed alla sådana förhållanden som kan leda till avvisning om skiljenämnden finner sig sakna behörighet, dvs. sådana avvisningsbeslut som kan bli prövade enligt 36 § LSF (jfr prop. 2017/18:257 s. 50 f.).

I 34 § andra stycket LSF, som reglerar klander av skiljedomar, finns en regel som innebär att en part inte har rätt att åberopa en omständighet som parten genom att delta i skiljeförfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande. Någon motsvarande regel finns inte i 36 § LSF. Redan denna skillnad i bestämmelserna om klander av skiljedom respektive ändring av skiljedom visar att det inte varit lagstiftarens avsikt att en parts processhandlingar i skiljeförfarandet ska vara bindande vid en efterföljande talan enligt 36 § LSF. Det är också på detta sätt bestämmelsen har tolkats i den rättsvetenskapliga litteraturen (jfr Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar, fjärde upplagan, 2020, kommentaren till 36 § LSF, s. 1019 f., punkt 4.2.2).

Parternas eventuellt gemensamma syn på hur prövningen i skiljenämnden skulle gå till kan visserligen ha bundit skiljenämnden i enlighet med principen om partsautonomin (jfr 21 § LSF samt prop. 1998/99: 35 s. 121 och 146). Det är dock inte fråga om att de därigenom skulle ha vidtagit någon processrättshandling som endast skulle kunna återtas i skiljenämnden men inte här i hovrätten (jfr Lindskog, a.a., a. kommentar, s. 1016, punkt 3.2, fotnot 4078 och s. 1018, punkt 4.1.3, fotnot 4088 – jfr även med 50 kap. 25 § tredje stycket rättegångsbalken, där det endast anses vara erkännanden av omständigheter som inte kan återtas i hovrätten, medan det står en part fritt att ändra sina rättsliga ståndpunkter, se t.ex. Fitger m.fl., Rättegångsbalken, 3 dec. 2024, Version 97, JUNO, kommentaren till 50 kap. 25 §).

Vid denna bedömning saknas det skäl för hovrätten att pröva om Ukraina har visat att parterna i skiljeförfarandet varit överens om prövningen på det sätt som Ukraina påstått.

Innebörden av några av de begrepp som används i skiljedomen

Ukraina yrkade i skiljeförfarandet (se skiljedomen p. 242) i första hand att skiljenämnden skulle ”dismiss” LBB:s yrkanden antingen på grund av ”lack of jurisdiction” och/eller på grund av att kraven var ”inadmissible”. I många fall är det svårt att översätta processuella begrepp på t.ex. engelska till svenska, eftersom begreppen ofta används i en processrättslig kontext som skiljer sig från den svenska. Med hänsyn härtill finns anledning att något beröra innebörden av de engelska begreppen ”jurisdiction”, ”admissibility” och ”dismiss” när de används i internationell rätt. Av betydelse i detta hänseende är den engelska versionen av SCC-reglerna och vissa andra centrala processuella regelverk.

SCC-reglerna innehåller inte några närmare bestämmelser om skiljemännens handläggning. I artikel 19 anges att skiljemännen med beaktande av SCC-reglerna och parternas överenskommelser får handlägga skiljeförfarandet på det sätt som skiljenämnden anser är lämpligt. SCC-reglerna innehåller emellertid, under den del av regelverket som har rubriken ”Commencement of Proceedings” (”Inledande av

skiljeförfarande”) vissa handläggningsregler för SCC:s styrelse och sekretariat, som speglar innebörden av de nu aktuella begreppen. I t.ex. artikel 10 anges att “The Board shall dismiss a case, in whole or in part, if: (i) the SCC manifestly lacks jurisdiction over the dispute”.

Begreppet ”jurisdiction” har sitt ursprung i latinets *iurisdictio* med betydelsen jurisdiktion, dvs. behörighet att utöva rättskipning (”extent or range of judicial or administrative power”). Begreppet förekommer, som nyss nämnts i bl.a. artikel 10 i den engelska versionen av SCC-reglerna i denna betydelse. I internationell rätt används begreppet ”jurisdiction” med avseende på såväl geografisk och saklig behörighet som tidsmässig behörighet (se t.ex. de engelska versionerna av artikel 32 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, EKMR, och artiklarna 11–13 i Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen). I svensk processrätt används begreppet med avseende på främst geografisk och saklig behörighet.

Ordet ”inadmissible” utgör motsatsen till ”admissible”, som härrör från latinets *admittere* och som bl.a. har betydelserna släppa in och tillåta (”let in” och ”admit”). I artikel 26(1) i SCC-reglerna, som rör bevisning, förekommer begreppet ”admissible” i formen ”admissibility”. I internationell rätt används begreppet ”inadmissible” med avseende på bl.a. hinder mot att pröva ett mål i sak av skäl som inte är hänförligt till domstolen eller skiljenämnden (se artikel 35.3 EKMR och artikel 17 i Romstadgan). Begreppet ”inadmissible” i denna betydelse motsvaras i svensk processrätt delvis av begreppet processhinder, men det svenska begreppet har en vidare innebörd och omfattar även bristande behörighet. (Angående kopplingen mellan bristande processförutsättningar och processhinder samt om olika slags processhinder, se Lindblom, Processhinder, 1974, s. 21 f.).

Begreppet ”dismiss” emanerar från latinets *demittere* med betydelsen sända i väg (”to send away”). I den engelska versionen av SCC-reglerna förekommer begreppet ”dismiss” i flera bestämmelser i betydelsen avvisa. I artikel 10 anges, som ovan anförts, att SCC:s styrelse under inledningen av skiljeförfarandet ska avvisa målet,

bl.a. om (i) det är uppenbart att SCC saknar behörighet att befatta sig med tvisten. Även i internationell rätt används begreppet ”dismiss” i betydelsen avvisa (se bl.a. artikel 159 a i EU-domstolens rättegångsregler). Men begreppet kan också användas när en talan ogillas efter prövning i sak, ibland tydliggjort genom användning av uttrycket ”dismiss on the merits”. Begreppet ”dismiss” motsvaras alltså delvis av det i svensk processrätt använda begreppet avvisa.

Några utgångspunkter vid traktattolkning

Tolkningen av en fördragsbestämmelse ska ske i enlighet med artiklarna 31 och 32 i Wienkonventionen om traktaträtten. Utgångspunkten är alltid traktatens ordalydelse och ordens gängse mening, tolkade i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte (artikel 31.1). En traktats ändamål och syfte är inte ett självständigt tolkningsmedel, utan en del av den tolkningsoperation som ska göras enligt artikel 31 för att förstå traktatens gängse mening (jfr Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, United Nations, 2005, s. 218 ff.).

Vid tolkningen ska hänsyn även tas till bl.a. efterföljande praxis vid traktatens tillämpning, som visar på enighet mellan parterna om traktatens tolkning, och relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna (artikel 31.3). Även supplementära tolkningsmedel kan användas för att få bekräftelse på en tolkning som gjorts enligt artikel 31 eller för att fastställa innebörden, när en tolkning enligt artikel 31 antingen inte undanröjer tvetydigheter eller oklarheter, eller leder till ett uppenbart orimligt eller oförnuftigt resultat (artikel 32). Sådana supplementära tolkningsmedel innefattar förarbetena till traktaten och omständigheterna vid dess ingående.

Kunde skiljenämnden avvisa LBB:s talan med stöd av artikel 17(1) ECT?

Den reglering i ECT som är central för detta avsnitt

Artikel 17(1) i ECT har följande lydelse.

ARTICLE 17

NON-APPLICATION OF PART III IN CERTAIN CIRCUMSTANCES

Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

- (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized [...]

Enligt den översättning av energistadgefördraget till svenska som gjorts inom EU har artikeln följande lydelse (se för översättningen SÖ 1997:57, s. 142–164).

Artikel 17

Undantag från tillämpning av del III under vissa förhållanden

De fördragsslutande parterna förbehåller sig rätten att neka förmåner enligt denna del till:

- (1) en juridisk enhet, om medborgarna i en tredje stat äger eller kontrollerar enheten och om enheten i fråga inte bedriver någon betydande affärsverksamhet i den del av den fördragsslutande partens område där den är organiserad [...]

Artikel 26(1) i ECT har följande lydelse.

ARTICLE 26

**SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR AND A
CONTRACTING PARTY**

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

I den officiella översättningen inom EU har samma artikel följande lydelse.

Artikel 26

Lösning av tvister mellan en investerare och en fördragsslutande part

- (1) Tvister mellan en fördragsslutande part och en investerare från annan fördragsslutande part om en investering som den senare gjort i den förstnämndes område och som gäller påstått brott mot ett av den fördragsslutande partens åtaganden enligt del III skall, om möjligt, lösas i godo.

Gjorde skiljenämnden rätt som hanterade artikel 17(1) som en behörighetsfråga?

Skiljenämnden har i denna del avvisat LBB:s talan med hänvisning till att Ukraina på ett giltigt sätt åberopat artikel 17(1) ECT för att neka LBB rättigheter enligt del III i ECT (se skiljedomen p. 654). LBB har påstått att artikel 17(1) ECT inte ska hanteras som en behörighetsfråga.

En första fråga för hovrätten är mot denna bakgrund vilken typ av processhandling det är när en stat utövar sin rätt att neka förmåner till en investerare med stöd av artikel 17(1) ECT – är ett sådant nekande något som gör en skiljenämnd obehörig (jurisdiction), något som utgör någon annan form av processhinder (admissibility) eller är det något som ska prövas som en del av saken (merits)?

Placeringen av artikel 17 ECT i del III av fördraget och bestämmelsens ordalydelse talar entydigt för att nekandet inte påverkar en skiljenämnds behörighet. Artikelns rubrik är således ”Undantag från tillämpning av del III under vissa förhållanden”. Rubriken för del III av ECT är i sin tur ”Främjande och skydd av investeringar”, dvs. detta kapitel innehåller fördragets materiella bestämmelser om investeringsskydd. Artikel 17 inleds också med ”De fördragsslutande parterna förbehåller sig rätten att neka förmåner *enligt denna del*” (hovrättens kursivering). Artikel 26, med rubriken ”Lösning av tvister mellan en investerare och en fördragsslutande part” finns i sin tur i del V av fördraget med rubriken ”Tvistlösning”.

Även placeringen och utformningen av artikel 16 ECT ger stöd för att artikel 17 inte gör skiljenämnden obehörig. Artikel 16 är placerad i del III och rör, liksom artikel 17, annat än det materiella innehållet i en investerares rättigheter enligt fördraget. I artikel 16 finns emellertid, till skillnad från i artikel 17, flera tydliga hänvisningar både till del III och V i fördraget (avseende den senare delen med innebörden att den mest förmånliga regleringen avseende rätten till skiljeförfarande ska gälla för investeraren vid en jämförelse mellan två fördrag). Om artikel 17 skulle ha betydelse även med avseende på del V i fördraget, borde artikeln i konsekvensens namn ha nämnt denna del av fördraget.

I detta sammanhang kan nämnas att det när ECT förhandlades fram fördes diskussioner om huruvida vissa tvister enligt artikel 17 skulle undantas från artikel 26 (diskussionen gällde i och för sig inte artikel 17(1) utan artikel 17(2), dvs. en närbesläktad situation där en stat har rätt att neka förmåner). Det diskuterade förslaget infördes dock inte i den slutliga fördragstexten (se Hobér, *The Energy Charter Treaty – A Commentary*, 2020, s. 333, härefter kommentaren till ECT). Även detta talar för att man, när ECT antogs, medvetet uteslöt möjligheten att en tillämpning av artikel 17 skulle påverka en skiljenämnds behörighet enligt artikel 26.

I samma riktning talar den översyn av artikel 17 ECT som pågår sedan en tid tillbaka. Enligt ett förslag ska i artikeln läggas till bl.a. en skrivning om att både tillämpning av del III av ECT och av artikel 26 i fördraget ska kunna nekas (se Energy Charter Secretariat, CC 750 Rev, s. 47, bilaga till Europeiska kommissionen, *Energy Charter Treaty modernisation* den 27 juni 2022, WK 9218/2022 – rubriken till artikel 17 föreslås också ändras så att artikel 26 läggs till där). Som framgår nedan finns t.ex. inte någon fast praxis som skulle kunna sägas bli bekräftad genom de föreslagna ändringarna.

I kommentaren till ECT anförs att alla skiljenämnder som ställts inför den fråga hovrätten nu har att pröva har ansett att prövningen enligt artikel 17 rör en fråga som hör till saken (merits) och inte påverkar skiljenämndens behörighet. I fall där frågan om tillämpning av artikel 17 väckts av svarandestaterna har dock skiljenämnder

hanterat artikel 17 som en ”preliminary question” och behandlat den i skiljedomar eller beslut som avsett behörighet (se kommentaren till ECT s. 333 med där gjorda hänvisningar). Hovrättens genomgång av aktuell skiljenämndspraxis bekräftar slutsatserna i kommentaren. Enligt svensk processrätt hade frågan behandlats som en prejudiciell fråga inom ramen för själva saken.

Sammanfattningsvis talar fördragets ordalydelse och systematik entydigt emot att det med stöd av artikel 17 ECT skulle vara möjligt att neka rätten till skiljeförfarande enligt artikel 26 i fördraget, och därmed beröva skiljenämnden dess behörighet. Även de förslag som övervägdes när ECT förhandlades fram och den översyn som nu pågår talar emot det. Inte heller finns stöd i skiljenämndspraxis eller doktrin för att en skiljenämnd kan avvisa en talan med stöd av artikel 17(1).

Skiljenämnden gjorde följaktligen inte rätt som prövade nekandet av förmåner enligt artikel 17(1) ECT som en behörighetsfråga och med stöd av bl.a. den artikeln fann sig obehörig att pröva LBB:s yrkanden (”decline[d] jurisdiction over Claimant’s claims” – se skiljedomen p. 654). I linje med att artikeln tillhör ECT:s materiella reglering saknas det också stöd för att tolka artikel 17 som en formell regel innehållande en annan typ av processhinder än bristande behörighet (dvs. att ett nekande av förmåner skulle vara en fråga om ”admissibility”).

Hovrätten har ovan konstaterat att skiljenämnden skulle ha tillämpat artikel 17(1) ECT som en del av saken. Om skiljenämnden funnit sig vara behörig, skulle artikeln därmed rätteligen ha prövats i förhållande till Ukrainas i andra hand framställda yrkande i sak, dvs. att skiljenämnden skulle avslå LBB:s alla krav såsom ogrundade (”dismiss [...] as unfounded”, se skiljedomen p. 242). Frågan är om hovrätten, som Ukraina anfört, kan göra en sådan prövning och – om hovrätten skulle dela skiljenämndens bedömningar i sak – konstatera att en korrekt hantering skulle ha lett till att LBB:s talan i skiljeförfarandet hade ogillats samt att LBB:s talan i detta mål därför ska ogillas.

Om skiljenämnden funnit sig behörig och efter en materiell prövning av skiljemålet ogillat LBB:s talan med hänvisning till Ukrainas åberopande av artikel 17(1) ECT

hade dess skiljedom endast kunnat angripas av LBB genom klander enligt 34 § LSF. En talan enligt 36 § LSF hade alltså varit utesluten och hovrätten hade vid en klanderprocess varit förhindrad att göra en bedömning i sak av skiljenämndens materiella prövning av rekvisiten i artikel 17(1) ECT. Att de omständigheter som åberopats, den utredning som lagts fram och den prövning som skiljenämnden haft att göra i princip skulle ha varit densamma som den hovrätten har att göra, ändrar inte på detta.

Vid dessa förhållanden är hovrätten förhindrad att göra en materiell överprövning av om skiljenämnden bedömt rekvisiten i artikel 17(1) ECT rätt eller inte. En sådan prövning skulle innebära att hovrätten måste befatta sig med en del av saken eller annorlunda uttryckt och i linje med lydelsen i 36 § LSF, att hovrätten befattade sig med vissa av de frågor som lämnats till avgörande av skiljenämnden (jfr här Lindskog, a.a., kommentaren till 2 § LSF, s. 295, avsnitt 4.2.5 och kommentaren till 36 § LSF, s. 1018, avsnitt 4.1.1 och särskilt fotnot 4086).

Det är i och för sig möjligt att föra en talan enligt 34 § LSF subsidiärt med en talan enligt 36 § LSF (se Lindskog, a.a., kommentaren till 34 § LSF, s. 995 f., avsnitt 7.2.4 och kommentaren till 36 § LSF, s. 1016, avsnitt 3.2). Målet i hovrätten är emellertid inte en klandertalan enligt 34 § LSF och det saknas i målet också någon åberopad grund för klander. Hovrätten kan därför varken bifalla LBB:s yrkande om att upphäva skiljenämndens avgörande eller ogilla LBB:s talan utan att ens pröva om skiljenämnden bedömt kriterierna enligt artikel 17(1) ECT korrekt.

På grund av det anförda är hovrätten, till följd av att skiljenämnden felaktigt avvisat LBB:s talan på den grunden att nämnden med tillämpning av artikel 17(1) ECT funnit sig obehörig, förhindrad att göra en prövning av om de omständigheter som Ukraina åberopat skulle ha lett till att LBB:s talan borde ha ogillats. Hovrätten är också förhindrad att pröva om skiljenämndens avgörande ska upphävas enligt 34 § LSF eller om LBB:s talan ska ogillas utan att ens pröva om nämndens bedömningar i förhållande till artikel 17(1) var korrekta.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har hovrätten funnit att det inte var riktigt av skiljenämnden att avvisa LBB:s talan med stöd av artikel 17(1) ECT. Hovrätten har vidare funnit att domstolen enligt svensk skiljemannarätt är förhindrad dels att pröva om en behörig skiljenämnd i och för sig hade kunnat ogilla LBB:s talan med stöd av artikel 17(1) med utgångspunkt i den prövning som nämnden gjort, dels att ta ställning till LBB:s talan utan att gå in i prövning av om nämnden bedömt artikel 17(1) rätt i sak.

Kunde skiljenämnden avvisa LBB:s talan på grund av korrupktion?

Den reglering i ECT som är central för detta avsnitt

Artikel 26(3)(a) och (6) i ECT har följande lydelse.

ARTICLE 26

SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR AND A CONTRACTING PARTY

[...]

(3) (a) Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article.

[...]

(6) A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.

I den officiella översättningen inom EU har samma artiklar följande lydelse.

Artikel 26

Lösning av tvister mellan en investerare och en fördragsslutande part

[...]

(3) (a) Med förbehåll endast för punkt b och c medger alla fördragsslutande parter härmed villkorslöst att en tvist överlämnas för internationell skiljedom eller förlikning i enlighet med bestämmelserna i denna artikel.

[...]

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

Vad ingår i hovrättens prövning i denna del?

Skiljenämnden har i den här delen avvisat LBB:s yrkanden ("decline[d] jurisdiction over Claimant's claims") med hänvisning till att LBB:s påstådda investering – inbegripet deras agerande för att ta och behålla kontroll över Ukrnaftas ledning – var fläckad av mutor och korruption samt att den stod i strid med internationell *ordre public* ("international public policy", se skiljedomen p. 654). Av skiljedomen framgår att skiljenämnden som grund för sitt avvisningsbeslut inte tillämpade artikel 26 ECT, utan oskrivna principer i internationell rätt som enligt skiljenämnden kräver avvisning av LBB:s talan (se skiljedomen p. 433–435).

Skiljenämnden grundade sin rätt att tillämpa rättskällor utanför ECT på artikel 26(6) ECT, som stadgar att en skiljenämnd ska besluta i de frågor som tvisten gäller i överensstämmelse med ECT och tillämpliga regler och principer i internationell rätt (se skiljedomen p. 435). Det står visserligen med utgångspunkt i bestämmelsens ordalydelse klart att skiljenämnden har haft att tillämpa regler och principer i internationell rätt vid sitt avgörande av skiljemålet. Ordalydelsen talar dock emot att behörighetsfrågor inryms i formuleringen "besluta i de frågor som tvisten gäller" ("decide the issues in dispute"), en formulering som normalt avser saken i målet.

I kommentaren till ECT anges med utgångspunkt i ordalydelsen och systematiken i artikel 26 att det som avses endast är frågor i del III i ECT samt att artikel 26(6) därmed inte har någon relevans för frågor som rör en skiljenämnds behörighet (se kommentaren till ECT s. 450).

Hovrättens slutsats blir att skiljenämnden inte har haft stöd i artikel 26(6) ECT för att tillämpa internationell rätt i frågan om sin behörighet. Detta har dock inte påverkat möjligheten för skiljenämnden att stödja sig på internationell *ordre public*, eftersom den till sin karaktär är sådan att den alltid gäller (se nästa avsnitt). Men det innebär alltså att skiljenämnden inte på ECT kunnat stödja en tillämpning av allmänna rättsprinciper i internationell rätt eller internationell sedvanerätt.

Utifrån skiljenämndens uttalande i p. 434 i skiljedomen framgår dock att nämnden uppfattat att parterna varit överens om att nämnden skulle tillämpa internationell rätt när den bedömde behörighetsfrågan, vilket kan ha gjort att nämnden var bunden att göra så enligt principen om partsautonomi. Inte heller har LBB i hovrätten ifrågasatt att skiljenämnden i och för sig hade möjlighet att beakta internationell rätt vid sin prövning av behörighetsfrågan.

Hovrätten noterar att skiljenämnden inte bara behövde ha stöd för att något handlande som kan tillskrivas LBB strider mot internationell rätt eller utgör internationell *ordre public*, utan även för att internationell rätt påbjuder att rättsföljden av detta är avvisning.

I fråga om avvisning uttalade skiljenämnden att den hade ett uppdrag att upprätthålla internationell *ordre public* och att detta gav nämnden ett mandat att neka behörighet för krav rörande en investering som anskaffats, påverkats eller på något sätt fläckats eller genomsyrats av mutor och/eller korruption, olaglighet eller annat internationellt oacceptabelt beteende (se p. 442). Vidare uttalade skiljenämnden bl.a. att skyddet under ECT inte gäller för investeringar fläckade av eller gjorda i strid med rättsstatens principer ("the rule of law"), grundläggande rättsliga skyldigheter eller internationell *ordre public* (se p. 488).

Det första ledet i skiljenämndens beslut, att investeringen var fläckad av mutor och korruption, syftar av sammanhanget att döma på en princip i internationell rätt om "rena händer" (formulerad som en doktrin om "clean" eller "unclean hands", beroende på perspektivet). Frågan för hovrätten är om en sådan princip finns i internationell rätt och om den kräver att avvisning ska ske i ett fall som det aktuella. På motsvarande sätt ska hovrätten pröva om internationell *ordre public* kräver att avvisning ska ske.

Utöver att peka på principen om rena händer och internationell *ordre public* som rättsliga grunder för skiljenämndens avvisningsbeslut, har Ukraina också påstått att det finns ett underförstått laglighetskrav i ECT som innebär att LBB:s talan kan avvisas.

Hovrätten prövar först frågan om det finns ett laglighetskrav i ECT. Sedan prövar hovrätten frågan om vilket stöd skiljenämnden haft för sitt avvisningsbeslut i internationell *ordre public* och slutligen vilket stöd för beslutet som finns i principen om rena händer.

Finns det ett underförstått laglighetskrav i ECT?

Hovrätten konstaterar till att börja med att ingen av parterna åberopat någon utredning om innehållet i ukrainsk rätt med avseende på vad som kan göra en investering i Ukraina olaglig. Någon möjlighet för hovrätten att i målet pröva lagligheten av LBB:s påstådda investering i förhållande till ukrainsk rätt finns således inte. Även om ett eventuellt underförstått laglighetskrav i ECT således torde ha liten praktisk betydelse i målet i förhållande till Ukrainas från ECT fristående påståenden om överträdelser av internationell rätt, väljer hovrätten att pröva om Ukraina har fog för sitt påstående om att det finns ett underförstått laglighetskrav i ECT.

Till skillnad från vissa andra investeringsavtal innehåller inte ECT ett uttryckligt krav på att en investering måste ske i enlighet med värdstatens lagstiftning eller internationell rätt. I anslutning härtill kan nämnas att Australien försökte få gehör för en formulering av detta slag när ECT förhandlades fram, men någon sådan reglering kom inte med i den slutliga fördragstexten (se kommentaren till ECT s. 99).

Ukraina har emellertid gjort gällande att det finns ett underförstått laglighetskrav i ECT. Ett sådant krav har i vissa fall ansetts följa av staternas samtycke till skiljeförfarande. Det har därvid ansetts vara underförstått att staternas samtycke ges mot ett villkor att investeringen skett lagenligt.

Redan mot bakgrund av lydelsen i artikel 26(3)(a) ECT om att staternas samtycke till skiljeförfarande är villkorslöst (med förbehåll för vissa undantag som inte är aktuella här) framstår en sådan tolkning enligt hovrättens bedömning som alltför långtgående. Ett underförstått laglighetskrav i ECT skulle vidare göra den skillnad som finns i förhållande till traktater med uttryckligt laglighetskrav betydelselös. Att det finns

exempel på att skiljenämnder ansett att det finns ett underförstått laglighetskrav enligt ECT föranleder inte någon annan bedömning. (Se om detta vidare kommentaren till ECT s. 99.)

Det ovan nämnda förslaget till ändring av ECT innehåller i artikel 1(6) ett tillägg om att investeringar måste vara ”made or acquired in accordance with the applicable laws” i värdstaten, med ett förtydligande om att ”A minor violation of the laws applicable in the host Contracting Party at the time the investment was made or acquired does not mean an asset is not an Investment” (se Energy Charter Secretariat, CC 750 Rev, s. 7 f., bilaga till Europeiska kommissionen, Energy Charter Treaty modernisation den 27 juni 2022, WK 9218/2022). Att tillägget nu föreslås kan inte anses innebära att en rådande allmän praxis kodifieras, eftersom det inte finns någon sådan.

Hovrätten kommer följaktligen sammanfattningsvis fram till att det inte finns ett laglighetskrav i ECT och därmed att LBB:s talan inte kan avvisas på den grunden. Frågan är härefter om det i internationell rätt finns annat stöd för att avvisa LBB:s talan.

Kan LBB:s talan avvisas med hänvisning till internationell rätt?

Frågan som hovrätten ska ta ställning till är om det finns några regler eller principer i internationell rätt som innebär att en investering som tillkommit olagligt eller som kan kopplas till korruption inte kan bli föremål för prövning enligt artikel 26 ECT.

Huvuddelen av de påståenden om mutor, korruption, bedrägerier och förskingring som Ukraina kommit med i skiljemålet, och som gjorts gällande i detta mål, avser agerande av de verkliga huvudmännen och personer eller bolag kontrollerade av dem. Det är dock inte de verkliga huvudmännen som framställt krav enligt ECT mot Ukraina, utan LBB.

Frågan är således *dels* om det enligt internationell rätt föreligger hinder mot prövning av ett krav på skadestånd med sin grund i ett aktieinnehav som anskaffats eller

behållits på det sätt som Ukraina påstått, *dels* i vilken utsträckning agerande av LBB:s två största aktieägare (som tillsammans kontrollerar en majoritet av aktierna) ska tillskrivas bolagen vid bedömningen av behörighetsfrågan.

Inledningsvis berör hovrätten vilka rättskällor som i detta avseende finns i internationell rätt. En vanlig standard för detta är artikel 38 i Stadgan för den internationella domstolen. Där anges sammanfattningsvis att rättskällorna är (i) internationella överenskommelser som fastställer av aktuella stater uttryckligen erkända regler, (ii) internationell sedvänja, utgörande bevis för en allmän praxis, godtagen såsom gällande rätt, och (iii) allmänna, av de civiliserade folken erkända rättsgrundsatser samt (iv) rättsliga avgöranden och de olika ländernas mest sakkunniga författares lärosatser, såsom hjälpmedel för fastställande av gällande rätt.

För att ta ställning till förekomsten av ett krav på avvisning av otillbörliga anspråk i internationell *ordre public* inleder hovrätten med att gå igenom innebörden av detta begrepp.

Vilken innebörd har *ordre public*?

Med att något strider mot *ordre public* avses normalt att det är oförenligt med grunderna för rättsordningen i ett visst land (jfr New York-konventionen från år 1958 om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar artikel V(2)(b) och 33 § första stycket 2 LSF).

Begreppet ”internationell *ordre public*” brukar användas bl.a. för att beteckna regler som accepteras såsom grundläggande och som är universellt erkända av en klar majoritet av stater i det internationella samfundet, ofta sådana regler som kommit till uttryck i konventioner eller internationella deklARATIONER.¹

¹ Angående internationell *ordre public*, se bl.a. Redfern and Hunter on International Arbitration, sjunde upplagan, s. 550 ff. och Born, International Commercial Arbitration, Third Edition, Volume III s. 3606 f. och 4009 ff. med där gjorda hänvisningar – se även International Law Associations rekommendationer

Klart är att svensk *ordre public* har en viktig ställning i det nu aktuella skiljeförfarandet, eftersom sätet för skiljeförfarandet är i Sverige. En skiljedom i målet skulle således kunna ogiltigförklaras pga. att den stred mot svensk *ordre public* (jfr 33 § LSF). Skälen som brukar anges för att en skiljenämnd måste respektera internationell *ordre public* är dels att detta skyddar skiljedomen från att ogiltigförklaras med hänvisning till *ordre public*, dels att det säkerställer att skiljedomen kan verkställas.

Svensk rättspraxis visar, bl.a. med hänvisning till kravet på rättssäkerhet och artikel 6 EKMR, stor restriktivitet med att avvisa en talan pga. dess otillbörlighet. Dessutom visar svensk rättstillämpning en benägenhet att hålla isär straffrättsliga och civilrättsliga frågor, och därför tillåta en prövning i sak även av anspråk där de tillgångar som käranden för talan om har sitt direkta ursprung i brott.²

Det står med utgångspunkt i svensk rättspraxis klart att det inte skulle stå i strid med svensk *ordre public* att tillåta en prövning i sak av ett sådant skadeståndskrav som LBB framställt i skiljemålet, även om samtliga de omständigheter som Ukraina påstått skulle vara riktiga.

Finns ett krav att avvisa en talan kopplad till korruption i internationell *ordre public*?

Det finns flera folkrättsliga traktater med bred anslutning som syftar till att motverka och förbjuda korruption och som innebär att ett beviljande av ett krav som tillkommit direkt genom korruption generellt står i strid med *ordre public* i alla civiliserade stater. Till dessa hör Förenta nationernas konvention mot korruption, som i artiklarna 15 och 18 ålägger medlemsstaterna att kriminalisera mutbrott och bestickning av offentliga

rörande tillämpningen av internationell *ordre public* i samband med erkännande och verkställighet av skiljedomar, som definierar begreppet snävt, se artikel 1(c)–(d) i ILA resolution 2/2002.

² Se angående dessa frågor NJA 1992 s. 299, där det talas om att ett otillbörligt syfte med ett underliggande avtal uppenbart måste framgå av utredningen i målet för att avvisning ska vara aktuell, NJA 1997 s. 93, som talar om avtalets otillbörliga innehåll snarare än dess syfte och som anvisar att avvisning endast kan ske om avtalet är ogiltigt och saknar rättsverkan därför att det strider mot lag eller goda seder, samt NJA 2002 s. 322 och NJA 2008 s. 861 – jfr även Schultz, SvJT 2007 s. 477, som utförligt går igenom synen på frågor av detta slag i svensk skadeståndsrätt.

tjänstemän samt handel med inflytande. Till dessa hör också Europarådets straffrättsliga konvention mot korruption och Europarådets civilrättsliga konvention mot korruption samt OECD-konventionen mot mutor i internationella affärsuppgörelser.

De artiklar i FN:s korruptionskonvention som Ukraina hänvisat till kräver endast att fördragsstaterna kriminaliserar uppsåtligt agerande av den typ som anges i artiklarna, inte att agerandet får vissa civilrättsliga eller processuella verkningar för t.ex. bolag med koppling till korruptionen (konventionen innehåller dock regler om bl.a. frysning, beslag, förverkande, ogiltigförklaring och skadestånd – se artiklarna 31–35).

Europarådets straffrättsliga konvention mot korruption är uppbyggd på motsvarande sätt, med en inriktning mot straffrättsliga sanktioner. Europarådets civilrättsliga konvention mot korruption avser staters skyldigheter att bl.a. införa möjligheter för personer som lidit skada av korruption att få skadestånd och lagstiftning som förklarar avtal och avtalsvillkor som tillåter korruption ogiltiga. OECD-konventionen, som bara avser gränsöverskridande situationer, saknar också förbud och andra regler av detta slag.

Det kan alltså konstateras att det inte finns uttryckligt stöd i något internationellt rättsinstrument för att avvisa LBB:s talan.

När det gäller praxis rörande internationell *ordre public* konstaterar hovrätten att det inte är tydligt vare sig att denna praxis skulle kräva avvisning i någon påtagligt större utsträckning än svensk rätt eller att ett fall där omständigheterna är sådana som Ukraina påstår i detta mål skulle träffas av ett krav på avvisning. Huvuddelen av de avgöranden där avvisning skett med hänvisning till mutor och korruption eller bedrägeri har således avsett situationer där själva kravet i målet tillkommit direkt genom korruption eller bedrägeri av den part som fört talan i målet, ofta också direkt i förhållande till svarandestaten.

På motsvarande sätt som i svensk praxis har i dessa fall otillbörligheten i det underliggande avtal där den aktuella tillgången förvärvats varit uppenbar, något som

inte kan jämföras med LBB:s övertagande av Ukrnaftaaktier även om samtliga Ukrainas påståenden godtas. I flertalet fall är det också tydligt att den överträdde regeln huvudsakligen funnits i tillämplig nationell rätt.³

Relevant skiljenämndspraxis pekar dock på att en princip om handlande i god tro finns i internationell rätt och att den kan anses ha sådan status att den utgör internationell *ordre public*. Att en princip av detta innehåll är rådande vinner stöd av kommentaren till ECT, där det anges bl.a. att principen om handlande i god tro generellt är accepterad som en allmän rättsprincip i internationell rätt (se s. 453).

Principens närmare innebörd framstår dock som oklar, bl.a. i fråga om tillämplig rättsföljd. Det framgår sålunda inte tydligt att principen skulle innebära att en tillämpning av den leder till att talan avvisas. Närmare till hands ligger enligt hovrättens mening att något som strider mot principen om handlande i god tro beaktas vid en prövning i sak. Vid denna bedömning kan skiljenämnden inte anses ha haft stöd för sitt avvisningsbeslut i internationell *ordre public*.

Finns en avvisningsgrund i en internationellt erkänd princip om rena händer?

Praxis avseende principen om rena händer ("clean hands") är begränsad och inte enhetlig. Det finns några skiljedomar i vilka en sådan princip befunnits vara etablerad i internationell rätt⁴ medan skiljenämnder i andra avgöranden varit mer tveksamma eller kommit till motsatt slutsats.⁵

³ Se bl.a. World Duty Free mot Kenya, skiljedom den 4 oktober 2006, ICSID Case No. ARB/00/07, Plama mot Bulgarien, skiljedom den 27 augusti 2008, ICSID Case No. ARB/03/24, Inceysa mot El Salvador, skiljedom den 2 augusti 2006, ICSID Case No. ARB/03/26, Hamester mot Ghana, skiljedom den 18 juni 2010, ICSID Case No. ARB/07/24, och Churchill Mining mot Indonesien, skiljedom den 6 december 2016, ICSID Case No. ARB/12/14 och 12/40.

⁴ Se bl.a. den av skiljenämnden citerade domen Spentex mot Uzbekistan, skiljedom den 27 december 2016, ICSID Case No. ARB/13/26, som dock inte är publicerad, och Fraport mot Filippinerna II, skiljedom den 10 augusti 2014, ICSID Case No. ARB/11/12.

⁵ Se t.ex. Hulley mot Ryssland, ett av de s.k. Yukos-fallen, skiljedom den 18 juli 2014, PCA Case No. 2005-03/AA226, p. 1357–1363 och Sanum Investments mot Laos, skiljedom den 6 augusti 2019, PCA Case No. 2013-13, p. 104.

I doktrin synes det vara vanligt att ta upp principen om rena händer samtidigt som, och jämföra den med, internationell *ordre public*. I vissa framställningar har anförts att principen är erkänd i många staters rättsordningar och i dessa har status som internationell *ordre public*. I andra beskrivs principen om rena händer i första hand som en generell folkrättslig princip som, om den inte anses ha en sådan status, kan tolkas in i en traktat i enlighet med fördragsstaternas intentioner.

Internationella domstolen i Haag, vars avgöranden får anses ha stor betydelse när det gäller uttolkningen av folkrätten och därmed av internationell rätt, har ansett att principen om rena händer inte utgör en fråga om behörighet eller annat processhinder (admissibility) i folkrätten (se domstolens dom i Jadhav [Indien mot Pakistan], dom den 17 juli 2019 [ICJ Reports. No. 2019 p. 418], p. 61). Domstolen har även uttalat att den aldrig ansett principen om rena händer utgöra internationell sedvanerätt eller en allmän rättsprincip (se domstolens dom i Vissa iranska tillgångar, Iran mot Förenta staterna, dom den 30 mars 2023 [ICJ Reports. No. 2019 p. 51] p. 81–82).

Särskilt med hänsyn till Internationella domstolens avgöranden finner hovrätten att det saknas tillräckligt stöd i internationell rätt för att, som skiljenämnden gjort, grunda ett avvisningsbeslut på principen om rena händer. Inte heller om skiljenämnden hade grundat sitt beslut på något annat processhinder än behörighet (dvs. behandlat invändningen som en fråga om admissibility) finns stöd i internationell rätt för att stödja ett sådant beslut på principen om rena händer.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis bedömer hovrätten att det inte funnits förutsättningar för skiljenämnden att avvisa LBB:s talan med hänvisning till att LBB:s påstådda investering, inbegripet deras agerande för att ta och behålla kontroll över Ukrnaftas ledning, var fläckad av mutor och korruption eller med hänvisning till att den tillkommit genom en överträdelse av internationell *ordre public*, vare sig därför att skiljenämnden var obehörig eller för att det förelåg någon annan typ av processhinder.

Kunde skiljenämnden avvisa LBB:s talan på grund av att investering inte visats?

Den reglering i ECT som är central för detta avsnitt

Artikel 1(6) och (8) i ECT har följande lydelse.

ARTICLE 1 DEFINITIONS

[...]

- (6) “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:
- (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
 - (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
 - (c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
 - (d) Intellectual Property;
 - (e) Returns;
 - (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term “Investment” includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the “Effective Date”) provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

“Investment” refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat.

[...]

- (8) “Make Investments” or “Making of Investments” means establishing new Investments, acquiring all or part of existing Investments or moving into different fields of Investment activity.

I den officiella översättningen inom EU har samma artikel följande lydelse.

Artikel 1

Definitioner

[...]

- (6) *investering*: varje slag av tillgång, som ägs eller kontrolleras, direkt eller indirekt, av en investerare och omfattar:
- (a) materiella och immateriella tillgångar, fast och lös egendom och övriga tillgångar, såsom arrenden, hypotek och andrapant- och säkerhetsrätter och hypotek,
 - (b) ett bolag eller affärsdrivande företag eller aktier, aktiekapitalandelar eller andra former av andelar i eget kapital i ett bolag eller ett affärsdrivande företag, samt ett bolags eller affärsdrivande företags obligationer och andra skuldförbindelser,
 - (c) rättsanspråk på pengar eller prestationer till följd av avtal, som har ett ekonomiskt värde och är förenade med en investering,
 - (d) immateriell äganderätt,
 - (e) avkastning,
 - (f) varje rättighet grundad på lag eller avtal eller med stöd av koncessioner eller tillstånd, som lämnats enligt lag att bedriva ekonomisk verksamhet inom energisektorn.

En förändring av den form i vilken tillgångar är investerade ändrar inte deras egenskap av investeringar. Begreppet *investering* omfattar alla investeringar oavsett om de förelåg eller görs efter den senare av de tidpunkter då detta fördrag träder i kraft för investerarens fördragsslutande part och för den fördragsslutande part inom vars område investeringen görs (i det följande kallad *ikraftträdandedagen*), under förutsättning att fördraget skall tillämpas på frågor som rör sådana investeringar först efter ikraftträdandedagen.

Investeringar avser alla investeringar, som är förenade med en ekonomisk verksamhet inom energisektorn och investeringar eller kategorier av investeringar, som en fördragsslutande part inom sitt område betecknat som *effektiviseringsprojekt enligt stadgan* och anmält till sekretariatet som sådana.

[...]

- (8) *investera* eller *göra investeringar*: att genomföra nya investeringar, förvärva hela eller del av befintliga investeringar eller påbörja investeringsverksamhet inom nya områden.

Skiljenämndens bedömning i denna del

Skiljenämnden har när det gäller frågan om det gjorts en investering funnit att ECT inte ställer upp något krav på att det ska ha förekommit någon betalning eller någon annan form av insats i samband med anskaffandet av den tillgång som utgör en

investering (se skiljedomen p. 331 och 338–340). Skiljenämnden har lagt till att om det skulle finnas ett sådant krav, så har LBB uppfyllt detta krav genom att betala med nyemitterade aktier och genom att avstå utdelning (p. 341). Skiljenämnden har vidare funnit att Bridgemont och Littop inte bevisat att de ägde aktier i Ukrnafta vid de relevanta tidpunkterna men att Bordo ägde en mindre post aktier (p. 358–359). I sitt beslut i denna del nekade skiljenämnden därför endast behörighet över Bridgemonts och Littops krav.

När uppkommer ett skiljeavtal enligt ECT och ska påståendedoktrinen tillämpas?

För att en skiljenämnd ska vara behörig att pröva en tvist måste det finnas ett giltigt skiljeavtal mellan de tvistande parterna. Fördragsstaterna till ECT har gett sitt samtycke till skiljeförfarande genom artikel 26(3)(a) ECT. Samtycket innefattar ett erbjudande till den som utgör en investerare enligt ECT och som har gjort en investering i en viss stat att inleda ett internationellt skiljeförfarande mot denna stat avseende påstådda överträdelser av del III i ECT. Ett giltigt skiljeavtal uppkommer därmed när investeraren genom sin påkallelsekrift avger en accept som svarar mot statens erbjudande om skiljeförfarande.

LBB har i målet anfört att den s.k. påståendedoktrinen ska tillämpas samt att LBB därmed inte behöver bevisa sina påståenden, utan att det räcker med att LBB åberopar rättsfakta som gör att rekvisiten i artikel 26(1) ECT är uppfyllda. Ukraina har invänt bl.a. att påståendedoktrinen inte kan användas i frågan om skiljebundenhet eller för att skapa ett skiljeavtal mellan parterna.

En första fråga för hovrätten är alltså om LBB måste visa att de gjort en investering på det sätt som avses i artikel 26(1) ECT för att skiljebundenhet ska ha uppkommit för Ukraina, eller om det är tillräckligt att LBB åberopar omständigheter som innebär att en sådan investering gjorts. Klart är att begreppet investering i artikel 26(1) har den innebörd som avses i artikel 1(6).

Av praxis framgår att det är en given utgångspunkt för tillämpning av påstående-doktrinen att ett bindande skiljeavtal finns samt att den som inte har ingått något skiljeavtal alltså inte kan göras skiljebunden med stöd av doktrinen (se NJA 2008 s. 406 och jfr NJA 2017 s. 226, p. 11). Skulle det vara tvistigt om skiljebundenhet är för handen, ska skiljenämnden alltså pröva den frågan när den tar ställning till sin behörighet.

Någon tydlig skillnad mellan uppkomsten av själva skiljeavtalet och behörighetsfrågor enligt ECT har inte gjorts av vare sig skiljenämnden eller parterna i skiljemålet; nämnden har bara talat om huruvida skiljenämnden haft eller inte haft behörighet med hänvisning till vad LBB visat avseende sin investering (jfr t.ex. skiljedomen p. 295–296). Klart är dock att Ukraina nu gjort gällande att det inte uppkommit något skiljeavtal samt att Ukraina är oförhindrat att i hovrätten inta denna position oavsett om själva skiljebundenheten var tvistig i skiljenämnden eller inte (jfr s. 44 f. ovan).

Även om Högsta domstolen i NJA 2008 s. 406 inte särskilt uttalat sig om traktatsbaserade skiljeförfaranden, står det enligt hovrätten utifrån den otvetydiga formuleringen i avgörandet klart att påståendedoktrinen aldrig har relevans för uppkomsten av ett skiljeavtal. Ståndpunkten i svensk skiljemannarätt tycks också förenlig med en vedertagen tolkning av ECT. I kommentaren till ECT anges kortfattat att samtycket till skiljeförfarande från investeraren måste korrespondera mot statens samtycke enligt artikel 26(3)(a) ECT, att något skiljeavtal inte uppkommer om de två inte sammanfaller samt att skiljenämnden då saknar behörighet (se s. 400 och 430).

Av det anförda följer sammanfattningsvis att en förutsättning för att ett skiljeavtal ska ha uppkommit är att LBB förmår visa att bolagen har gjort en investering i ECT:s mening samt att bolagen således inte kan förlita sig på påståendedoktrinen i denna del. Detta innebär med andra ord att hovrätten ska pröva om LBB visat att de gjort en investering i Ukraina i ECT:s mening.

Innehåller ECT krav på vederlag m.m. för att en investering ska föreligga?

Skiljenämnden har funnit att ordalydelsen i 1(6) ECT är klar och att det saknas stöd i bestämmelsen för att det skulle ställas upp krav på exempelvis vederlag för att få investeringsskydd (se ovan och skiljedomen, p. 338–340).

Ukraina har i denna del gjort gällande att det för tolkningen av ECT har betydelse att ordet investering i artikel 1(6) först definieras med citattecken och stor bokstav och sedan, i senare delar av bestämmelsen, används omväxlande i sin definierade betydelse och med liten bokstav (i svensk översättning används kursiv form för den definierade termen – se ovan). Enligt Ukraina betyder detta att ordet, när det har liten bokstav, ska ges sin gängse mening samt att det innefattar krav på vederlag, (möjlighet till) avkastning och påtagande av risk.

LBB har bestritt påståendet att artikel 1(6) ECT uppställer krav på vederlag, avkastning och risk för att en investering ska föreligga.

Hovrätten konstaterar att en tolkning av artikel 1(6) ECT enligt vilken första stycket skulle innehålla en uttömmande definition av investering innebär att en investering helt enkelt utgörs av tillgångar: ”varje slag av tillgång”, med vissa breda exemplifieringar. Att bara inneha eller kontrollera t.ex. vissa aktier skulle således – oavsett hur den påstådda investeraren kommit i besittning av eller fått kontroll över aktierna och oavsett vilken risk eller möjlighet till avkastning som är förenat med aktieinnehavet eller kontrollen av aktierna – med en sådan tolkning av bestämmelsen utgöra en investering enligt ECT.

Ett förhållande som talar emot att ordet investering helt och hållet skulle motsvara tillgångar är att listan på tillgångar i första stycket av artikel 1(6) ECT uppenbarligen inte är uttömmande. Om vissa tillgångars karaktär inte alls har någon betydelse framstår det som onödigt att ge exempel. Om karaktären däremot har betydelse blir det svårt att bedöma om en viss tillgång som inte finns med i den exemplifierande listan utgör en investering. Detta förhållande har i skiljedomspraxis påpekats med avseende

på ett bilateralt investeringsavtal med en bestämmelse som i hög grad är lik den i första stycket i artikel 1(6) ECT (se Romak mot Uzbekistan, skiljedom den 26 november 2009, PCA Case No. 2007-07/AA280, p. 174 jämförd med 178–180).

Systematiken i artikel 1(6) ECT, liksom strukturen i de meningar där investering används med små bokstäver, talar i viss mån emot att tolka in någon betydelse i ordet investering med små bokstäver som inskränker ECT:s tillämpning i förhållande till den breda definitionen i första stycket. Vid ett första påseende framstår det således som att huvudregeln i sin helhet finns i första stycket. Med denna utgångspunkt är innebörden av andra stycket att ett byte av tillgångsslag inte förändrar något och att ECT ska gälla även tillgångar som förelåg före ikraftträdandedagen samt innebörden av tredje stycket att det är fråga om tillgångar i energisektorn eller vissa effektiviseringsprojekt.

I ECT används emellertid versaler för att identifiera definierade termer. Vid tolkningen av bestämmelsen är det därmed en rimlig utgångspunkt att det finns en avsikt med att använda ordet investering på olika sätt i artikel 1(6). Att både stor och liten bokstav används i artikeln har också ansetts betyda att ordet inte har samma mening när det skrivs på olika sätt samt att skillnaden måste förklaras av att det inte bara ska vara fråga om något av de uppräknade tillgångsslagen, utan att det även ska vara fråga om investering i en mer allmän mening (se kommentaren till ECT s. 73 f.).

Det kan här anmärkas att ordet Investment i artikel 1(6)(c) i första stycket skrivs med stor bokstav men utan citattecken, dvs. ett mellanting mellan de två annars använda alternativen i artikeln (nyansen har försvunnit i den svenska översättningen, där investering även här skrivs med liten bokstav – se ovan). För att artikel 1(6)(c) inte ska innehålla ett cirkelresonemang måste investering här ha en annan betydelse än den definierade. Ordet investering skrivs alltså på tre olika sätt i artikel 1(6), eller t.o.m. fyra olika sätt om man beaktar lokutionen ”the form in which assets are invested” i andra stycket.

Av ordalydelsen i artikel 1(6) ECT, första ledet av andra stycket, där användningen med liten bokstav först förekommer, framgår att de tillgångar som utgör ”Investments”

förutsätts ha ”egenskap av investeringar” (”character as investments”) och att en sådan egenskap inte förändras av ett byte av den form som tillgångarna är investerade i. Förekomsten av bestämmelsen kan förklaras med att den behövs för att klargöra att den som investerat genom att erlægga ett vederlag kan behålla sitt skydd utan att tillskjuta ytterligare kapital/vederlag vid en omvandling till ett annat tillgångsslag.

När det gäller innebörden av ordet investering konstaterar hovrätten att det finns en skillnad mellan att investera i aktier och att äga eller inneha aktier. I artikel 1(6) ECT andra stycket används uttrycken ”making the investment” och ”investment is made”, vilket visar att ECT utgår från att det finns en sådan skillnad. Detta bekräftas av att traktaten i artikel 1(8) innehåller uttrycken ”Make Investments” och ”Making of Investments”, som kan innebära bl.a. dels att göra nya investeringar (”establishing new investments”), dels att förvärva hela eller del av befintliga investeringar (”acquiring all or part of existing Investments”)⁶.

Att bl.a. den som förvärvar en investering eller del av en investering, som ovan nämnts, enligt artikel 1(8) ECT anses investera motsäger inte tolkningen att det, i varje led som en tillgång övergår till en ny ägare eller till någon ny investerare som kontrollerar tillgången, krävs att den nya investeraren erlägger vederlag för att karaktären av investering och därmed investeringskyddet ska bibehållas.

I kommentaren till ECT anges att ”investment” i dess språkliga betydelse innebär att de aktuella tillgångarna enligt första stycket i artikel 1(6) måste ha anskaffats med ett syfte att få avkastning och att det bör krävas att innehavet har en viss varaktighet (se kommentaren till ECT s. 74 med hänvisning till Black’s Law Dictionary). I affärsengelska beskrivs ”investment” som förvärv av bl.a. aktier i syfte på sikt göra vinst, ”The use of money or capital to purchase an asset or assets (such as property, stocks, bonds, etc.), in the expectation of earning income or profit over time.” (se

⁶ Ordet ”acquire” betyder enligt Oxford English Dictionary på affärsengelska ”To purchase (a company or a controlling stake in a company)”. I den svenska översättning används ”förvärva”, som i Svensk ordbok beskrivs som ”bli ägare till något, t.ex. genom köp”. Jfr dock kommentaren till ECT s. 76, som hänvisar till Isolux mot Spanien, skiljedom den 12 juli 2016, SCC Case No. V2013/153.

Oxford English Dictionary). På liknande sätt definieras det svenska ordet ”investering” som ”satsning av ekonomiskt värde med grundad förhoppning om framtida avkastning, vanligen i produktiv nytthet och så att pengarna binds en längre tid” (se Svensk ordbok).

EU-domstolen har i ett förhandsavgörande angående tolkningen av artikel 1(6) ECT uttalat att ett förvärv av en fordran, som grundar sig på ett avtal om leverans av el som inte är förenat med en investering, inte utgör en investering. Domstolen tog dock inte ställning till om ett kapitaltillskott är nödvändigt för att en viss transaktion ska anses utgöra en investering. (Se EU-domstolens dom den 2 september 2021, Moldavien mot Komstroy, C-741/19, EU:C:2021:655, p. 85 samt p. 67–69, 72, 73, 79 och 80.)

I sitt förslag till avgörande i det nyss nämnda målet anförde emellertid generaladvokaten bl.a. att ordet investering i artikel 1(6) ECT används i sin gängse mening, att en investering består av ett finansiellt tillskott som äger rum under en viss tid och som innebär en risk samt att det s.k. Salinitestet (se nästa stycke) och rådande praxis enligt 1965 års konvention om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat (ICSID-konventionen) är relevant även vid en tolkning av ECT (se p. 110–120 i generaladvokatens förslag till avgörande den 3 mars 2021, Moldavien mot Komstroy, C-741/19, EU:C:2021:164).

Det finns också ett tämligen stort antal skiljenämndsavgöranden i vilka ordet investering i ICSID-konventionen tolkats i linje med det nämnda Salinitestet, enligt vilket en investering förutsätter ett tillskott av kapital eller annan resurs, med en viss varaktighet i genomförandet, som ger en möjlighet till vinst, men också innefattar en risk (se Salini mot Marocko, Decision on Jurisdiction den 23 juli 2001, ICSID Case No. ARB/00/4 samt kommentaren till ECT s. 74 ff. med där redovisade avgöranden, även avgöranden som går i en annan riktning).

I detta sammanhang finns anledning att uppmärksamma att ICSID-konventionen, till skillnad från ECT, inte innehåller någon definition av ordet investering. Det måste

emellertid beaktas att ICSID-konventionen reglerar en av de typer av skiljeförfaranden som parterna enligt artikel 26(4)(a) ECT kan välja. Det finns enligt hovrättens mening inte sakliga skäl för att ordet investering ska ges olika innebörd beroende på om parterna valt ICSID eller t.ex. SCC för att slita sin tvist (i SCC-reglerna förekommer inte ordet investering).

Här finns också anledning nämna att det enligt det ovan (s. 50) nämnda förslaget till ändring av ECT ska i inledningen av artikel 1(6) läggas till att tillgångarna i fråga ska ”have the characteristics of an investment, such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, a certain duration or the assumption of risk”. Den föreslagna ändringen är emellertid av annan karaktär än de som berörts ovan, i det att den hänvisar till och förklarar det i den gällande versionen av artikeln använda ordet investering.

Till detta kommer att det vid tolkning av begreppet investment finns skäl att ta hänsyn också till traktatens ändamål och syfte (se ovan s. 47). I preamblen till ECT anges att den grundtanke som fördraget önskar förverkliga är att påskynda ekonomisk tillväxt genom åtgärder för liberalisering av investeringar och handel med energi. Artikel 2 och första meningen i artikel 10(1) bekräftar denna grundtanke. Häri ligger ett intresse från de fördragsslutande staterna att locka till sig utländska investeringar som kan bidra till ekonomisk tillväxt.

På grund av det anförda finner hovrätten att artikel 1(6) ECT måste tolkas på så sätt att den ställer upp ett krav på bl.a. att en investering måste innefatta någon form av tillskott, att investeringen måste ha viss varaktighet, att den måste ge en möjlighet att göra vinst samt att investeringen innebär ett påtagande av risk.

Har LBB visat att bolagen gjort en investering när de övertog Ukrnaftaaktier?

Hovrätten inleder med att pröva frågan om LBB kan anses ha erlagt vederlag för de aktier bolagen påstår sig ha innehåft i Ukrnafta.

Enligt vad handlingarna i målet visar kom den största delen av bolagens aktier i Ukrnafta ursprungligen i LBB:s händer på följande sätt.

LBB (alla tre bolagen) bildades den 8 september 2005. Av årsredovisningar framgår att bolagen under det första året gjorde förlust och vid 2005 års utgång hade tillgångar värda omkring tusen USD eller mindre samt att de inte bedrev någon verksamhet under år 2006.

Den 11 december 2006 beslutades om nyemissioner i Littop och Bridgemont. Enligt besluten gick vart och ett av bolagen från att ha 1000 aktier värda ett cypriotiskt pund till att efter emissionen ha 3 200 000 aktier till ett nominellt värde av ett cypriotiskt pund. De 3 199 000 nyemitterade aktierna i respektive bolag skulle enligt besluten ha en parikurs ("par value") om 70 cypriotiska pund, dvs. detta var det lägsta belopp som de nya aktierna kunde tecknas för. I Bordo fattades motsvarande beslut om nyemission den 27 december 2006.

Från den 8 december 2006 ägdes åtminstone Littop och Bridgemont med 990 aktier vardera av två olika moderbolag och med 10 aktier vardera av två privatpersoner. Även om utredning saknas om detta, ligger det nära till hands att ägandeförhållandena såg likadana ut i Bordo under december 2006 (avseende detta bolag finns en handling från den 27 december 2006 med ett erbjudande om att teckna nyemitterade aktier som anger en "Mrs. Anna Korelidou" och moderbolaget Croydon som aktieägare).

Samma dag som beslutet om nyemission fattades i respektive bolag erbjöds i första hand aktieägarna att teckna de nyemitterade aktierna. De tre privatpersoner som ägde aktier i bolagen avstod samma dag från att teckna de nyemitterade aktierna och samtyckte till att de nyemitterade aktierna skulle säljas till respektive moderbolag för 71 cypriotiska pund per aktie.

På dagen för nyemissionerna tecknade de tre moderbolagen samtliga nyemitterade aktier i respektive bolag för 71 cypriotiska pund per aktie och betalade för detta med aktier i Ukrnafta. Aktierna i Ukrnafta skulle överföras inom 120 dagar. Vid denna

tidpunkt ägde dock moderbolagen inga sådana aktier. Aktierna överfördes till moderbolagen från andra bolag enligt avtal som ingicks först den 23 januari 2007, fördes över till moderbolagen den 1 mars 2007 och betalades den 27 mars 2007.

Hovrätten konstaterar att det finns skäl att ställa sig frågande till om de överföringar som avspeglas i det nu skildrade händelseförloppet i alla delar var reella eller om vissa handlingar tillkommit i efterhand. Redan det förhållandet att ett stort antal likartade handlingar upprättats samma dag i respektive bolag är betänkligt. Vidare innehåller vissa handlingar uppenbara fel, bl.a. anges på vissa handlingar 2007 i stället för 2006.

Något som framstår som egendomligt är vidare att det finns cypriotiska bolagshandlingar som anger att de nyemitterade aktierna i Littop och Bridgemont betalades kontant av deras respektive moderbolag med 229 129 000 cypriotiska pund vardera redan den 11 december 2006 (vilket stämmer exakt med att detta var den totala summan för att förvärva 3 199 000 aktier à 71 pund vardera).

Trots att dessa uppgifter framstår som uppenbart oriktiga och därmed inger betänkligheter innebär detta inte att det finns tillräcklig grund för att ifrågasätta att Ukrnafta-aktierna faktiskt förflyttats till LBB. Av de aktiesaldoutdrag som åberopats i målet, och som inte kan lämnas utan avseende oaktat den kritik som Ukraina riktat mot den kontoförande banken PrivatBank, framgår att själva aktieöverföringarna till LBB kom att ske den 16 mars 2007.

Även om vissa handlingar skulle ha upprättats endast för skens skull kan detta, vid en samlad bedömning, inte läggas till grund för slutsatsen att någon aktieöverlåtelse i själva verket aldrig skulle ha förekommit. Inte heller det förhållandet att moderbolagen ännu inte ägde några aktier i Ukrnafta när de köpte de nyemitterade aktierna ger hovrätten anledning att dra en sådan slutsats.

Det har förekommit olika uppgifter i målet om värdet på de aktier i Ukrnafta som LBB övertog i mars 2007. Klart är, oavsett vilken värdering som accepteras, att de representerade ett mycket stort värde; bolagens egna årsredovisningar anger efter tillskottet av

Ukrnaftaaktierna att bolagen har fria, finansiella tillgångar om över en halv miljard USD per bolag. Lika klart är att de nyemitterade aktierna i LBB inte kan ha utgjort något tillkommande värde alls för moderbolagen. Det framgår också av årsredovisningarna att inget värde tillfördes LBB utöver själva aktierna i Ukrnafta i samband med transaktionerna.

Att bolagen i årsredovisningarna för år 2007 värderades till 7 miljoner USD vardera redan per den 1 januari 2007 trots att apportegendomen då ännu inte hade tillförts bolagen saknar enligt hovrätten helt betydelse – det vittnar i stället bara om att respektive bolags fordran på apportegendomen då redan hade värderats trots att betalning ännu inte skett (värdet på fullt betalda aktier var detsamma per den 31 december 2007). Det enda som i praktiken hände genom nyemitteringen var alltså att moderbolagens innehav kraftigt späddes ut.

Att LBB fick aktier mot nyemitterade aktier utgjorde ingen betalning för en investering i gängse mening. Apportemissionen innebar i stället att LBB:s moderbolag betalade för nya aktier utan reellt värde med värdefulla Ukrnaftaaktier. Det står sammanfattningsvis klart att detta inte uppfyller det krav på vederlag som hovrätten i föregående avsnitt funnit att artikel 1(6) ECT ställer upp. Att det i skiljedomspraxis förekommit att en s.k. ”share-to-share swap” godtagits som en investering föranleder inte någon annan bedömning (jfr Gold Reserve mot Venezuela I, skiljedom den 22 september 2014, ICSID Case No. ARB[AF]/09/1).

LBB har gjort gällande att bolagen erlade vederlag för aktierna genom att avstå från utdelning i Ukrnafta, samt att medel som kunde ha delats ut till bolagen därmed stannade kvar i Ukrnafta. Av de handlingar som LBB åberopat i denna del framgår att det var Ukrnaftas aktieägare som på en bolagsstämma för år 2010 beslutade om att låta viss utdelning stanna i bolaget. När det gäller år 2009 framgår av utredningen att Ukrnaftas styrelse beslutat om att låta viss utdelning stanna i bolaget.

Vid dessa förhållanden har det inte framkommit något som innebär att LBB ska tillgodoräknas ett avstående av utdelning som en betalning av aktier LBB erhållit från

moderbolagen. Inte heller i denna del kan hovrätten därför dela skiljenämndens slutsats att LBB erlagt något vederlag för sina aktier i Ukrnafta genom att låta utdelning stanna i Ukrnafta (se skiljedomen p. 341).

LBB har också gjort gällande att bolagen erlagt ett vederlag när de tog över ytterligare aktier i Ukrnafta under 2011. Av avtal och aktiesaldoutdrag framgår att LBB mottog mindre poster Ukrnaftaaktier av olika bolag i februari 2011. Motsvarande bevisning visar att Bordo ingick avtal om övertagande av ytterligare sådana aktier i november 2011, vilka bolaget sedan mottog i december samma år. LBB har påstått att bolagen erlagt betalning för dessa aktier.

Ukraina har invänt att LBB i själva verket inte betalade något för de aktier som bolagen blev ägare till i februari 2011 samt anfört det också fanns kvittningsavtal kopplade till såväl de avtal som LBB åberopat som tre andra avtal.

Bordo ingick den 18 februari 2011 ett avtal med bolaget Business-Invest, löpnummerat som avtal nr 98, om att köpa ett visst antal aktier i Ukrnafta för 13 931 645 USD. Sex dagar senare, den 24 februari 2011, överfördes det avtalade antalet aktier till Bordo enligt ett aktietransaktionsutdrag som hovrätten saknar skäl att ifrågasätta. Motsvarande avtal ingicks samma dag av Littop och Bridgemont med överföringar av aktierna vid samma datum.

En knapp månad senare, den 16 mars 2011, ingick Bordo och Business-Invest ett nytt avtal som hänvisar till två avtal ingångna den 18 februari 2011, dels det nu nämnda avtalet nr 98, dels ett avtal med nr 102. I målet finns ingivna tre avtal med nummer 98–100, i vilka Business-Invest är den ena avtalsparten och som alla är daterade den 18 februari 2011.

Avtal nr 99 avser Littops köp av Ukrnaftaaktier från Business-Invest och avtal nr 100 avser Bridgemonts köp av Ukrnaftaaktier från Business-Invest. Beloppet som ska betalas är detsamma enligt alla tre avtalen, liksom antalet köpta aktier. Mellan Littop och Business-Invest respektive Bridgemont och Business-Invest finns också avtal som

motsvarar det i föregående stycke nämnda avtalet som hänvisar till avtalen med nr 98 och 102, alla tre avtalen daterade den 16 mars 2011, men där nämns i stället avtal nr 99 och 104 respektive 100 och 103. Avtalen med nr 102–104 är inte åberopade i målet.

Enligt avtalen av den 16 mars 2011 ska exakt samma belopp betalas i respektive riktning enligt de två avtalen av den 18 februari 2011 (dvs. avtalsparen 98/102, 99/104 och 100/103). Avtalen i mars går ut på att fordringarna på respektive part ska kvittas och att de aktuella avtalsparen därmed är utagerade. Även om innehållet i avtalen 102–104 är okända för hovrätten lägger detta upplägg en betydande förklaringsbörd på LBB.

LBB har dock inte gett någon förklaring till kvittningsavtalen, utan lämnat dessa helt utan kommentar. Det har inte heller framkommit att LBB under år 2011 skulle ha haft några tillgångar som vart och ett av bolagen kunnat sälja till Business-Invest för 13 931 645 USD. Redan att avtalen avser exakt samma belopp och har tillkommit samma dag talar också mycket starkt för att de tillkommit endast för att ta ut varandra. Sammantaget innebär bevisningen mot denna bakgrund att LBB inte heller i denna del har visat att bolagen erlagt något vederlag för Ukrnaftaaktierna.

Det som återstår för hovrätten att pröva i denna del är Bordos påstådda förvärv av 332 552 Ukrnaftaaktier av bolaget Navaro i november 2011, dvs. den aktiepost som skiljenämnden fann visat att Bordo innehade när bolaget kom in med sin påkallelse-skrift (se skiljedomen p. 359).

Av bevisningen i målet framgår att Bordo ingick avtal om detta köp den 25 november 2011, innebärande att bolaget skulle betala 18 531 508 USD, samt att aktierna överfördes till bolaget den 23 december 2011. Någon bevisning om att Bordo faktiskt erlade betalning för aktierna har dock bolaget inte åberopat i målet. Redan med anledning av den konstruktion som användes vid överföringen av aktierna i februari samma år finns det skäl att kräva sådan bevisning för att det ska kunna anses styrkt att Bordo erlade någon form av vederlag för aktierna.

Ukraina har åberopat bevisning i målet som talar för att både Business-Invest och Navaro är bolag som kontrolleras av de verkliga huvudmännen, vilket stärker bilden av att det i detta fall kan ha varit fråga om endast en koncernintern flytt av aktierna utan något verkligt vederlag. Business-Invest agerade som ombud för Navaro vid överlåtelsen i november 2011 och gjorde så även vid transaktionerna som förekom i det trustupplägg där Ukrnaftaaktierna var placerade under en period 2008 och 2009.

Business-Invest har således både sålt Ukrnaftaaktier till LBB och agerat ombud vid en försäljning av sådana aktier till Bordo. Klart är att också Navaro förekommer i det nämnda trustupplägget samt att Navaro övertog en större post aktier i Ukrnafta än den nu aktuella från Bordo i maj 2011. Det nu anförda leder till slutsatsen att Bordo inte visat att bolaget erlagt något vederlag för de ytterligare Ukrnaftaaktier som bolaget tillfördes i slutet av år 2011.

De bedömningar hovrätten gjort innebär sammantaget att LBB inte visat att bolaget har erlagt vederlag för några av de Ukrnaftaaktier som bolagen ägt och därmed inte heller visat att bolagen gjort en investering i ECT:s mening genom sitt ägande av sådana aktier.

Sammanfattning

Hovrätten har sammanfattningsvis kommit fram till att skiljenämnden kunde neka behörighet i förhållande till Littop och Bridgemont med hänvisning till att dessa bolag inte hade gjort en investering när skiljeförfarandet inleddes (se skiljedomen p. 654), om än av andra skäl än de som skiljenämnden angett, nämligen att de inte erlagt vederlag för några av sina Ukrnaftaaktier. Hovrätten har också kommit fram till att skiljenämnden kunde ha avvisat även Bordos talan på den grund som nämnden enligt hovrätten borde ha hänvisat till för sitt beslut om avvisning av Littops och Bridgemonts talan.

Vilken betydelse har det att skiljenämnden avvisade Bordos talan på annan grund?

Hovrätten har funnit att skiljenämnden inte hade stöd för att avvisa Bordos talan på de grunder som skedde, dvs. med hänvisning till artikel 17(1) ECT respektive förekomsten av korruption. Däremot hade skiljenämnden kunnat avvisa Bordos talan eftersom bolaget inte hade gjort någon investering i ECT:s mening. Det centrala vid hovrättens prövning av LBB:s talan är om det var rätt av skiljenämnden att avvisa LBB:s talan eller inte på någon av de tre grunder som prövades och om skiljedomen ska upphävas eller inte. Att skiljenämnden avvisat Bordos talan på annan grund än den som hovrätten funnit ha bärkraft saknar därför betydelse.

Sammanfattning av hovrättens slutsatser

Hovrätten har kommit fram till att skiljenämnden inte kunde avvisa LBB:s talan vare sig med hänvisning till artikel 17(1) ECT eller till förekomsten av korruption. En fördragsstats åberopande av artikel 17(1) ska prövas som en del av saken och inte som en avvsningsfråga. Det finns inte heller tillräckligt stöd i ECT, internationell *ordre public* eller internationell rätt för att avvisa en talan när det förekommit korruption på det sätt som Ukraina påstått i detta mål.

Däremot kunde skiljenämnden avvisa LBB:s talan på grund av att bolagen inte gjort någon investering i ECT:s mening, eftersom ECT innefattar ett krav på att det ska ha erlagts någon form av vederlag och LBB inte visat att bolaget erlagt något vederlag för sina Ukrnaftaaktier. Skiljenämnden hade kunnat avvisa alla tre bolagens talan med hänvisning till att det inte förekommit någon investering. Det förhållandet att skiljenämnden avvisat bolagens talan, i synnerhet Bordos, på annan grund saknar betydelse för hovrättens prövning av om skiljedomen ska upphävas eller inte.

Sammanfattningsvis innebär detta att LBB:s käromål ska ogillas.

Frågan om rättegångskostnader i hovrätten

Ukraina har vunnit målet och ska tillerkännas ersättning för sin rättegångskostnad i den mån denna varit skäligen påkallad. LBB har inte godtagit något belopp som skäligt i och för sig.

Ukraina har begärt ersättning med 3 613 357 USD, varav 3 544 226 USD avser ombudsarvode samt 69 131 USD utlägg för tolkning vid huvudförhandlingen, ett expertutlåtande och resor för Ukrainas brittiska ombud.

Av ombudskostnaden om totalt 3 544 226 USD avser 2 114 882 USD arvode till Ukrainas svenska ombud, 1 024 091 USD arvode till Ukrainas brittiska ombud samt 405 253 USD arvode till Ukrainas lokala, ukrainska ombud. Både arvodet till de svenska och ukrainska ombuden innefattar kostnader för översättning som utförts internt på advokatbyråerna.

En jämförelse med LBB:s kostnadsyrkande för ombudskostnader, som uppgår till sammanlagt knappt 16 miljoner kr respektive knappt 600 000 GBP, visar att Ukraina ligger betydligt högre både vad gäller de svenska och brittiska ombuden, i synnerhet om man i jämförelsen inkluderar även kostnaden för Ukrainas lokala ombud (LBB har inte anlitat några ombud i Ukraina). Enligt hovrätten framstår det inte som påkallat i målet att svaranden har så mycket högre ombudskostnader än kärandena. Redan detta förhållande talar för att den av Ukraina begärda ersättningen inte är skälig.

Vid skälighetsbedömningen ska också beaktas att Ukraina i svaromålet tog upp fyra av de fem behörighetsinvändningar som aldrig prövades av skiljenämnden. Den kostnad Ukraina lagt på att utveckla dessa behörighetsinvändningar har inte varit skäligen påkallad för tillvaratagande av dess rätt eftersom dessa behörighetsinvändningar aldrig hade kunnat komma under hovrättens prövning. Parterna kom dessutom senare överens om att dessa behörighetsinvändningar inte skulle prövas av hovrätten.

Det står i och för sig klart att medverkan av de brittiska ombuden, som företrädde Ukraina i skiljeförfarandet, har varit påkallad för att Ukraina skulle kunna tillvarata sin rätt i målet. Beloppet om drygt en miljon USD framstår dock inte som skälig. Hovrätten finner att skälig ersättning till de brittiska ombuden motsvarar 800 000 USD.

Ukrainas svenska ombud har bland annat lagt ned arbete motsvarande 7 600 USD på sekretessfrågor, enligt specificeringen avseende LBB:s begäran om sekretess. Ett så omfattande arbete med anledning av en begäran om sekretess från motparten, som hovrätten dessutom kom att avslå, framstår inte som befogat. Även i övrigt framstår det som att Ukrainas kostnader för de svenska ombuden är alltför höga. Sammantaget finner hovrätten att en skälig ersättning till de svenska ombuden uppgår till 1,5 miljoner USD.

När det slutligen gäller de ukrainska ombuden har det i hovrätten inte framgått vad de tillfört i målet. Ukraina har inte lagt fram någon utredning om innehållit i ukrainsk rätt och har i princip inte heller kommenterat de påståenden om innehållet i ukrainsk rätt och om ändringar av regelverket rörande registrering av aktier som Mikhail Ilyashev gjort i det expertutlåtande som LBB lagt fram i hovrätten.

Hovrätten finner mot denna bakgrund att en skälig ersättning till de ukrainska ombuden utgör 300 000 USD.

Kostnaden för utlägg är skälig och ska ersättas av LBB.

Hovrättens bedömningar innebär sammantaget att LBB solidariskt ska ersätta Ukraina för rättegångskostnad i mål T 5378-21 med 2 669 131 USD, varav 2 600 000 USD för ombudsarvode och 69 131 USD för utlägg.

T 5288-21

Har hovrättens bedömningar i T 5378-21 betydelse för prövningen av mål T 5288-21?

Hovrätten har i mål T 5378-21 funnit att skiljenämnden i och för sig gjorde rätt som avvisade LBB:s talan men att detta borde ha skett på en annan grund. Detta innebär att utgången i skiljedomen blev riktig men att två av de grunder som skiljenämnden hänvisade till för att bifalla Ukrainas avvisningsyrkande inte med framgång kunde göras gällande medan den tredje grunden borde ha bedömts på ett annat sätt. En första fråga är om hovrätten vid sin prövning av Ukrainas talan i det nu behandlade målet T 5288-21 ska utgå från skiljenämndens bedömning av de tre avvisningsgrunderna eller från hovrättens bedömning av dessa i mål T 5378-21.

När talan om ändring av skiljedomen som i detta fall förs av båda parter framstår det enligt hovrätten som följdriktigt att vid prövningen av rättegångskostnaderna i skiljemålet utgå från hovrättens bedömning av de prövade avvisningsgrunderna på samma sätt som hade skett i ett överklagat beslut om avvisning av domstol, där båda parter överklagat på motsvarande sätt. Vid sin prövning av frågan om fördelningen av kostnaderna i skiljemålet har hovrätten således att utgå från att skiljenämnden var obehörig på en av de grunder som Ukraina åberopade, att två av grunderna inte kunde leda till avvisning samt att fem av grunderna aldrig prövades.

Är hovrättens prövning begränsad på något sätt?

Det finns inget stöd i vare sig 36 § andra stycket LSF, bestämmelsens förarbeten, praxis eller doktrin för att en prövning av en talan avseende kostnadsfrågan efter ett avvisningsbeslut av en skiljenämnd skulle vara mer begränsad än prövningen enligt bestämmelsens första stycke av själva avvisningsfrågan. Tvärtom är anledningen till en parts rätt att efter ett avvisningsbeslut få till stånd en fullständig domstolsprövning av kostnadsfrågan att skiljenämnden, genom sin obehörighet, saknat beslutslegitimitet för att fördela kostnaderna för skiljeförfarandet (se prop. 1998/99:35, s. 153, Kvant &

Olsson, *Twistlösning genom skiljeförfarande*, 4 uppl, 2023, s. 153 och Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, 2 uppl, 2021, s. 329 f., avsnitt 8.245). LBB:s påstående om att en sådan prövningsrätt inte skulle finnas kan därför avfärdas. Hovrätten ska alltså göra en fullständig prövning av kostnadsfrågan i skiljemålet.

Finns det en huvudregel för fördelningen av kostnaderna i skiljeförfarandet?

När det gäller fördelningen av kostnaderna i skiljeförfarandet anger 41 § LSF att skiljenämnden har rätt att på begäran förplikta en part att ersätta motpartens kostnader. Enligt SCC-reglerna artikel 44 ska kostnaderna fördelas med hänsyn till målets utgång och övriga relevanta omständigheter. I fråga om betydelsen av målets utgång i förhållande till andra omständigheter innebär denna regel ingen avvikelse från vad som gäller enligt 18 kap. rättegångsbalken, dvs. utgångspunkten är att den vinnande parten ska få ersättning för sina rättegångskostnader. Även med beaktande av att lydelsen i 2007 och 2010 års versioner av reglerna ändrades i förhållande till den som fanns i artikel 41 i 1999 års version, är således huvudregeln alltjämt att den förlorande parten ska betala motpartens kostnader för förfarandet. Andra omständigheter som nämnden har möjlighet att beakta enligt SCC-reglerna är sekundära i förhållande till utgången.⁷

LBB:s påstående om att det i investeringstvister skulle vara vedertaget att parterna står sina egna kostnader föranleder inte hovrätten att komma till någon annan slutsats. Det står också klart att skiljenämnden måste beakta den huvudregel som gäller enligt SCC-reglerna och svensk skiljemannarätt samt att nämnden därmed inte har någon rätt att fördela kostnaderna skönsmässigt (se t.ex. Lindskog, a.a., kommentaren till 42 §, s. 1098 f., avsnitt 4.2.2, särskilt fotnot 4364).

⁷ Se här till bl.a. prop. 1998/99:35 s. 164, Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, 2 uppl, 2021, s. 254 f., avsnitt 7.80–7.83, särskilt fotnot 79, Lindskog, a.a., kommentaren till 42 §, s. 1093, avsnitt 2.2 och s. 1098 ff., avsnitt 4.2.2–4.2.4, Öhrström, *Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut – En handbok och regelkommentar för skiljeförfaranden*, 2009, s. 242, samt Bellander & Berntorp, *SvJT* 2020 s. 747 – jfr även artikel 30(3) i SCC-reglerna.

Vilka omständigheter kan motivera att huvudregeln frångås?

Även om det i både förarbeten och doktrin finns uttalanden om att 18 kap. rättegångsbalken kan tillämpas analogt i svenska skiljeförfaranden, står det klart att en skiljenämnd enligt artikel 44 i SCC-reglerna har möjlighet att låta parternas processföring påverka kostnadsfördelningen i större omfattning än vad som följer av 18 kap. 6 och 8 §§ rättegångsbalken (se t.ex. Lindskog, a.a., kommentaren till 42 §, s. 1098 ff., avsnitt 4.2.2–4.2.4 och Bellander & Berntorp, SvJT 2020 s. 747, avsnitt 2.2). Med en sådan friare tillämpning kan skiljenämnden således dels ålägga den part som vunnit att ersätta viss del av motpartens kostnader, dels sätta ned den ersättning som den vinnande parten har rätt till.

Med dessa utgångspunkter kan det finnas skäl att frångå huvudregeln om vinnande parts rätt till ersättning för sina rättegångskostnader, om det förekommit illojalitet och ineffektivitet i processföringen, om en part obstruerat i processen eller om en parts processföring varit vårdslös på ett sådant sätt att detta orsakat förseningar och därmed kostnader i förfarandet. Hovrätten börjar dock med att pröva frågan om vilken betydelse utgången i delfrågor kan ha för kostnadsfördelningen och prövar sedan i tre olika avsnitt de omständigheter som parterna gjort gällande ska påverka kostnadsfördelningen.

Finns det några omständigheter som motiverar att huvudregeln frångås?

Har det betydelse för kostnadsfördelningen att Ukraina tappade vissa delfrågor?

Det står klart att Ukraina vunnit skiljemålet så till vida att utgången blev att LBB:s talan avvisades. Frågan är om Ukraina därmed ska betraktas som fullt ut vinnande eller om Ukraina ändå ska anses ha förlorat några delfrågor som har betydelse för kostnadsfrågan.

En utgångspunkt är att en part anses fullt ut vinnande även om parten tappat i delfrågor som inte har påverkat den materiella utgången (se Lindskog, a.a., kommentaren till

42 §, s. 1098 f., avsnitt 4.2.2). Däremot kan sådana tappade delfrågor få betydelse vid beaktandet av andra relevanta omständigheter enligt artikel 44 i SCC-reglerna. Så kan t.ex. bli fallet om en part åberopat flera grunder, men vissa lämnats utan bifall (se Lindskog, a.a., kommentaren till 42 §, s. 1100 f., avsnitt 4.2.4). Enligt hovrätten kan detta påverka kostnadsfördelningen endast om målet tyngts i onödan av att flera alternativa grunder åberopats eller om vissa grunder åberopats utan att det funnits fog för dem.

När det till att börja med gäller de fem obehörighetsgrunder som skiljenämnden aldrig prövade, kan dessa inte anses ha varit obefogade eller annars ha tyngt målet i onödan. Det saknar därför betydelse att skiljenämnden inte prövade alla grunder som Ukraina åberopade.

Inte heller de två invändningar som hovrätten funnit att skiljenämnden bedömt fel, dvs. invändningen om tillämpning av artikel 17(1) ECT och invändningen avseende korruption, kan anses ha varit obefogade eller ha tyngt målet på ett sätt som orsakat onödiga merkostnader i förfarandet. Dessa grunder kunde således ha varit av betydelse vid en prövning i sak. Ingen av dessa grunder för obehörighet bör därför påverka kostnadsfördelningen.

LBB har pekat på att skiljenämnden ansåg att det för frågan om det förekommit en investering enligt ECT saknade betydelse att LBB inte var registrerade ägare av aktierna i Ukrnafta från den 30 oktober 2008 till den 20 mars 2009 samt att Bordo av skiljenämnden ansågs ha haft en investering vid den relevanta tidpunkten. Den första frågan har inte prövats av hovrätten och i den andra frågan har hovrätten gjort en annan bedömning än skiljenämnden. Alldeles oavsett detta saknar skiljenämndens bedömning av dessa frågor betydelse för kostnadsfördelningen.

LBB har i denna del också pekat på att Ukraina förlorade vissa processuella frågor i målet. Utgången i processuella frågor anses som huvudregel inte inverka på kostnadsansvaret (se Lindskog, a.a., kommentaren till 42 §, s. 1100 f., avsnitt 4.2.4).

Hovrätten konstaterar att det förhållandet att skiljenämnden avslog Ukrainas begäran om att målet skulle delas upp på så sätt att behörighetsfrågorna prövades separat inte bör påverka kostnadsansvaret.

När det gäller editionsförfarandena är det i och för sig iögonfallande att en så hög andel av Ukrainas yrkanden avslogs i båda editionsförfarandena, något som talar för att en viss andel av yrkandena var obefogade. Detta bör emellertid beaktas inom ramen för LBB:s påstående om att Ukrainas processföring varit illojal och ineffektiv (se nästa avsnitt). Det är för övrigt i den delen som LBB har begärt ersättning för merkostnader kopplade till editionsförfarandena, och inte till påståendet att Ukraina inte varit fullt ut vinnande i skiljemålet med hänsyn till utgången i editionsförfarandena.

Sammantaget finner hovrätten att Ukraina inte har tappat några delfrågor i skiljemålet som bör påverka kostnadsfördelningen.

Har Ukrainas eller LBB:s processföring varit illojal och ineffektiv på ett sådant sätt att det påverkar kostnadsfördelningen?

Ukraina har påstått att LBB orsakade merkostnader genom att bolagen i sin SoC – i frågan om Naftogaz och Uktransgaz handlingar skulle tillskrivas Ukraina – inte utvecklade sin talan i tillräcklig utsträckning, medan LBB å sin sida invänt att det var Ukraina som underlät att utveckla bestridandet i sitt SoD.

Enligt hovrättens bedömning framgår det inte av utredningen att någon av parterna skulle ha agerat illojalt eller ineffektivt i nu aktuellt avseende. Denna fråga kan därför inte påverka kostnadsansvaret.

Nästa påstående från LBB:s sida är att Ukraina i ett sent skede, i sin Rejoinder, kom med nya korruptionsanklagelser, medan Ukraina invänt att det var fråga om samma anklagelser som framfördes i SoD.

Hovrätten konstaterar det delvis var fråga om nya anklagelser som Ukraina förde fram i sin Rejoinder. Samtidigt framstår det närmast som oundvikligt i mål av det aktuella slaget att parternas talan i viss mån justeras under skriftväxlingen, särskilt som den egna talan efter hand måste anpassas till vad motparten anfört till bemötande av det som gjorts gällande i tidigare skrifter. Det sätt på vilket Ukraina fört fram ytterligare anklagelser i sin Rejoinder framstår med detta perspektiv inte som illojalt eller ineffektivt på ett sådant sätt att det bör få några konsekvenser för fördelningen av kostnadsansvaret.

LBB har även påstått att Ukraina under skriftväxlingen framförde vissa invändningar om bedrägeri och en invändning om att LBB inte sökt lösa tvisten i godo, som Ukraina sedan inte återkom till vid slutförhandlingen. I praktiken frånfölls därmed invändningarna enligt LBB, vilket innebar att bolagens arbete med att bemöta invändningarna medförde onödiga merkostnader.

Det förhållandet att Ukraina inte närmare gick in på invändningarna under slutförhandlingen kan dock enligt hovrättens mening inte anses innebära att de frånfallits; särskilt med beaktande av att det inte gäller någon muntlighets- eller omedelbarhetsprincip i skiljeförfaranden. Inte heller vad LBB anfört i detta hänseende kan därför påverka kostnadsansvaret.

Som nämnts i föregående avsnitt har LBB också invänt att Ukraina fördyrade bevisupptagningen genom att framställa ett stort antal editionsyrkanden som inte bifölls. Ukraina har häremot invänt att anledningen till editionsyrkandena var LBB:s ovilja att klarlägga bolagens ägarstruktur.

Redan det förhållandet att en så stor andel av Ukrainas editionsyrkanden avslogs i båda förfarandena talar, som hovrätten konstaterat ovan, för att yrkandena saknade fog. Av utredningen framgår vidare att en inte obetydlig andel av yrkandena i båda editionsförfarandena avsåg handlingar som inte var i LBB:s besittning och som det därmed måste ha stått klart att skiljenämnden inte kunde ålägga LBB att lämna ut. Att bemöta editionsyrkandena i dessa delar måste anses ha orsakat LBB onödiga merkostnader.

De merkostnader som LBB påstår har uppkommit till följd av detta framstår dock som oskäligen; 216 700 GBP i det första editionsförfarandet och 153 200 GBP i det andra förfarandet. Det kan inte vara fråga om annat än betydligt lägre merkostnader som uppkommit till följd av att någon andel av yrkandena inte varit motiverade.

Hovrätten finner vid en samlad bedömning att LBB får anses ha orsakats merkostnader om motsvarande 100 000 USD genom Ukrainas agerande. Hovrätten återkommer till hur detta belopp förhåller sig till de påstådda förseningar i handläggningen av skiljeförfarandet som Ukraina enligt LBB orsakade i det andra editionsförfarandet.

Ett ytterligare påstående från LBB:s sida är att Ukraina utan skäl motsatte sig hur vittnesförhöret med Kolomoisky skulle hållas. Ukraina har anfört att det i stället var LBB som utan skäl begärde förhör med honom från Tel Aviv trots att skiljenämnden tidigare inte hade tillåtit detta samt att det orsakade merkostnader.

De invändningar Ukraina framförde mot att hålla förhör via videolänk och mot vittnesförhöret från Tel Aviv framstår för hovrätten som fullt rimliga. Snarare var det anmärkningsvärt att skiljenämnden godtog LBB:s begäran att Kolomoisky skulle höras från Tel Aviv. LBB:s invändningar kan vid denna bedömning inte påverka kostnadsansvaret. När det gäller Ukrainas påstådda merkostnader är det alltför oklart vad dessa närmare skulle ha bestått i för att LBB:s agerande i denna del ska påverka kostnadsansvaret.

Avslutningsvis har Ukraina påstått att LBB gav in ett flertal sakkunnigutlåtanden utanför tidplanen samt att detta orsakade merkostnader. Det är enligt hovrätten tydligt att LBB inte helt följde skiljenämndens instruktioner med avseende på de revideringar av sakkunnigutlåtanden som tilläts. Närmare vilka merkostnader detta skulle ha orsakat Ukraina är dock alltför otydligt för att LBB:s agerande i denna del ska påverka kostnadsansvaret.

Sammantaget innebär de bedömningar hovrätten nu gjort att den enda justering som ska göras av kostnadsfördelningen med hänvisning till illojalitet och ineffektivitet i parternas processföring är att LBB ska ha rätt till ersättning med 100 000 USD för merkostnader.

Har Ukrainas processföring varit obstruktiv på ett sådant sätt att det påverkar kostnadsfördelningen?

Det första påståendet om obstruktion som LBB framställt avser Ukrainas underlåtenhet att betala sin del av förskottsbeloppet. Vid bedömningen av denna fråga måste beaktas att SCC-reglerna är anpassade för situationen att endast en part kan behöva betala hela förskottet (se artikel 45(4) i SCC-reglerna). Beaktas måste vidare att LBB hade möjlighet att begära en särskild skiljedom avseende förskottet, vilket bolagen inte gjorde. Skiljenämnden kunde också ha beslutat om en annan, slutlig fördelning av förskottsbeloppet, vilket nämnden inte gjorde eftersom Ukraina var fullt ut vinnande i målet. Även om Ukrainas underlåtenhet måste anses inte ha varit helt lojal är det inte fråga om ett agerande som bör påverka kostnadsfördelningen.

Nästa påstående om obstruktion avser det förhållandet att Ukraina motsatte sig att LBB skulle få lämna in en RoJ. Det är visserligen en självklar utgångspunkt att balansen mellan parterna i förfarandet ska upprätthållas. Samtidigt är det dock tydligt att det främst var LBB som hade att bevaka att de inlagor som kunde vara påkallade för bolagen fanns med i tidplanen samt att LBB förbisåg att påpeka avsaknaden av en RoJ i denna plan. Vidare måste beaktas att skiljenämnden tillät LBB att ge in en RoJ. Inte heller detta agerande av Ukraina kan därför påverka kostnadsfördelningen.

LBB har även påstått att det var obstruktivt av Ukraina att motsätta sig att LBB fick anstånd med sin Reply. Detta agerande kan dock inte ha orsakat LBB några merkostnader: det enda som hände när Ukraina inte medgav anstånd var att skiljenämnden fattade beslut i anståndsfrågan. Någon justering av kostnadsfördelningen med hänsyn till detta kan därför inte komma i fråga.

LBB:s sista påstående om obstruktion avser Ukrainas yrkanden om avvisning av LBB:s uppdaterade sakkunnigutlåtanden. Med hänsyn till att LBB inte hade följt skiljenämndens instruktion gällande uppdateringen av sakkunnigutlåtandena står det enligt hovrätten klart att detta agerande av Ukraina inte kan anses obstruktivt.

Sammantaget innebär hovrättens bedömningar i denna del att det inte finns skäl att justera kostnadsansvaret med hänvisning till att Ukraina agerat obstruktivt.

Har Ukraina eller LBB orsakat sådana förseningar i skiljeförfarandet att det påverkar kostnadsfördelningen?

Den första försening som förekom i skiljemålet i förhållande till den beslutade tidplanen avsåg LBB:s SoC. Denna försening är enligt hovrättens mening inte av sådan karaktär att den kan påverka kostnadsansvaret. Inte heller den därpå följande förseningen med Ukrainas SoD är av denna karaktär. Det kan för övrigt inte anses klart att endast Ukraina kan lastas för förseningen med SoD. Ukrainas lokala ombud hade frånträtt sitt uppdrag och LBB godkände dessutom fyra av de sju veckor som Ukraina begärde anstånd med i november 2016.

När det gäller förseningen med Ukrainas utlämnande av bevisning i det första editionsförfarandet talar utredningen för att Ukraina i någon mån kan lastas för denna försening. Samtidigt är det inte anmärkningsvärt att en sådan försening kan uppkomma när ett stort antal handlingar ska översättas. Ukrainas agerande kan med hänsyn härtill inte anses ha orsakat förseningen på ett sådant sätt att det bör påverka kostnadsfördelningen.

Nästa försening i tidplanen gällde LBB:s Reply. I denna del är det med utgångspunkt i den utredning som parterna lagt fram inte tydligt om det, som LBB gjort gällande, var omfattningen på Ukrainas SoD och Ukrainas förseningar i det första editionsförfarandet som orsakade förseningen, eller om förseningen, som Ukraina påstått, i stället berodde på att LBB valde att föra in ett flertal nya omständigheter i Reply som bolagen

kunde ha tagit med redan i SoC. Eftersom det inte framgår att förseningen skulle ha berott mer på den ena eller andra parten kan den inte påverka kostnadsfördelningen.

Efter denna försening blev även Ukrainas Rejoinder försenad i förhållande till tidplanen i flera omgångar. Förseningen verkar delvis ha berott på att LBB:s Reply var mycket omfattande, men även på Ukrainas eget agerande. LBB medgav delar av anstånd som Ukraina begärde, vilket talar för att bolagen insåg att det fanns visst fog för dessa. Det förhållandet att skiljenämnden i ett skede gav uttryck för besvikelse över Ukrainas anståndsbegäran talar för att nämnden klandrade Ukraina för denna.⁸ Det är dock sammantaget inte tillräckligt tydligt att Ukraina har orsakat förseningen på sådant sätt att den ska påverka kostnadsfördelningen.

När sedan slutförhandlingen i februari 2018 ställdes in kan detta enligt hovrätten inte tydligt sägas i huvudsak ha berott på någon av parterna. Ukraina kom visserligen med nya påståenden i sin Rejoinder, men skiljenämnden avvisade inte påståendena när LBB begärde detta. Att förhandlingen fick ställas in berodde inte heller enbart på förseningen med Ukrainas Rejoinder och innehållet i den, utan även på de tidigare förseningar som förekommit från båda parter sida. Eftersom ingen part tydligt kan klandras för den inställda slutförhandlingen 2018 kan denna försening i tidplanen inte påverka kostnadsfördelningen i skiljemålet.

Att RoJ inte fanns med i tidplanen berodde på att LBB inte hade påpekat att en sådan inlaga saknades där när utkastet till tidplan togs fram. LBB var därefter sen med sin begäran om att få ge in en RoJ. Det står enligt hovrätten inte klart vilken av parterna som sedan huvudsakligen orsakade att inlagan blev försenad. Utredningen visar att LBB inte lojalt höll sig till den begränsning för inlagan som skiljenämnden hade angett samt att inlagan bl.a. därigenom blev mer omfattande än både skiljenämnden och Ukraina hade förutsett. Inte heller i denna del är det enligt hovrätten tillräckligt tydligt

⁸ ”The tribunal is disappointed that once again a further extension of time is sought especially as the Tribunal stated clearly [...] that no further extensions of time would be allowed ‘*absent exceptional circumstances*’ ”

vilken av parterna som huvudsakligen kan klandras för förseningen för att låta denna påverka kostnadsfördelningen.

När det gäller Ukrainas andra editionsbegäran talar utredningen för att Ukraina tog alltför lång tid på sig för att komma in med sin begäran. Detta förhållande är dock redan beaktat genom den kostnadsfördelning hovrätten kommit fram till ovan med anledning av Ukrainas processföring i samband med editionsyrkandena.

När det avslutningsvis gäller den inställda slutförhandlingen i oktober 2018 är det inte heller klarlagt att det kan anses ha berott mer på den ena parten än den andra att förhandlingen ställdes in. Inte heller det förhållandet att slutförhandlingen fick ställas in en andra gång kan därför påverka kostnadsfördelningen.

Sammantaget är hovrättens slutsats mot denna bakgrund att förseningarna i skiljeförfarandet inte medför en annan kostnadsfördelning än den som följer av huvudregeln.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis innebär hovrättens bedömningar att den enda justeringen av kostnadsfördelningen som ska göras i förhållande till huvudregeln – dvs. att vinnande part ska få ersättning för sina kostnader – är att LBB ska ha rätt till ersättning med 100 000 USD.

Är den ersättning som Ukraina begärde i skiljemålet skälig?

Ukraina begärde i skiljemålet ersättning för sina kostnader i förfarandet med knappt 23 miljoner USD. Av beloppet avsåg knappt 20,5 miljoner USD ombudsarvode, drygt 2,2 miljoner USD kostnader för expertutlåtanden och knappt 300 000 USD utlägg. Kostnaderna var uppdelade årsvis för dessa tre kategorier av kostnader men i övrigt inte specificerade. LBB har inte godtagit någon del av de yrkade beloppen som skäliga.

När det gäller kostnaden för ombudsarvode konstaterar hovrätten att skäligheten är mycket svår att bedöma med utgångspunkt i Ukrainas summariska redovisning av vad arbetet bestått i. Hovrätten har redan konstaterat att Ukrainas agerande under editionsförfarandena framstår som delvis obefogat. Utöver att detta påverkar kostnadsfördelningen bör det också påverka skäligheten i det ombudsarvode som Ukraina begärt ersättning för. Vidare bör beaktas att den ersättning som Ukraina yrkat är betydligt högre än den som LBB begärt, oavsett vilken kursdag som väljs för omräkningen mellan USD och GBP.

Hovrätten har inte tagit ställning till vilken relevans alla de omständigheter som Ukraina förde in i skiljemålet med avseende på korruption kunde ha haft vid en prövning av målet i sak. Oavsett hur det förhåller sig med den saken är det inte rimligt att skiljesvaranden haft så pass mycket högre ombudskostnader än skiljekäranden.

Vid en samlad bedömning av målets art och omfattning, med beaktande av de omständigheter LBB gjort gällande avseende Ukrainas processföring, finner hovrätten att en skälig ombudskostnad för Ukraina i skiljeförfarandet får anses uppgå till 16,5 miljoner USD.

Hovrätten har enligt ovan funnit att LBB har rätt till ersättning för merkostnader som Ukraina orsakat dem genom sin processföring med 100 000 USD. Det innebär att Ukraina efter avräkning ska tillerkännas ersättning med 16,4 miljoner USD för ombudsarvode.

Det saknas skäl att ifrågasätta skäligheten i kostnaderna för expertutlåtanden och utlägg, som dessutom är lägre än motsvarande kostnader för LBB. Dessa ska alltså ersättas fullt ut.

Har Ukraina rätt till ränta på kostnaderna i skiljeförfarandet?

Ukraina har yrkat ränta på kostnaderna i skiljeförfarandet enligt 6 § räntelagen från dagen för skiljedomen. Enligt 42 § sista meningen LSF ska ett förordnande av en

skiljenämnd om att en motpart ska ersätta partens kostnader i förfarandet endast omfatta ränta om parten har yrkat detta. Ett sådant yrkande framställdes av Ukraina i skiljeförfarandet, formulerat som ett yrkande om att ”order the Claimants to bear the costs of this arbitration, [...] with interest, payable forthwith” (se skiljedomen p. 242). Hovrätten tolkar yrkandet som att ränta begärdes från dagen för skiljedomen.

Enligt artikel 26(6) ECT ska skiljenämnden besluta i de frågor som tvisten gäller i överensstämmelse med ECT och tillämpliga regler och principer i internationell rätt. Varken ECT eller internationell rätt reglerar dock rätten till ränta på kostnader i ett skiljeförfarande. Enligt artikel 22 i SCC-reglerna ska skiljenämnden avgöra tvisten med tillämpning av de rättsregler som parterna har kommit överens om. Om det inte finns någon sådan överenskommelse ska skiljenämnden enligt samma bestämmelse tillämpa den lag eller de rättsregler som den anser är lämpligast.

Hovrätten konstaterar att en överenskommelse med avseende på regleringen av rätten till ränta på kostnader i skiljeförfarandet saknas mellan parterna. Det framstår som lämpligast att tillämpa svensk rätt med hänsyn till att sätet för skiljeförfarandet är i Sverige (jfr Lindskog, a.a., kommentaren till 42 §, s. 1104, avsnitt 6.1.1). Röntan ska därför bestämmas enligt 6 § räntelagen och Ukrainas begäran om ränta på kostnaderna i skiljeförfarandet bifallas.

Sammanfattning av hovrättens slutsatser

Hovrätten har funnit att huvudregeln enligt SCC-reglerna är att den vinnande parten ska få ersättning för sina kostnader i förfarandet samt att Ukraina är att anse som fullt ut vinnande i skiljemålet. Vid bedömningen av Ukrainas kostnadsanspråk har hovrätten kommit fram till att Ukraina har rätt till ersättning med skäliga 16,5 miljoner USD för sina ombudskostnader och fullt ut för sina kostnader för expertutlåtanden och utlägg.

När det gäller övriga relevanta omständigheter som kan beaktas vid kostnadsfördelningen har hovrätten funnit att det finns skäl att göra en justering motsvarande ett

avdrag om 100 000 USD i Ukrainas rätt till ersättning för kostnader med anledning av Ukrainas agerande under de två editionsförfarandena.

Detta medför sammantaget att LBB efter avräkning ska ersätta Ukraina med 16,4 miljoner USD för ombudsarvode.

På de belopp som Ukraina har rätt till ersättning för ska ränta löpa från dagen för skiljedomen i enlighet med Ukrainas yrkande om detta.

Skiljedomen ska ändras i enlighet med detta.

Frågan om rättegångskostnader i hovrätten

Ukraina har vunnit även detta mål och har därmed rätt till ersättning för sin rättegångskostnad i den mån denna varit skäligen påkallad.

Ukraina har begärt ersättning med 553 974 USD och 2 800 kr, varav 548 216 USD avser ombudsarvode samt 5 758 USD och 2 800 kr utlägg för tolkning vid huvudförhandlingen och resor för Ukrainas brittiska ombud respektive ansökningsavgift. LBB har inte heller i detta mål godtagit något belopp som skäligt.

Av ombudskostnaden om totalt 548 216 USD avser 343 769 USD arvode till Ukrainas svenska ombud och 204 447 USD arvode till Ukrainas brittiska ombud. Arvodet till de svenska ombuden innefattar kostnader för översättning som utförts internt på advokatbyrån.

En post som specificerar arbete utfört av Ukrainas svenska ombud avser arbete med sekretessfrågor motsvarande 4 300 USD. Med hänsyn till att Ukrainas sekretessbegäran i målet saknade fog framstår denna kostnad inte som påkallad för att tillvarata Ukrainas rätt. Denna kostnadspost ska därför inte ersättas.

I övrigt framstår den begärda ersättningen för ombudsarvode som skälig, särskilt i jämförelse med den av LBB begärda ersättningen för ombudsarvode, som är betydligt högre.

Kostnaden för utlägg är skälig och ska ersättas av LBB.

Ukrainas yrkande om ersättning för rättegångskostnader ska sammanfattningsvis bifallas efter en nedsättning med 4 300 USD.

Ska domen få överklagas?

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).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga A

Överklagande senast 2025-02-28

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Per Carlson samt hovrättsråden Hanna Carysdotter och Claes Lewenhaupt, 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.

Prövningstillstånd i Högsta domstolen

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

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

Överklagandets innehåll

Överklagandet ska innehålla uppgifter om

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

Förenklad delgivning

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

Mer information

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