



SVEA HOVRÄTT

Avd. 16

DOM

2003-05-15

Stockholm

Mål nr T 8735-01

Rotel 77

Aktbilaga

KÄRANDE

Tjeckiska republiken

Företrädd av Tjeckiska republikens finansminister Bohuslav Sobotka

Ministerstvo financi

Letanská 15, 118 10 Prag 1

Tjeckien

Ombud

1. Advokaten Tore Wiwen-Nilsson

Box 4291, 203 14 Malmö

2. Advokaten Stefan Bocker

Box 2235, 403 14 Göteborg

3. Advokaten Malin Pålsson

Box 4291, 203 14 Malmö

SVARANDE

CME Czech Republic B.V.

Hoogoorddreef 9, 1101 BA Amsterdam Zuid-Ost

Nederländerna

Ombud

1. Advokaten Hans Bagner

Box 1703, 111 87 Stockholm

2. Advokaten Robert Romlöv

Box 11025, 404 21 Göteborg

3. Advokaten Paolo Fohlin

Box 11025, 404 21 Göteborg

SAKEN

Klander av skiljedom

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Sida

HOVRÄTTENS DOMSLUT.....	2
BAKGRUND.....	2
YRKANDEN.	6
GRUNDER FÖR TALAN.....	7
<i>Republiken</i>	7
<i>CME</i>	9
UTVECKLING AV TALAN.....	13
<i>Republiken</i>	
Uteslutande av en skiljeman från överläggningarna	13
Underlåtenhet att beakta tillämplig lag	21
Lispendens och res judicata	33
Uppdragsöverskridande-joint tortfeasors.	36
Uppdragsöverskridande - beslut rörande skadeståndets bestämmande.	39
Uppdragsöverskridande - föregående investerare och tidigare överträdelser	42
<i>CME</i>	
Uteslutande av en skiljeman från överläggningarna	44
Underlåtenhet att beakta tillämplig lag	50
Lispendens och res judicata	64
Uppdragsöverskridande-joint tortfeasors.	66
Uppdragsöverskridande - beslut rörande skadeståndets bestämmande.	71
Uppdragsöverskridande - föregående investerare och tidigare överträdelser	73
DOMSKÄL.....	77
Allmänt	77
Uteslutande av en skiljeman från överläggningarna	79
Underlåtenhet att beakta tillämplig lag	83
Lis pendens och res judicata	87
Uppdragsöverskridande-joint tortfeasors.	90
Uppdragsöverskridande - beslut rörande skadeståndets bestämmande.	92
Uppdragsöverskridande - föregående investerare och tidigare överträdelser	94
Ogiltighet i övrigt	96
Rättegångskostnader	97
Hovrättens dom får inte överklagas	97

HOVRATTENS DOMSLUT

1. Hovrätten lämnar utan bifall Tjeckiska republikens yrkande om att hovrätten skall ogiltigförklara alternativt upphäva den skiljedom som meddelats i Stockholm den 13 september 2001 i skiljeförfarande mellan CME Czech Republic B.V. och Tjeckiska republiken.

2. Tjeckiska republiken skall ersätta CME Czech Republic B.V dess rättegångskostnader med trettiofyramiljoner (34 000 000) kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för hovrättens dom till dess betalning sker.

BAKGRUND

Ett tjeckiskt bolag, Central European Television 21 (CET 21), ansökte i augusti 1992 hos det tjeckiska Rådet för Radio- och Televisionssändningar (Medierådet) om en sändningslicens (licensen) i enlighet med den tjeckiska medielagen. Ansökan biträdades av Central European Development Corporation GmbH (CEDC), som är ett tyskt bolag, ytterst kontrollerat av medborgaren i USA Ronald S. Lauder. I ansökningsförfarandet rörande licensen företrädde CET 21 huvudsakligen av den tjeckiske medborgaren Dr Vladimir Zelezny.

Medierådet utfärdade formellt licensen till CET 21 den 9 februari 1993. Licensen var förenad med vissa villkor. Enligt medielagen kunde licensen inte överlåtas.

En modell för verksamheten, som inbegrep bildandet av ett nytt tjeckiskt bolag, Česká nezavista televizni spolecnost, spol.s.r.o. (CNTS) utvecklades för att driva TV Nova. Förutom CEDC skulle en tjeckisk sparbank vara finansär till det nya bolaget. CET 21, CEDC och den tjeckiska sparbanken ingick för bildandet av CNTS ett "Memorandum of Association and Investment Agreement", daterat den 4 maj 1993 (1993 års MOA). 1993 års MOA innebar bl.a. att CET 21, som betalning för de aktier i CNTS som bolaget skulle förvärva, skulle tillskjuta till CNTS "unconditionally, unequivocally and on an exclusive basis" rätten att an-

vända, exploatera och vidmakthålla licensen. Det som kallas 1993 års händelser hänför sig till Medierådets påstådda vägran att acceptera CEDC som utländsk aktieägare i CET 21 (innehavaren av licensen) och Medierådets krav att det skulle tillskapas en struktur enligt vilken CEDC skulle delta i CET 21 genom aktieinnehav i CNTS. Detta beskrivs i den aktuella skiljedomen som "the split structure".

CME Media Enterprises B.V. (CME Media), ett holländskt bolag som också ytterst kontrollerades av Lauder, förvärvade i augusti 1994 CEDC:s aktieinnehav i CNTS.

Med stöd av en ändring i medielagen, vilken trädde ikraft den 1 januari 1996 och som innebar att många av villkoren som var förenade med licensen kunde upphävas, ansökte CET 21 i januari 1996 hos Medierådet om upphävande av vissa villkor. CET 21:s ansökan beviljades och villkoren upphävdes.

1996 ändrades MOA vilket innebar att CET 21:s tillskott till CNTS, "the use of the Licence", ersattes med "the use of the know-how of the Licence". En bestämmelse skulle också införas i 1993 års MOA, vilken skulle förhindra att någon annan (förutom CET 21) använde licensen (1996 års MOA). CET 21 och CNTS ingick ett serviceavtal daterat den 21 maj 1997 (serviceavtalet), som reglerade CET 21:s ansvar för programutformningen och CNTS rättigheter och skyldigheter, som exklusivt serviceföretag, rörande driften av TV Nova.

Det som kallas 1996 års händelser åsyftar att Medierådet skulle ha tvingat CNTS att ge upp sin exklusiva nyttjanderätt till licensen enligt 1993 års MOA för att istället få en exklusiv rätt att nyttja know-how till licensen enligt 1996 års MOA samt att gå med på de andra förändringarna i avtalen med CET 21; tvånget skulle huvudsakligen ha bestått av ett förvaltningsrättsligt förfarande som Medierådet inlett gentemot CNTS för sändningar utan licens.

Under 1996 och 1997 köpte CME Media andelar i CNTS och ökade sin andel i CNTS till 93,2 procent. I maj 1997 överlät CME Media sina andelar i CNTS till

det helägda dotterbolaget CME Czech Republic B.V. (CME), också ett holländskt bolag, i enlighet med " Agreement on Transfer of Participation Interest" (överlåtelseavtalet). Senare samma år ökade CME sitt innehav i CNTS till 99 procent.

Den 2 mars 1999 höll Medierådet ett möte med Zelezny, som representant för CET 21. CET 21 skickade den 3 mars 1999 ett brev till Medierådet med anledning av diskussionerna vid mötet. Medierådet svarade den 15 mars 1999 i ett brev ställt till CET 21 och TV Nova. Den 19 april 1999 avskedade CME Zelezny från tjänsten som verkställande direktör för CNTS. Zelezny kvarstod dock som verkställande direktör för CET 21. CET 21 sade upp serviceavtalet med CNTS den 5 augusti 1999 med hänvisning till att CNTS underlåtit att leverera en daglig rapport över sändningarna, vilket påstods utgöra ett väsentligt kontraktsbrott. CET 21 upphörde också att använda CNTS tjänster.

1999 års händelser syftar på de handlingar och underlåtenheter Medierådet påstods ha företagit under 1999, bl.a. genom utfärdandet av brevet av den 15 mars 1999 och underlåtenheten att återkalla brevet.

CME påkallade den 22 februari 2000 skiljeförfarande (Stockholmsförfarandet) mot Tjeckiska republiken (Republiken) enligt det mellan Nederländerna och Republiken gällande bilaterala investeringsskyddsavtalet (*Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic*), upprättat den 29 april 1991 (Fördraget). CME inledde förfarandet på grund av påstådda överträdelser av Fördraget genom 1993, 1996 och 1999 års händelser.

En skiljenämnd bildades enligt Fördraget den 21 juli 2000 genom att de två av parterna utsedda skiljemännen, Judge Stephen. M. Schwebel (utsedd av CME) och JUDr Jaroslav Hándl (utsedd av Republiken) utsåg dr Wolfgang Kuhn till ordförande (Stockholmsnämnden).

Parterna i Stockholmsförfarandet enades i november 2000 om att förfarandet skulle delas upp i två separata förfaranden. En av de tvistiga frågorna i målet är vilka frågor som skulle prövas av Stockholmsnämnden i det första respektive andra förfarandet. I det första förfarandet skulle dock i vart fall frågan om Republiken brutit mot Fördraget och i och för sig var skadeståndsansvarig prövas medan i vart fall frågan om till vilket belopp ett eventuellt skadestånd skulle uppgå skulle prövas i ett andra förfarande.

Mellan den 23 april och 2 maj 2001 hölls slutförhandling i Stockholm. Stockholmsnämnden träffades därefter i Diisseldorf i början av juni 2001 för överläggningar. Mötet hade föregåtts av viss korrespondens mellan skiljemännen. Korrespondensen fortsatte efter Dusseldorfmötet fram till dess skiljedom i målet meddelades i Stockholm den 13 september 2001 (Stockholmsdomen).

Stockholmsnämndens majoritet fann att Republiken hade överträtt Fördraget genom handlingar och underlåtenheter hänförliga till Medierådet 1996 och 1999 men inte 1993.¹ sitt beslut angav nämnden att Republiken var skyldig att gottgöra den skada som CME lidit till följd av Republikens brott mot Fördraget genom att utge det rimliga marknadsvärdet ("the fair market value") av CME:s investering, som detta var före fullbordandet av Republikens brott mot Fördraget 1999, med ett belopp som skulle beslutas i Stockholmsförfarandets andra fas. I Stockholmsförfarandets andra fas meddelades dom den 14 mars 2003, i vilken skadeståndets storlek fastställdes.

Stockholmsdomen undertecknades endast av två av de tre skiljemännen, Kiihn och Schwebel. Den skiljaktige skiljemannen Händl avgav en skiljaktig mening daterad den 11 september 2001, vilken bifogades Stockholmsdomen. Händl avsåg sitt skiljemannauppdrag den 19 september 2001.

Den 3 september 2001 meddelades i London en skiljedom mellan Lauder och Republiken (Londondomen). Lauder hade påkallat skiljeförfarande (Londonförfarandet) mot Republiken den 19 augusti 1999 enligt det mellan USA och Republiken gällande bilaterala investeringsskyddsavtalet (*Treaty Between the United*

States of America and the Czech and Slovak Federal Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment), upprättat den 22 oktober 1991 (amerikanska investeringsskyddsavtalet).

Lauder inledde Londonförfarandet under åberopande att Republiken hade brutit mot det amerikanska investeringsskyddsavtalet. Den påstådda kränkningen av det amerikanska investeringsskyddsavtalet bestod av samma handlingar och underlåtenheter hänförliga till Medierådet som CME gjorde gällande i Stockholmsförfarandet. Skiljenämnden i Londonförfarandet (Londonnämnden) beslutade enhälligt att endast händelserna 1993 utgjort en kränkning av det amerikanska investeringsskyddsavtalet men denna kränkning grundade dock ingen skadeståndsskyldighet för republiken. Londonnämnden ogillade Lauders skadeståndskrav.

På både Stockholmsförfarandet och Londonförfarandet tillämpades de skiljeregler som framtagits av United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL-reglerna).

I enlighet med artikel 9 i Fördraget påkallade Republiken under hösten 2001 konsultationer med Nederländerna angående tolkningen och tillämpningen av Fördraget. Därvid upprättades "Agreed minutes" av vilka det framgår att gemensamma ståndpunkter mellan parterna nåddes i vissa frågor, bl.a. gällande tolkningen av artikel 8.6 i Fördraget och om överlåtelse av krav som uppstått enligt Fördraget.

YRKANDEN

Republiken har yrkat att hovrätten ogiltigförklarar Stockholmsdomen i enlighet med 33 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande, eller alternativt, att hovrätten upphäver Stockholmsdomen i enlighet med 34 § samma lag.

CME har bestritt Republikens yrkanden.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER FÖR TALAN

Republiken

1. Stockholmsdomen och det sätt på vilket den har tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige. Vidare har de två skiljemän, vilka utgjorde Stockholmsnämndens majoritet, överskridit Stockholmsnämndens uppdrag och begått de processuella fel som anges nedan. Envar av grunderna rörande uteslutandet av en skiljeman från överläggningarna samt avsaknadet av behörighet för Stockholmsnämnden till följd av *lis pendens* och *res judicata*, men också de olika av Republiken åberopade grunderna tillsammans, utgör så allvarliga fel att de omfattas av 33 § lagen om skiljeförfarande.

1.1. Majoriteten av Stockholmsnämnden uteslöt en av skiljemännen, Håndl, från avgörande delar av Stockholmsnämndens överläggningar.

1.2. Stockholmsnämnden underlät att tillämpa den lag som Stockholmsnämnden enligt Fördraget var skyldig att tillämpa, d.v.s. tjeckisk lag och allmänna folkrättsliga principer.

1.3. Stockholmsnämnden saknade behörighet att ta upp målet till prövning i sak på grund av *lis pendens* och *res judicata* eftersom: (i) Londonförfarandet inledades före Stockholmsförfarandet; (ii) Stockholmsförfarandet rörde samma yrkanden, grunder och skada samt samma investering och faktiska omständigheter i övrigt, brott mot i allt väsentligt likalydande traktatförpliktelser, som i Londonförfarandet; (iii) parterna i Stockholmsförfarandet och i Londonförfarandet var identiska på svarandesidan och i praktiken desamma på kärandesidan; och (iv) Londondomen meddelades före Stockholmsdomen. Den motstridiga utgången i Stockholmsdomen är oacceptabel ur rättslig synvinkel. Förekomsten och innebörden av de parallella förfarandena åberopades av Republiken som awisningsgrund. Stockholmsnämnden hade fullständig kunskap om det pågående

Londonförfarandet. Innan Stockholmsdomen meddelades fick Stockholmsnämnden även kännedom om att det meddelats skiljedom i Londonförfarandet samt utgången.

1.4. Stockholmsnämnden grundade Stockholmsdomen på att det förelåg "joint tortfeasors", vilket är en grund som CME inte hade åberopat i Stockholmsförfarandet och som inte hade omnämnts som omständighet eller hade varit föremål för juridisk argumentation av någon av parterna.

1.5.1 strid med parternas instruktioner har Stockholmsnämnden prövat frågor rörande skadeståndets storlek.

Om hovrätten skulle upphäva Stockholmsdomen endast avseende uppdragsöverskridande hänförligt till skadeståndets bestämmande, skall st 624 (2) i Stockholmsdomen ha följande lydelse: *"The Claimant is entitled to damages to be determined at a second phase of this arbitration."*

1.6. Stockholmsnämnden överskred sitt uppdrag då den tillämpade Fördraget på påstådda överträdelser som skett under tid då investeringen innehades av en annan investerare än CME.

2. Republiken har inte vållat något av de fel som har framförts under punkten 1 ovan.

3. De fel som framförts under punkten 1 ovan har, eller har åtminstone sannolikt, tillsammans och var för sig, inverkat på utgången i Stockholmsförfarandet.

Republiken har vidare bestritt att någon av klandergrunderna är prekluderad eller att Republiken får anses ha avstått från att göra gällande invändningar i något av de avseenden som CME har gjort gällande.

CME

1. CME bestrider att Stockholmsdomen och det sätt på vilket den har tillkommit är uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen i Sverige. Vidare bestrids att de båda skiljemän, vilka utgjorde Stockholmsnämndens majoritet, överskridit Stockholmsnämndens uppdrag och begått de av Republiken påstådda felen.

1.1. Ett fel av det slag som görs gällande under punkten 1.1. utgör inte någon ogiltighetsgrund enligt 33 § lagen om skiljeförfarande utan är att bedöma enligt 34 § samma lag. CME bestrider att Händl uteslöts från avgörande delar av Stockholmsnämndens överläggningar. Händl bereddes tillfälle att delta i överläggningarnas samtliga skeden och gavs också erforderlig tid att framföra sina synpunkter på samtliga tvistefrågor. Det påstådda felet har under alla förhållanden inte inverkat på målets utgång.

1.2. Stockholmsnämnden överskred inte sitt uppdrag på sätt som Republiken gjort gällande under rubriken 1.2. och agerade inte som *amiable compositeur* utan avgjorde tvisten på basis av lag. Det förekom inte heller i detta avseende något fel i handläggningen som sannolikt inverkade på utgången i Stockholmsförfarandet. Att inte tillämpa tjeckiska rättsregler som inte återopades i Stockholmsförfarandet kan inte utgöra något uppdragsöverskridande eller handläggningsfel.

Att tolka lagvalsklausulen i artikel 8.6 i Fördraget omfattades av Stockholmsnämndens uppdrag och om Stockholmsnämnden gjorde fel vid tolkningen av Fördraget, rör det sig endast om materiella fel som inte är klandergrundande. Under alla omständigheter tolkade Stockholmsnämnden lagvalsklausulen korrekt och tillämpade Fördraget och folkrätten, samt beaktade tjeckisk rätt, när nämnden tog ställning till frågan om Republiken hade brutit mot Fördraget. Republikens påståenden om tjeckisk rätt är inte heller korrekta och utgången i

Stockholmsförfarandet skulle inte ha blivit en annan om ytterligare tjeckiska lagregler hade tillämpats eller beaktats.

Republiken var under alla förhållanden själv vållande till de påstådda felen alternativt får republiken anses ha avstått från att göra gällande de påstådda felen. Klandergrunden är därmed prekluderad.

1.3. Ett fel av det slag som Republiken gör gällande under punkten 1.3. utgör inte någon ogiltighetsgrund enligt 33 § lagen om skiljeförfarande utan är att bedöma endast enligt 34 § samma lag. Om Republikens talan i denna del skall uppfattas också som en klandertalan är den åberopade klandergrunden prekluderad, eftersom Republiken uttryckligen avstod från att göra invändning om och förnekade förekomsten av *lis pendens* och *res judicata* i Stockholmsförfarandet.

Även om Republikens talan prövas enligt 34 § lagen om skiljeförfarande och även om dess klandergrund inte anses prekluderad kan talan inte vinna bifall. Stockholmsnämnden hade nämligen behörighet att ta upp målet till prövning i sak, eftersom principerna om *res judicata* och *lis pendens* inte är tillämpliga i en internationell tvist av förevarande art. Även om de skulle anses vara tillämpliga har de inte utgjort hinder för prövning av tvisten eftersom: (i) *Lauder* och *CME* inte är samma part; (ii) *Lauder* och *CME* åberopade olika materiella avtal till stöd för sin respektive talan; samt (iii) tvistefrågorna i Stockholmsförfarandet inte omfattades av det i Londonförfarandet tillämpliga skiljeavtalet.

1.4. Stockholmsnämnden prövade endast frågor som den hade i uppdrag att pröva och lade till grund för sitt avgörande endast omständigheter som hade åberopats av parterna. Stockholmsdomen grundades inte på någon slags ansvarsprincip om *joint tortfeasors* eller på någon princip avseende solidariskt ansvar vid samordnat agerande mot ett gemensamt mål utan på att Republiken genom Medierådet hade brutit mot Fördraget och att Republiken genom Medierådet därigenom befunns ha orsakat *CME* skada. Stockholmsnämnden nämnde *joint tortfeasors* endast som ett fall av samverkande skadeorsaker när Stockholmsnämnden tog ställning i kausalitetsfrågan, innefattande frågan om skadan var en förut-

sebar följd av Medierådets handlande. Kausalitetsfrågan ingick i nämndens uppdrag att pröva och avsåg dessutom en materiell fråga, som inte kan omprövas genom klander. Att Stockholmsnämnden nämnde joint tortfeasors hade inte någon inverkan på utgången i Stockholmsförfarandet.

Republiken får i vart fall anses ha accepterat att frågan prövades. Under alla förhållanden får Republiken anses ha avstått från att göra gällande det påstådda uppdragsöverskridandet. Klandergrunden är därmed prekluderad.

1.5. Stockholmsnämnden överskred inte sitt uppdrag när nämnden fastställde att Republiken är skyldig att utge skadestånd motsvarande skäligt marknadsvärde (fair market value) av CME:s investering.

Det föll inom nämndens uppdrag att pröva denna fråga då (i) prövningen av frågan omfattades av den överenskommelse som träffades i november 2000 om en uppdelning av Stockholmsförfarandet; (ii) prövningen av frågan under alla förhållanden omfattades av det slutliga yrkande som CME skriftligen framställde under slutförhandlingen.

Genom bemötande av yrkandet under (ii) och utebliven invändning får Republiken i vart fall i samband med slutförhandlingen anses ha accepterat att frågan prövades. Republiken får därigenom under alla förhållanden anses ha avstått från att göra gällande att prövning av frågan innebar att skiljemännen överskred sitt uppdrag. Klandergrunden är därmed prekluderad.

För det fall hovrätten skulle finna att Stockholmsnämnden överskred sitt uppdrag genom fastställandet av Republikens skyldighet att utge skadestånd motsvarande "fair market value" av investeringen, skall Stockholmsdomen upphävas delvis. St 624 (2) i Stockholmsdomen skall i så fall erhålla följande lydelse:
"The Respondent is obligated to remedy the injury that Claimant suffered as a result of Respondent's violation of the treaty".

1.6. Skiljeavtalet omfattade en prövning av överträdelser mot Fördraget som påstods ha ägt rum såväl före som efter CME:s förvärv av investeringen i maj 1997. Redan härav följer att skiljemännen var behöriga att pröva frågan om överträdelser begångna före 1997.¹ Vart fall blev skiljemännen behöriga att pröva frågan om tidigare överträdelser genom att frågan fördes in i Stockholmsförfarandet utan att någon av parterna gjorde gällande att frågan inte omfattades av förfarandet.

J

I vart fall förlorade Republiken rätten att göra gällande att frågan inte omfattades av skiljeavtalet eller att en prövning av frågan gick utöver skiljemännens uppdrag, dels eftersom Republiken inte i sitt Statement of Defence framställde invändningen, vilket Republiken enligt artikel 8.5 i Fördraget och artikel 21 (3) i UNCITRAL-reglerna var skyldig att göra, dels eftersom Republiken under slutförhandlingen uttryckligen avstod från att göra gällande att frågan inte omfattades av skiljeavtalet eller skiljemännens uppdrag.

Under alla förhållanden är klandergrunden prekluderad enligt 34 § andra stycket lagen om skiljeförfarande eftersom Republiken under alla förhållanden får anses ha avstått från att göra gällande att frågan inte omfattades av skiljeavtalet eller att en prövning av frågan gick utöver skiljemännens uppdrag, eftersom Republiken deltog i förfarandet utan invändning.

Prövningen av frågan huruvida CME:s investering var skyddad beträffande överträdelser begångna före CME:s förvärv av investeringen utgjorde en prövning i sak och skiljemännens avgörande av frågan utgjorde således en materiell bedömning. Även om Stockholmsnämnden därvid gjorde en felbedömning, vilket de inte gjorde, utgör detta inte någon klandergrund.

UTVECKLING AV TALAN

Republiken

Uteslutande av en skiljeman från överläggningarna

Efter slutförhandlingen i Stockholmsförfarandet översände Kiihn genom ett fax daterat den 14 maj 2001 en frågelistan till Håndl och Schwebel. Av faxet framgår bland annat att frågelistan färdigställdes redan den 9 maj men att faxet skickades först den 14 maj. I frågelistan togs på flera punkter upp betydelsen av tjeckisk rätt, bl.a. under punkterna III, IV och VI. Den 15 maj 2001, alltså redan dagen efter att den skickades ut, skickade Schwebel sitt svar på frågelistan. Svaret följde Kuhns upplägg i frågelistan och i svaret berörde Schwebel bland annat innebörden av tjeckisk rätt. Av svaret framgår vidare att Schwebel fick ett brev från Kiihn den 11 maj. Håndl fick aldrig det brevet och från Republikens sida känner man inte till innehållet i brevet. Den 23 maj 2001 svarade Håndl på frågelistan. Av svaret framgår bland annat att han tillförde synpunkter angående tjeckisk rätt och vilken betydelse tjeckisk rätt hade i vissa frågor. Håndl kom i vissa hänseenden till samma slutsatser som Londonnämnden.

Den 24 maj 2001 skickade Schwebel ett fax av vilket det bland annat framgår att han ombetts av Kuhn att komma med kommentarer till argument som hade framförts av Republikens ombud professor Lowe i Stockholmsförfarandet. Kiihn bad aldrig Håndl att kommentera professor Lowes argument. Den 25 maj 2001 skickades ytterligare fax från Kuhn till Håndl och Schwebel samt från Håndl till Kiihn.

Vid mötet i Diisseldorf var Håndl närvarande. Mötet pågick dock endast en dag, den 1 juni 2001. På mötet delades handlingar ut som Håndl inte hade fått tillgång till tidigare. Dessa handlingar var en promemoria av Schwebel angående Håndis kommentarer avseende investeringens skydd enligt Fördraget, en utökad frågelistan från Kuhn samt kommentarer av Kiihn till Håndis svar på frågelistan. Av den utökade frågelistan framgår att den var färdigställd den 28 maj. Av hand-

lingen med Kiihns kommentarer till Håndis svar framgår att den var färdigställd den 25 maj. Trots detta delades handlingarna inte ut förrän den 1 juni. Av Kiihns kommentarer till Håndis svar framgår vidare att tjeckisk rätt berördes men de resonemangen återkom inte under överläggningarna eller i domen. Motsvarande dokument där Kiihn har kommenterat Schwebels svar på frågelistan finns inte. Håndl bereddes ingen möjlighet att studera dessa dokument innan de fördes upp till diskussion på mötet, vilket utgjorde en klar nackdel för honom. Överläggning under endast en dag var alltför kort tid i ett så pass komplext mål som skiljemännen hade att bedöma. Vid mötet avslog Kiihn och Schwebel alla Håndis kommentarer utan någon diskussion eller närmare förklaring.

Av Håndis minnesanteckningar från den 6 juni 2001 framgår bland annat att många frågor lämnades öppna vid mötet i Diüsseldorf. Vidare framgår att Kiihn och Schwebel angående frågor om skadeståndet hänvisade till att vissa frågor i anslutning här till skulle avgöras i förfarandets andra fas. Vissa frågor som Kiihn tog upp i sin frågelistan berör inte Håndl i sina minnesanteckningar och det finns inget i anteckningarna som indikerar att överläggningarna avslutades vid Diüsseldorfsmötet. Rent faktiskt avslutades inte heller överläggningarna då. Det framgår av anteckningarna att skiljemännen vid mötet enades om att Kiihn skulle förbereda ett första fullständigt utkast till skiljedom, vilket skulle skickas till både Schwebel och Håndl för deras granskning och kommentarer. Utkastet skulle skickas till dem den 15 juli 2001.

Den 7 juni 2001 skickade Schwebel ett fax till Kiihn av vilket det framgår att Kiihn bett Schwebel att göra en undersökning om överlåtelse av anspråk när aktier överförs. Faxet visar att överläggningarna fortfarande pågick. Den 20 juni 2001 skickade Håndl ett fax där han presenterade sina synpunkter på vissa dokument samt angav att han skulle vara tillbaka i Prag den 25 juli 2001. Håndl bifogade även ett tillägg till sina synpunkter under mötet i Diüsseldorf. Den 10 juli 2001 skickade Schwebel ett fax till vilket han bifogade ett PM angående hur amerikansk rätt reglerade överlåtelse av rättigheter vid aktieöverlåtelse. Av faxet framgår det att det är Kiihn som har bett honom göra detta.

Den 30 juli 2001 skickade Kiihn ett 175 sidor långt utkast till skiljedom till Schwebel och Håndl (Första utkastet). Kiihn bad Schwebel och Håndl att granska och kommentera innehållet så fort som möjligt. Av det bilagda faxmissivet kan man inte utläsa att överläggningarna var avslutade. Av de domsidor som bilagts faxet kan man utläsa att domsutkastet var klart redan den 25 juli.

Redan den 2 augusti 2001 meddelade Schwebel Kiihn och Håndl att han skulle skicka sina kommentarer på Första utkastet under eftermiddagen samma dag. Schwebel skickade sina kommentarer till Kiihn men inte till Håndl. De flesta av Schwebels kommentarer var av språklig karaktär, men han hade också synpunkter i sak. Håndl fick aldrig del av Schwebels kommentarer och fick således inte möjlighet att yttra sig. Schwebel skrev även att han ville att skiljedomen skulle signeras före den 17 augusti 2001.

Den 3 augusti 2001 på kvällen skickade Kiihns sekreterare ett fax till Håndl och frågade om han ville ha kommunikationen mellan Kiihn och Schwebel och ett fax till Schwebel där ett mellankommande domsutkast nämns som Håndl aldrig fick del av. Faxen är daterade den 2 augusti 2001. Håndl bad Kiihn den 6 augusti 2001 om minst 14 arbetsdagar för att inkomma med sina kommentarer på det Första utkastet. Håndl uppgav bland annat att han avsåg att komma med viss kritik av domen och att förslaget att domen skulle signeras den 17 augusti måste betraktas som ett försök att manövrera ut honom. Han uppgav även att han ville ha del av den kommunikation som förevarit mellan Kiihn och Schwebel.

Den 7 augusti 2001 krävde Kiihn att Håndl omedelbart skulle skicka sina kommentarer på det Första utkastet och att dessa kommentarer skulle bestå av förslag till ändringar samt rättelse av fakta och stavning. I faxet angav Kiihn även att det hade formats en majoritet vid mötet i Diisseldorf. Vidare angav Kiihn bland annat att han hade utarbetat ett förslag med språklig hjälp av Schwebel samt att de ändringar Schwebel hade föreslagit endast var språkliga. Samma dag skickade Kiihn ett "slutgiltigt utkast" till skiljedom (Andra utkastet). Den 8 augusti 2001 skickade Schwebel ett fax i vilket han bland annat angav vilka slags kommenta-

rer Händl skulle ge på domsutkastet samt att Händl kunde skriva en skiljaktig mening och att "the substance of the opinion" var klar vid mötet i Diisseldorf.

Den 8 augusti 2001 skickade Kiihn ett fax till Händl och frågade om han ville ha Schwebels handskrivna kommentarer. Den 9 augusti 2001 reagerade Händl på Kiihns och Schwebels skrifter av den 7 och 8 augusti 2001 och angav bland annat att han inte ansåg att överläggningarna var avslutade och att han inte förstod att han skulle vara ansvarig för att domen skulle försenas. Händl uppgav även att han skulle inskränka sina kommentarer för att han inte skulle bli beskylld för att försena domen. Korrespondensen den 7 och 8 augusti 2001 mellan skiljemännen avseende det andra utkastet utvisar bland annat att Kiihn och Schwebel inte ville ha ytterligare diskussioner med Händl, att de ansåg att överläggningarna hade avslutats i Diisseldorf och att de inte var intresserade av Händis synpunkter.

Händl lämnade sina kommentarer den 16 augusti 2001, det vill säga 13 dagar från det att han erhöll det Första utkastet, vilket var kortare tid än han begärt. Då han endast hade begränsad tid att granska och begrunda domsutkastet hade han inte möjlighet att ge sina synpunkter på alla frågor som aktualiserades. Händl skickade sina kommentarer på det Första utkastet med fax både till Kiihn och till Schwebel. Händl tog i sina kommentarer upp Zeleznys roll och att det var han som hade orsakat skadan och att Medierådet inte var ansvarigt för skadan samt att republiken endast kunde åläggas ett proportionellt ansvar om man fann republiken ansvarig. Händl tog vidare bland annat upp frågor om tjeckisk rätt angående överlåtelser av rättigheter, 1993 och 1996 års MOA, det förvaltningsrättsliga förfarandet och tvång. Av hans kommentarer framgår även att han på många ställen hade samma resonemang som Londonnämnden, bland annat angående Medierådets brev av den 15 mars 1999. Vidare framgår att Händl inte ansåg att överläggningarna var avslutade i och med mötet i Diisseldorf.

Kiihn besvarade inte Händis kommentarer förrän den 29 augusti 2001, nästan två veckor senare. Kiihn avfärdade alla Händis synpunkter och skickade samma dag ett andra "slutgiltigt utkast" till skiljedom (Tredje utkastet). En kopia för under-tecknande skulle skickas några dagar senare. Av Kiihns svar kan utläsas att det

färdigställdes den 21 augusti. Under den tid som gick mellan den 16 augusti och fram till svaret skickades den 29 augusti måste det ha pågått en diskussion mellan Kiihn och Schwebel om hur de skulle gå vidare.

Lördagen den 1 september 2001 skickade Kiihn ett fax till Håndl daterat den 31 augusti 2001. Bifogat fanns ytterligare ett "slutgiltigt utkast" (Fjärde utkastet) till skiljedom samt separata signatursidor daterade den 31 augusti 2001 och redan underskrivna av Kiihn. Utkastet och signatursidorna skickades även med kurir till Håndl. Fjärde utkastet innebar att Håndl definitivt berövades varje möjlighet att lämna kommentarer till det Tredje utkastet i tid. Domen var dock föremål för ändringar även efter detta datum. Håndl svarade och bekräftade mottagandet den 3 september 2001. Samma dag meddelade Londonnämnden London domen i vilken alla anspråk mot Republiken ogillades. Detta utslag fick stor spridning och kom till Kiihns kännedom. Den 4 september 2001 bad Kiihn Håndl att han skulle skicka underskriftssidorna direkt till Schwebel och anmärkte att det fortfarande förekom ändringsarbeten i domen. Samma dag fick Håndl ytterligare 33 sidor med rättelser i domen av Schwebel.

Den 5 september 2001 uppgav Håndl att han inte skulle skriva på en skiljedom där inte signatursidorna var sammanfogade med originalsidorna samt återsände signatursidorna till Kiihn. Håndl påpekade också bland annat att skiljedomen inte kunde vara daterad innan den undertecknats av samtliga skiljemän. Håndl ansåg att skiljedomen skulle dateras den tidpunkt då den undertecknats av den siste skiljemannen, särskilt som skiljedomen fortfarande var föremål för ändringar.

Fredagen den 7 september 2001 skickade Kiinn sex fullständiga och odaterade kopior av skiljedomen (Femte utkastet) till Håndl för underskrift, vilka Håndl, till följd av den mellankommande helgen, erhöll måndagen den 10 september 2001. Kiihn bad Håndl underteckna och skicka alla kopiorna av skiljedomen till Schwebel för hans underskrift. Håndl informerade samma dag Kiihn att han inte tänkte underteckna skiljedomen. Den 11 september 2001 skickade Håndl sin

skiljaktiga mening till Kiihn och Schwebel i vilken han redogjorde för varför han inte undertecknade skiljedomen.

Den 11 september 2001 skickade Händl skiljedomen till Schwebel för underskrift. Detta var samma dag som USA utsattes för angrepp och det var omöjligt att skicka något med flyg till USA den och efterföljande dagar. Samma dag uppgav Händl i fax till Kiihn att han hade rätt att inte underteckna domen och att han skulle bifoga en skiljaktig mening. Kiihn angav samma dag sin syn på överläggningsprocessen. Kiihn skrev i detta skede "for the record". Trots kommunikationssvårigheterna med USA skickades Stockholmsdomen till parterna den 14 september 2001, undertecknad både av Kiihn och av Schwebel samt daterad den 13 september 2001.

Den 23 september meddelade Händl sin avgång som skiljeman samt bifogade till parterna och övriga skiljemän vad han uppgett för Republikens finansminister om skälen för sin avgång. Som skäl angav han bland annat att de andra två skiljemännen, varav Kiihn särskilt, hade uteslutit honom och överlagt utan honom.

Det Första utkastet var långt ifrån ett fullständigt utkast till Stockholmsdomen. Efter att det Första utkastet hade skickats till Händl och Schwebel gjordes en mängd ändringar och tillägg, vilka var avgörande för utgången i målet och som innefattade nya rättsliga argument. Händl erhöll varken någon information från Kiihn eller Schwebel om varför dessa nya stycken infogades i utkastet eller på vems uppmaning eller begäran detta ägde rum. Händl fick inte delta i några diskussioner rörande dessa nya stycken och Händl fick intryck av att de två andra skiljemännen var involverade i de ändringar som gjordes i utkastet till Stockholmsdomen under augusti 2001. Händl hade endast fem arbetsdagar på sig att granska det 175 sidor långa Första utkastet innan distributionen av det nästföljande och de många efterföljande utkasten inleddes, vilka alla benämndes "slutgiltigt utkast" ("final draft") och hade ingen möjlighet att lämna sina synpunkter på ett utkast innan nästa utkast distribuerades. Till detta kommer att Händl varken förväntade sig eller kunde förvänta sig att helt nya avsnitt, vilka innehöll rättsliga frågor av väsentlig betydelse, skulle komma att infogas i ett "final draft"

utan någon föregående diskussion. Vid någon tidpunkt, troligen från juni 2001 och framåt, upphörde de två skiljemännen att inkludera Håndl i sina fortsatta diskussioner. Någon intern arbetsordning i Stockholmsförfarandet kom man inte överens om.

I det Första utkastet till dom behandlades orsaksfrågan och av utkastet framgår att nämnden hade kommit fram till att Republiken hade orsakat skadan. Detta framgår bland annat av st 427, st 520 och st 590.

I det Andra utkastet fanns det både ändringar som var markerade och som var omarkerade. Detta framgår bland annat i st 11, 13, 26, 401, 408, 424, 427, 469, 533, 551, 584 och 586. Ändringarna var inte endast språkliga. I de markerade st 598-604 rörde det sig om väsentliga ändringar och tillägg till domskälen avseende expropriation.

Även i det Tredje utkastet fanns det ändringar som inte var markerade. Det fanns även markerad text som inte var ändringar, t.ex. i st 393. Arbetet med att granska utkastet försvårades härmed. Viktiga ändringar infördes också i st 580-585, vilket var ett avsnitt om joint tortfeasors. Dessa stycken var helt nya och byggde på kommentaren till "the draft Articles on State Responsibility" som antogs av United Nations International Law Commission ("ILC") under dess sommarmöte, vilket pågick den 2 juli - den 10 augusti 2001. I st 580 togs begreppet "tortfeasors" upp för första gången. St 581 återgav ett citat som avsåg nationell rätt vilket är hämtat från kommentaren till artikel 31. I st 582 karaktäriserades Medierådets handlingar som "tort". I den andra felnumrerade st 581 hänvisades till paragrafer som inte behandlar det fall som skiljemännen hade att bedöma. Det framgår att nämnden tagit in delar av citat från olika delar av kommentaren i domen och "möblerat om" bland dem. I den andra felnumrerade st 582 diskuterade nämnden orsakssamband och adekvansfrågor.

Artikel 31 i "the draft Articles on State Responsibility" handlar om "Reparation". I fotnot 500 under paragraf 12 i ILC-kommentaren till artikel 31 finns ett stycke som har citerats i domen med det undantaget att det i domen anges "in-

ternational law" istället "national law". Nämnden använde sig även i den felnumrerade st 581 av citat från kommentaren till artikel 31 och förde även in rättsfall därifrån i det Tredje utkastet. Artikel 31 behandlar dock stats ansvar gentemot andra stater, inte mot annat rättssubjekt. St 580-585 lades till i den del av domen som behandlar orsakssamband, vilket inte artikel 31 behandlar. Artikel 47 behandlar när flera stater är vållande.

Begreppet "joint tortfeasor", som inte existerar inom folkrätten, var av avgörande betydelse för majoritetens ståndpunkt att Republiken var skadeståndsskyldig enligt Fördraget. Majoriteten baserade även sitt beslut om vilka principer, som skulle tillämpas för att fastställa skadeståndets storlek, på detta begrepp. Först i det Tredje utkastet blev Håndl varse denna fråga. ILC-kommentaren fanns inte tillgänglig förrän sent i augusti 2001. Håndl tillsändes inte en kopia av ILC-kommentaren från Kuhn eller Schwebel. Det Fjärde utkastet skickades till Håndl bara två dagar efter det att han fått det Tredje utkastet. Håndl bereddes ingen möjlighet att granska och yttra sig över begreppet "joint tortfeasor" och referenserna till ILC-kommentaren i Stockholmsdomen innan Kuhn krävde att han skulle underteckna domen.

Även st 613-616 i det Tredje utkastet var nya och behandlade "the Reparation claim". I st 616 nämndes för första gången begreppet "fair market value". Även i st 617 hade tillägg gjorts vilket återspeglades i st 620. Varken ersättning i allmänhet eller särskilda principer för ersättningens fastställande hade berörts av Stockholmsnämnden förrän i det Tredje utkastet. Inte heller i detta fall fick Håndl tillfälle att yttra sig innan han ombads underteckna skiljedomen. Inte heller bereddes Håndl på detta sena stadium någon möjlighet att försöka hindra Stockholmsnämndens majoritet från att överskrida parternas överenskommelse att särskilja ansvarsfrågan från frågan om skadeståndets bestämmande.

Kuhn och Schwebel hade diskuterat och lagt till avsnitten om joint tortfeasors, skadestånd och ILC-kommentaren, utan att låta Håndl delta i detta arbete.

I de Fjärde och Femte utkasterna förekom likaså ändringar. Vidare finns två slutliga versioner av skiljedomen med olika styckenumereringar. Arbetet med att färdigställa skiljedomen pågick alltså även efter det att det Tredje utkastet hade distribuerats.

Det förhållandet att Håndl i sin skiljaktiga mening uppgett att han meddelat Kiihn och Schwebel sina synpunkter kan inte ses som att Håndl deltagit i diskussionen rörande joint tortfeasors, eftersom detta begrepp samt styckena om skadestånd och ILC-kommentaren inte blev känt förrän i det Tredje utkastet den 29 augusti 2001. Vidare kan inte texten på sidan 20 i den skiljaktiga meningen rörande "tortfeasor" ses som en bekräftelse på att Håndl hade diskuterat frågan med de två övriga skiljemännen. Håndl uttrycker på detta ställe för första gången sin syn på "tortfeasors".

Håndl försökte inte avsiktligt fördröja avkunnandet av Stockholmsdomen. Det framstår dock som uppenbart att Stockholmsnämndens majoritet ville avkunna Stockholmsdomen med verkan från den 31 augusti 2001, trots att den inte var färdig för avkunnande förrän senare. Antedateringen kan inte ha haft något annat motiv. Anledningen till detta måste ha varit att majoriteten var rädd att Londondomen skulle innebära res judicata i förhållande till Stockholmsdomen. Slutförhandlingen i Londonförfarandet inleddes sju veckor tidigare än slutförhandlingen i Stockholmsförfarandet, den 5 mars 2001 jämfört med den 23 april 2001. Londonnämnden höll överläggningar i målet från det att slutförhandlingen avslutades den 13 mars 2001 fram till meddelandet av Londondomen den 3 september 2001.

Underlåtenhet att beakta tillämplig lag

De slutsatser som Stockholmsnämnden drog i Stockholmsdomen aktualiserade en mängd frågor som enligt lagvalsbestämmelsen i artikel 8.6 i Fördraget skulle avgöras med tillämpning av tjeckisk rätt. Dessa frågor rörde bland annat vilket skydd som gavs åt den ursprungliga investeraren enligt 1993 års MO A, inledandet av det förvaltningsrättsliga förfarandet 1996 och det påstådda tvånget i sam-

band härmed, hur 1996 års MOA förhåller sig till 1993 års MOA, serviceavtalet, vad som hände när CME förvärvade andelarna i CNTS av CME Media Enterprises B.V. (CME Media) år 1997, Medierådets brev av den 15 mars 1999 och den påstådda samverkan med Zelezny, skyldigheten för Medierådet att ingripa och uppsägningen av serviceavtalet. Dessa frågor kunde endast avgöras med tillämpning av tjeckisk rätt. Stockholmsnämnden hade en skyldighet att följa lagvals klausulen och enligt denna en skyldighet att tillämpa tjeckisk rätt. Stockholmsnämnden tillämpade inte tjeckisk rätt på ovan nämnda frågor och bortsåg även öppet från tjeckisk rätt. När Stockholmsnämnden inte tillämpade tjeckisk rätt kunde den inte avgöra de uppkomna frågorna i Stockholmsförfarandet på ett korrekt sätt. Stockholmsnämnden tillämpade inte heller folkrätten eller något annat rättssystem på ovan nämnda frågor och beslutade inte på grundval av lag. Hade Stockholmsnämnden tillämpat tjeckisk rätt hade utgången i målet blivit en annan.

Stockholmsnämnden var sammansatt av en jurist med expertkunskaper i folkrätt, Schwebel, en jurist med expertkunskaper i tjeckisk rätt, Händl, och en jurist med expertkunskaper i kommersiell rätt och internationella skiljeförfaranden, Kuhn. Parterna förväntade sig att Stockholmsnämnden skulle använda sig av sin samlade expertis när den avgjorde målet och var införstådda med att tjeckisk rätt skulle utredas, bland annat mot bakgrund av att det fanns en tjeckisk jurist i Stockholmsnämnden. Stockholmsnämnden hade även en skyldighet att utreda innehållet i den tillämpliga lagen, det vill säga tjeckisk rätt. Republikens utnämning av Händl som skiljeman gav republiken en välgrundad rätt att förvänta sig att Händis expertkunskaper skulle beaktas i Stockholmsnämnden. Händis expertkunskaper i tjeckisk rätt var nödvändiga för tvistens avgörande. Uteslutandet av Händl från Stockholmsnämndens överläggningar resulterade i att tjeckisk rätt ignorerades i Stockholmsdomen.

Uppfattningen att tjeckisk rätt skulle utredas och tillämpas delades inledningsvis av skiljemännen, vilket bland annat framgår av att efter slutförhandlingen i Stockholm gav Kuhn i uppdrag åt Händl att titta på tjeckisk rätt och Schwebel att titta på folkrätten. Republiken åberopade tjeckisk rätt i Stockholmsförfaran-

det och argumenterade utförligt avseende tjeckisk rätt i sina skriftliga inlagor, bland annat i Statement of Defence, i Sur-Reply och i Written Closing Submission, och vid slutförhandlingen inför Stockholmsnämnden. Republiken anförde till exempel att Medierådets roll var att övervaka och verkställa medielagen, vilket det var bemyndigat och förpliktigt att göra enligt tjeckisk rätt. Republiken gav även in översättningar av bland annat medielagen, förvaltningslagen och lagen som reglerade Medierådet. Bevisbördan under Stockholmsförfarandet åvilade dock i många avseenden CME. Parterna argumenterade både rörande tjeckisk rätt och folkrätten i Stockholmsförfarandet och Stockholmsnämnden ställde frågor rörande tjeckisk rätt och folkrätten under slutförhandlingen. Underlåtenheten att tillämpa tillämplig lag kunde inte upptäckas förrän Stockholmsdomen hade meddelats. Det fanns inget som Republiken kunde protestera mot under Stockholmsförfarandet.

Republiken har anført att Stockholmsnämnden i domen bortsåg från tjeckisk rätt bland annat enligt följande.

Nämnden borde ha analyserat hur den ursprungliga investeringen som gjordes av CEDC 1993 skulle ha karaktäriserats och därvid utrett ett stort antal frågor omfattande bland annat bolagsrätt och avtalsrätt. Nämnden kom utan någon rättslig analys fram till att 1993 års MOA och "the split structure" var ett "carefully designed scheme", att det var i överensstämmelse med tjeckisk rätt och att det var grunden för CEDC:s investering.

Nämnden kom utan rättslig analys fram till att "The use of 'know-how' of a broadcasting Licence is meaningless and worthless" och att 1996 års tillskott till MOA av "the use of the know-how of the Licence" var en ganska värdelös och meningslös rättighet. Stockholmsnämnden gjorde ingen analys av värdet av CET 21:s tillskott till CNTS 1993 av det exklusiva utnyttjandet av sändningslicensen. När nämnden konstaterade vilket skydd som investeringen hade enligt 1993 års MOA jämfört med 1996 års MOA beaktade nämnden inte tjeckisk rätt utan såg till det faktiska händelseförloppet för att finna stöd för sina resonemang om att skyddet hade blivit sämre. Nämnden påstod att serviceavtalet kunde sägas upp

och avslutas lättare utan att analysera om det rättsligt verkligen förhöll sig så och resonerade kring de rättsprocesser som inletts i Tjeckien. Stockholmsnämnden angav i st 476 att investerarens skydd enligt tjeckisk civilrätt och i tjeckiska domstolar inte hade någon betydelse för nämndens slutsatser.

Stockholmsnämnden bedömde om Medierådets agerande 1996 kunde konstitueras tvång eller om förändringarna i MOA var frivilliga. Nämnden ifrågasatte därvid den "opinion" som Dr Barta avgett och i vilken han kom till slutsatsen att "the split structure" inte var förenlig med lag samt att åtgärder borde vidtas och konkluderade att det var fråga om tvång. Nämnden angav att det inte var nödvändigt att se till den tjeckiska förvaltningsrättsliga aspekten av frågan och hur Medierådets agerande skulle bedömas enligt tjeckisk rätt och om strukturen var laglig enligt tjeckisk rätt. Nämnden gick istället direkt till Fördraget och gjorde en bedömning utifrån detta.

I st 575 beskrev nämnden vad som var orsaken till kollapsen av CME:s investering och angav att det var Medierådets handlingar och underlåtenheter. I konklusionen i st 590 angav nämnden att det därvid inte var nödvändigt att se till tjeckisk rätt för att se om Medierådets handlingar var utförda i enlighet med tjeckisk rätt utan anförde att man kunde gå direkt till Fördraget för att se om handlingarna innebar ett brott mot Fördraget. Detta var dock inte möjligt eftersom Fördraget inte gav svar på dessa frågor.

Även av skiljemännens korrespondens och dess uttalanden framgår att majoriteten inte tillämpade eller ansåg att det var nödvändigt att tillämpa tjeckisk rätt. I den frågelista som Kühn upprättade berördes tjeckisk rätt. Kühn ställde frågor angående tjeckisk rätt och frågan om tjeckisk rätt skulle tillämpas väcktes. Resonemangen fullföljdes dock inte. Schwebel angav i sitt svar på frågelistan att han tolkade Fördragets artikel 8.6 som att "take into account" innebar en friare formulering än "apply". Av skiljemännen var Schwebel av den inställningen att tjeckisk rätt inte behövde tillämpas utan att man kunde se direkt till Fördraget för

att få svar på om det hade uppstått någon skada för CME. Betecknande för Schwebels inställning är att han ägnade sig åt tyckande istället för att utreda tjeckisk lag och vad den stadgade. Till exempel brydde sig Schwebel inte om att analysera skillnaden mellan CET 21 :s tillskott till CNTS 1993 och 1996 och om tillskottet kunde återkallas. Schwebel refererade istället till att Medierådet hade tyckt att tillskottet 1993 var lagligt. Vidare kände inte Schwebel till vad förändringen av 1996 års MOA innebär enligt tjeckisk rätt och brydde sig inte heller om att ta reda på innebörden. Håndl var av uppfattningen att ändringarna i 1996 års MOA inte innebär någon förändring, men hans uppfattning fick inte något gehör i domen. I domen angavs dock, trots att skiljemännen inte var klara över situationen efter överläggningarna i Diisseldorf, utan någon analys enligt tjeckisk rätt eller någon annat rättssystem att skyddet enligt 1996 års MOA hade blivit sämre och att tillskottet av licensens know-how 1996 var meningslöst och värdelöst. Schwebel ägnade sig även åt tyckande och inte åt analys av tjeckisk rätt när frågan om innebörden av CME:s samtycke till 1996 års MOA som uttrycktes i överlåtelseavtalet från 1997 analyserades. Håndl däremot förde fram att CME var bundet av sitt samtycke enligt tjeckisk rätt. Majoriteten tog dock inte hänsyn till Håndl utan fann utan någon analys av tjeckisk rätt att CME inte var bundet av samtycket i den meningen att CME inte kunde ställa krav grundade på 1996 års MOA. Även när det gällde innebörden av Medierådets brev den 15 mars 1999 betraktade inte majoriteten tjeckisk rätt utan ägnade sig åt tyckande.

Som exempel på frågor där Stockholmsnämnden inte tillämpade tjeckisk rätt och i förekommande fall folkrätten och där utgången i målet inte hade blivit densamma om så skett har Republiken anfört följande.

Den rättsliga grunden för investeringen

Stockholmsnämnden kom fram till att "the split structure" var basen för investeringen och att detta var en väl definierad rättslig grund härför. Nämnden gjorde dock inte någon analys av vad CET 21 :s tillskott till CNTS var för någonting och hur det skulle definieras. Nämnden utredde inte vilka rättigheter som CEDC

förvärvade genom sin investering i Tjeckien och vilket skydd 1993 års MOA gav investeringen. Nämnden angav inte och hänvisade inte heller till någon lagregel som motiverade varför 1993 års MOA gav ett starkare skydd än 1996 års MOA eller angav på annat sätt rättsligt vad som inträffade.

Republiken hänförde sig angående denna frågeställning till tjeckisk rätt och anförde invändningar grundade i tjeckisk rätt. Hade Stockholmsnämnden tillämpat tjeckisk rätt hade man funnit att de enda rättigheter som CEDC förvärvade genom sin investering var avtalsenliga rättigheter gentemot CET 21 och att det endast var CET 21 som erhöll sändningslicensen enligt tjeckisk rätt.

Förändringar 1996 och 1997 i de avtalsrättsliga förhållandena med CET 21

Nämnden gjorde ingen analys av vad som hände vid förändringen av MOA 1996 och tillkomsten av serviceavtalet. Nämnden antog att det rättsliga skyddet förlorades och angav utan något rättsligt stöd vad tillskottet av "know-how" av licensen var värt.

Dr Radvan var en tjeckisk jurist som deltog i förhandlingarna kring 1996 års MOA och han hördes i förfarandet som vittne om sakomständigheter i målet och inte om innehållet i tjeckisk rätt. Nämnden fäste under förhandlingen inte något avseende vid Dr Radvans vittnesmål avseende innebörden av tjeckisk rätt utan efterfrågade ett utlåtande av annan person i skriftlig form. Hans vittnesmål kan inte tas till intäkt för att nämnden grundade sin dom på tjeckisk rätt. Inte heller vad CME:s bolagsjurist angav om det rättsliga skyddet 1993 jämfört med skyddet 1996 kan tas till intäkt härför eftersom inte heller hon hördes om innehållet i tjeckisk rätt utan om sakomständigheter. Oberoende bedömare hade även kommit fram till att värdet av tillskottet var det samma 1993 som 1996.

Innebörden och effekten av 1993 års MOA och 1996 års MOA samt serviceavtalet skulle ha bedömts enligt tjeckisk rätt. Utan att analysera innebörden och effekten enligt tjeckisk rätt av avtalsförhållandena mellan CET 21 och CNTS år 1993 jämfört med åren 1996 och 1997, samt innebörden av återkallandet av vill-

koren i licensen var det inte möjligt för Stockholmsnämnden att avgöra huruvida CME/CNTS hade förlorat sitt rättsliga skyddsnät. Om Stockholmsnämnden hade tillämpat tjeckisk rätt hade man kommit fram till att CET 21 hade kunnat sända TV Nova oavsett vad som stod i 1993 års MOA och funnit att CME/CNTS inte förlorat något rättsligt skydd genom 1996 års händelser.

Inledande av förvaltningsrättsligt förfarande och tvång

Stockholmsnämnden fann att Medierådet inledde det förvaltningsrättsliga förfarandet 1996 i syfte att pressa CET 21 och CNTS att upplösa det exklusiva förhållandet och få 1993 års "split structure" att upphöra. Frågan om det förelåg tvång var av avgörande betydelse för utgången i målet. Utan att komma fram till att det förelegat tvång hade nämnden inte kunnat komma fram till det slut nämnden gjorde.

I domen nämns bland annat i st 515 "unlawful pressure" och i st 516 "unlawful acts" men det hänvisas inte till något rättssystem varpå detta grundas. Inom folkrätten finns det inte annat än fysiskt tvång. Professor Vägts artikel, som nämnden hänvisade till i st 517 i domen, utgör inte folkrätt och Professor Vägts själv betonade att vad som kom till uttryck i artikeln inte var folkrätt. Hänvisningen till professor Vägts artikel innebar inte att nämnden tillämpade folkrätten eftersom att hänvisa till artikeln faller utanför området för tillämpning av folkrätten. Nämnden tillämpade inte något rättssystem överhuvudtaget. Enligt tjeckisk rätt finns det vissa förutsättningar för att tvång skall föreligga. Handlingen som utgör tvånget skall bland annat vara rättsstridig. Vidare är enligt tjeckisk rätt handlingar som företagits under tvång ogiltiga. Om den part som utsatts för tvång åberopat rättshandlingen som tillkommit under tvång sedan tvånget upphört karakteriseras rättshandlingen inte längre enligt tjeckisk rätt som tillkommen under tvång.

Om nämnden hade analyserat det förvaltningsrättsliga förfarandet enligt tjeckisk rätt skulle nämnden ha funnit att enligt medielagen hade Medierådet en skyldighet att inleda ett förfarande om man misstänkte brott mot medielagen. Eftersom Medierådet hade en skyldighet att inleda förvaltningsrättsligt förfarande mot

CNTS kunde det inte vara tal om tvång enligt tjeckisk rätt. Nämnden angav i stället för att tillämpa den tjeckiska rätten att det inte var nödvändigt att se om Medierådets agerande var förenligt med tjeckisk rätt, att den inte var skyldig att avgöra den tjeckiska förvaltningsrättsliga aspekten av frågan och att det inte var skiljenämndens uppgift att bedöma huruvida Medierådets handlande var förenligt med tjeckisk rätt. Nämnden uppgav i stället att den endast hade att bedöma om Medierådets handlingar var förenliga med Fördraget.

Republiken åberopade tjeckisk rätt angående medielagen och Medierådets skyldigheter och förvaltningslagen bland annat i sitt Statement of Defence och under själva slutförhandlingen i Stockholmsförfarandet.

Londonnämnden analyserade dessa frågor utifrån tjeckisk rätt och kom fram till att inledandet av det förvaltningsrättsliga förfarandet var ett normalt förfarande för Medierådet.

Hade Stockholmsnämnden tillämpat tjeckisk rätt hade nämnden kommit fram till att Medierådet var skyldigt att tillse att medielagen följdes, att Medierådet inte agerade rättsstridigt och att det förvaltningsrättsliga förfarandet inte kunde innebära tvång. Om nämnden hade kommit fram till att ändringarna i 1996 års MOA tillkommit under tvång skulle nämnden även ha kommit fram till att de var ogiltiga och att det sålunda inte hade skett någon förändring i 1993 års MOA.

Överlåtelseavtalet mellan CME Media och CME

Stockholmsnämnden underlät att tillämpa tjeckisk lag när den analyserade innebörden av överlåtelsen av aktierna i CNTS från CME Media till CME i enlighet med överlåtelseavtalet. Stockholmsnämnden kom i domen till slutsatsen att CME:s samtycke till 1996 års MOA endast hade verkningar mellan aktieägarna och att samtycket inte innebar ett avstående av rättigheter under Fördraget som uppkommit på grund av överträdelse före CME:s förvärv av aktierna i CNTS. Nämnden gjorde ingen analys av tjeckisk rätt trots att tjeckisk rätt ostridigt var tillämplig på överlåtelsen. Republiken gjorde invändning om vad samtycket in-

nebar enligt tjeckisk rätt. Varken folkrätten eller Fördraget innehåller någon regel som kunde ha varit tillämplig vid bedömningen av frågan. Kuhn uppmanade i stället Schwebel att företa undersökningar för att se om det fanns några analogier som kunde dras från amerikansk rätt i frågan.

Enligt tjeckisk rätt är en part bunden av de bestämmelser som ingår i avtalet och nämnden skulle vid tillämpning av tjeckisk rätt ha funnit att CME skulle ha varit bundet av artikel 4 i överlåtelseavtalet. Sådant samtycke som CME lämnade i artikel 4 var CME tvunget att lämna enligt tjeckisk rätt. Genom att lämna sitt samtycke så godkände CME 1996 års MO A och de påstådda förändringar som skett gentemot 1993 års MOA, inklusive det påstådda tvånget. Enligt tjeckisk rätt följer krav som tillkommer person inte med aktierna vid aktieöverlåtelse. CME Media överlät inte heller några krav till CME. Om Stockholmsnämnden hade tillämpat tjeckisk lag för att avgöra betydelsen av innebörden av överlåtelseavtalet skulle Stockholmsnämnden inte ha dragit slutsatsen att CME kunde framställa några anspråk grundade på påstått tvång 1996.

Medierådets brev av den 15 mars 1999

Stockholmsnämnden underlät att tillämpa tjeckisk lag och folkrätten när den analyserade Medierådets brev av den 15 mars 1999 till CET 21. Slutsatsen som Stockholmsnämnden drog av brevet var att Medierådet hade bistått CET 21 att eliminera CNTS. Stockholmsnämnden kom fram till att utfärdandet av Medierådets brev av den 15 mars 1999 och underlåtenheten att kalla tillbaka detta var ett brott mot Fördraget. Stockholmsnämnden drog utan att ange något juridiskt stöd slutsatsen, att ett sådant brev var ett brev innefattande ett formellt och bindande beslut (regulatory letter) av tillsynsorganet för sändningar och att brevet innehöll krav och inte rekommendationer. Republikens ståndpunkt i förfarandet var att brevet inte kunde ha de rättsverkningar som nämnden kom fram till.

Londonnämnden fann efter att ha tillämpat tjeckisk rätt att detta brev inte var ämnat att ha, och kunde inte heller ha, någon juridisk konsekvens eftersom det

enbart uttryckte en tillsynsmyndighets allmänna uppfattning rörande den korrekta tolkningen av medielagen.

Om Stockholmsnämnden hade tillämpat tjeckisk rätt skulle man ha kommit fram till att brevet inte kunde ha den legala effekt som nämnden fann. Genom att underlåta att tillämpa tjeckisk rätt avseende brevets juridiska status, kom Stockholmsnämnden till slutsatsen att brevet kunde eliminera exklusiviteten enligt serviceavtalet och försvaga det rättsliga skyddet. Varken tjeckisk rätt, folkrätten eller Fördraget gav något stöd för slutsatsen att enbart utfärdandet av ett brev från en statlig tillsynsmyndighet kunde eliminera en exklusivitetsklausul i ett avtal mellan två privaträttsliga parter. Stockholmsnämnden tillämpade inte något rättssystem när den drog sina slutsatser.

Möjligt ingripande av Medierådet

Stockholmsnämnden underlät att tillämpa tjeckisk rätt eller folkrätten vid sitt ställningstagande till huruvida Medierådet kunde och skulle ha återkallat brevet av den 15 mars 1999.¹ domen finns ingen analys av tjeckisk rätt om Medierådet kunde och skulle ha återkallat brevet.

Stockholmsnämnden fann att Medierådet kunde senast vid en viss tidpunkt ha klargjort den juridiska situationen och åtgärdat sitt ingrepp genom att återkalla sitt brev av den 15 mars 1999. Stockholmsnämndens uttalade också utan att ange någon juridisk grund att Medierådet inte ägde avstå från "regulatory clarification". När Stockholmsnämnden drog dessa slutsatser, underlät Stockholmsnämnden att beakta Medierådets befogenheter enligt tjeckisk rätt. Stockholmsnämndens slutsats att Medierådet var skyldigt att skydda CME:s investering grundades inte på någon juridisk analys av tjeckisk rätt, folkrätten eller Fördraget.

Hade Stockholmsnämnden beaktat tjeckisk rätt hade man funnit att Medierådet endast hade kunnat agera i enlighet med tjeckisk lagstiftning och att det inte

fanns någon möjlighet för Medierådet att ingripa i en privat tvist som den mellan CET 21 och CNTS.

Uppsägningen av serviceavtalet

Stockholmsnämnden underlät att tillämpa folkrätten eller tjeckisk rätt när den analyserade den föregivna uppsägningen av serviceavtalet av CET 21. Vid tiden för Stockholmsförfarandet pågick det processer i tjeckiska domstolar angående uppsägningen av serviceavtalet. Enligt folkrätten var Stockholmsnämnden inte berättigad att bortse från tjeckiska domstolars domar i dessa tvister för att ersätta domstolarnas bedömning med sin egen. Stockholmsnämnden kunde inte bortse från tjeckiska domstolars utslag såsom uttolkare av den tjeckiska rätten. Utan att analysera uppsägningen av serviceavtalet enligt tjeckisk rätt drog nämnden slutsatsen att det var CET 21 som hade begått ett avtalsbrott.

För att Stockholmsnämnden skulle ha kunnat konstatera att det förelegat ett brott mot folkrätten måste nämnden ha funnit att den tjeckiska domstolsdomen i sig, eller det tjeckiska rättssystemet, skulle ha inneburit en kränkning av Fördraget, till exempel genom att CME förvägrats rättvisa eller på grund av att domen eller rättssystemet var oförenligt med någon regel enligt folkrätten.

Londondomen fann att Republiken hade en skyldighet att hålla sitt rättssystem tillgängligt för CME vilket Republiken också hade. Stockholmsnämnden kritiserade å sin sida de tjeckiska domstolarna och uttalade att det inte var Stockholmsnämndens roll att fatta beslut avseende det juridiska skydd som en utländsk investerare har för sin investering enligt tjeckisk civilrätt och i det tjeckiska civildomstolssystemet. Nämnden uttalade även att det faktum att man kom till två olika slut i de två instanserna som hade prövat uppsägningen visade att investeringen var bräcklig.

Joint tortfeasors

Stockholmsnämnden tillämpade varken folkrätten eller tjeckisk rätt när den förde in rättsfiguren "joint tortfeasors" i Stockholmsdomen. Slutsatsen om joint tortfeasors var avgörande för utgången i Stockholmsförfarandet, då Republiken inte skulle ha kunnat hållas ansvarig för Zeleznys handlingar utan en sådan slutsats. Som stöd för påståendet om joint tortfeasors angavs i domen ett kortfattat citat från en ILC-kommentar vilken refererar till Dr Weirs kapitel i "The International Encyclopaedia of Comparative Law". ILC-kommentaren utgör inte gällande folkrätt. Dr Weirs verk är varken ett verk om tjeckisk lag eller folkrätten, utan om komparativ nationell rätt. Begreppet joint tortfeasors som nämnden postulerar finns varken i folkrätten eller i tjeckisk rätt. En fysisk eller juridisk person kan inte vara gemensamt skadeståndsskyldig med en stat enligt folkrätten. En stat kan vara ansvarig enligt folkrätten och en fysisk eller juridisk person kan endast vara ansvarig enligt nationell rätt. Följaktligen kan inte en stat och en fysisk eller juridisk person vara gemensamt och solidariskt skadeståndsskyldiga för en "tort" enligt folkrätten. Stockholmsnämnden har postulerat ett begrepp utan stöd i något tillämpligt rättssystem. Det var inte fråga om felaktig tillämpning av folkrätten utan en icketillämpning av folkrätten i en avgörande fråga.

Förpliktelser som ledande befattningshavare

Stockholmsnämnden fann att Zelezny hade brutit mot sina förpliktelser som ledande befattningshavare gentemot CNTS, trots att denna omständighet inte hade åberopats av vare sig CME eller Republiken. Stockholmsnämnden drog denna slutsats utan att konstatera vilka förpliktelser en ledande befattningshavare i ett tjeckiskt bolag har gentemot bolaget enligt tjeckisk rätt. Nämnden angav, utan att ange någon juridisk grund eller något stöd i tjeckisk eller annan rätt bland annat att Dr Zeleznys öppna brott mot sina skyldigheter enligt bolags- och civilrätt var ett massivt, klart och medvetet brott av Dr Zelezny mot sina skyldigheter som direktör, ett lagbrott som måste bedömas som ett allvarligt brott i alla fungerande rättssystem. Ovanstående slutsats var avgörande för Stockholmsnämndens uppfattning att Republiken och Zelezny var joint tortfeasors och att Repu-

bliken därmed under 1999 hade brutit mot Fördraget. Slutsatsen om Dr Zeleznys handlande drogs utan någon analys av tjeckisk rätt.

Stockholmsnämnden underlät att tillämpa tjeckisk rätt när den kom till de ovanstående slutsatserna. Stockholmsnämnden tillämpade inte heller folkrätten eller något annat rättssystem. Hade Stockholmsnämnden tillämpat tillämplig lag när den drog ovanstående slutsatser hade utgången i målet blivit en annan.

Lis pendens och res judicata

Principerna om lis pendens och res judicata är en del av ordre public och principerna är tillämpliga mellan skiljeförfaranden i olika länder och som följer av olika bilaterala investeringsskyddsavtal. Stockholmsdomen är därmed ogiltig. I vart fall begick Stockholmsnämnden ett handläggningsfel genom att inte avvisa CME:s talan under handläggningen med hänvisning till principen om lis pendens och efter att Londondomen meddelades med hänvisning till principen om res judicata.

Identitetskriterierna mellan Londonförfarandet och Stockholmsförfarandet var uppfyllda. Londonförfarandet och Stockholmsförfarandet rörde samma investering, samma påstådda traktatsbrott, samma sakomständigheter, samma skada, samma yrkanden om i första hand återställande - restitution - och i andra hand skadestånd, samma parter och samma grunder.

Både Lauder och CME åberopade samma rättsliga grunder baserade på respektive bilaterala investeringsskyddsavtal. De två investeringsskyddsavtalen ger samma skydd trots att de skriftligen är utformade på olika sätt och mellan dem föreligger i stort ingen skillnad. De språkliga skillnaderna har ingen betydelse. Förpliktelserna för Republiken enligt de två investeringsskyddsavtalen är i det närmaste identiska. Talan enligt något av avtalen leder till samma rättsföljd. I de båda skiljeförfarandena tog CME inte ståndpunkten att avtalen var olika. I brev av den 10 mars 2000 från CME:s ombud till Londonnämnden angavs att avtalen

var oskiljbara handlingar, vilket även angavs i CME:s Notice of Arbitration och Statement of Claim i Stockholmsförfarandet.

Trots att Lauder och CME inte var exakt samma rättssubjekt var de att anse som samma part i fråga om *lis pendens* och *res judicata*. Lauder och CME utgjorde aktieägare på olika nivåer i den kedja av bolag som Lauder använde sig av för att göra sin investering i CNTS. Lauder ägde och äger en minoritet av aktierna i moderbolaget Central Media Enterprises Ltd som i sin tur genom helägda dotterbolag utan verksamhet ägde och äger 99 procent av aktierna i CNTS. Lauder var och är dock kontrollerande aktieägare i moderbolaget vilket gjorde det möjligt för honom att utöva kontroll över CME och över bolagen i CME-koncernen. Sådan kontroll var också en nödvändig förutsättning för att Lauder skulle få väcka sin talan enligt det amerikanska investeringsskyddsavtalet. Lauder var den ende aktieägare som hela tiden var konstant i den kedja av bolag som kontrollerade CNTS från 1993 fram till Stockholmsförfarandet.

CME påvisade identiteten mellan CME och Lauder när CME:s ombud i båda förfarandena föreslog att Londonförfarandet och Stockholmsförfarandet skulle förenas. Det var samma representant för Lauder och CME, Frederic T. Klinkhammer, som instruerade samma jurister att representera Lauder i Londonförfarandet och CME i Stockholmsförfarandet och som även deltog under båda förfarandena.

Det hade inte varit möjligt att lösa problemet med två bifallande domar gentemot Republiken endast genom att göra avräkningar på det belopp som republiken skulle utge, bland annat på grund av bolags- och skatterättsliga regler.

Även enligt engelsk rätt omfattar rättskraften inte endast samma part i strikt mening utan kan utsträckas och med tillämpning av engelsk rätt träffar Londondomens rättskraft Stockholmsförfarandet.

Republiken protesterade omedelbart och ihärdigt under åberopande av olika grunder under Stockholmsförfarandet mot parallella förfaranden och var av upp-

fattningen att antingen London- eller Stockholmsförfarandet var tvunget att upphöra. Republiken åberopade visserligen inte i juridisk-teknisk mening doktrinerna om *lis pendens* och *res judicata* när man protesterade men republiken yrkade på avvisning och inhibering. Detta berodde bland annat på att det förekom ett stort antal tvister angående CME, CET 21, CNTS och Zelezny förutom de mellan Lauder/CME och Republiken som republiken även hänförde sig i Stockholmsförfarandet. Detta framgår bland annat av Republikens Statement of Defence, Sur-Reply och dess öppningsanförande i Stockholmsförfarandet. Republiken åberopade samtliga omständigheter i Stockholmsförfarandet som åberopas i förevarande mål om *lis pendens* och *res judicata* trots att republiken i Stockholmsförfarandet inte använde sig av samma rättsliga etiketter.

Republiken gjorde ingen ny invändning om *res judicata* efter att Londondomen hade meddelats eftersom förhandlingen då var klar och Stockholmsnämnden hade överlagt i fyra månader. Stockholmsnämnden kände hela tiden till att det fanns ett Londonförfarande. Kuhn ringde vid ett flertal tillfällen till parternas juridiska ombud för att kontrollera om Londonnämnden hade gett sin dom. Skiljemännen i Stockholmsnämnden fick kännedom om Londondomen när den meddelades. När Londondomen meddelades skulle Stockholmsnämnden ha inhiberat förfarandet för att konsultera parterna.

Omedelbart efter det att CME påkallat Stockholmsförfarandet ville CME att förfarandena skulle sammanläggas. Republiken var av uppfattningen att det inte var rättsenligt att låta båda förfarandena fortgå och att det inte gick att sammanlägga målen enligt respektive avtal utan CME/Lauder fick välja vilket förfarande man ville föra. Republiken kunde bara fortsätta att protestera och hoppas att det ena förfarandet skulle upphävas. Att sammanlägga förfarandena var även oförenligt med Republikens inställning att inget av förfarandena kunde tas upp till prövning enligt respektive investeringsskyddsavtal. Republiken anförde inte att dess handlande skulle innebära ett avstående från att i senare processer göra gällande principerna om *lis pendens* och *res judicata*.

Uppdragsöverskridande -joint tortfeasors

CME åberopade inte joint tortfeasors eller grunderna härför i målet. Joint tortfeasors nämndes endast en gång under hela förfarandet vilket var under näst sista dagen under slutförhandlingen. CME gjorde även någon referens till "concurrent causation". CME åberopade inte nödvändiga rättsfakta för ett användande av joint tortfeasors.

För att Stockholmsnämnden skulle ha kunnat fastställa skadestånd så måste för det första ett icke-accepterat handlande eller underlåtenhet ha förelegat - en ansvarsgrundande princip - som man kan grunda sitt anspråk på förelegat samt, för det andra, ett orsakssamband mellan handlingen eller underlåtenheten och den skada som någon har lidit ha förevarit. Begreppet joint tortfeasors finns i nationell rätt och i den mening som begreppet användes i domen innebär begreppet att det skall finnas ett samordnat agerande mellan flera "tortfeasors" mot ett gemensamt mål. Joint tortfeasors är en ansvarsgrundande princip och inte en princip om samverkande skadeorsaker (concurrent causation).

Joint tortfeasors nämndes av CME:s ombud i resonemang kring Medierådets roll och kring orsakssamband (causation) och adekvansresonemang. CME talade om orsakssambandet mellan Medierådets handlingar och underlåtenheter och den skada som uppstått och om att ansvar förelåg för stater även vid samverkande skadeorsaker. CME:s ombud uppgav bl.a. att en stat kunde vara ansvarig även om det fanns andra mellankommande händelser i orsakskedjan men det gjordes ingen hänvisning till att någon hade begått en "tort", varken Zelezny eller Medierådet, eller att någon eller några var joint tortfeasors och att denna princip skulle tillämpas. CME anförde att det fanns ett direkt orsakssamband mellan Medierådets agerande 1996 och 1999 och skadan som uppstod genom uppsägningen av serviceavtalet och att uppsägningen av serviceavtalet var en mellankommande händelse som inte uteslöt orsakssamband. CME anförde inte att två personer agerade mot ett gemensamt mål och åberopade ej heller de erforderliga rekvisiten för tillämpning av joint tortfeasors. Det var till principerna om orsakssamband och förutsebarhet som Republikens ombud refererade när han angav att

det var en korrekt sammanfattning av principerna som CME:s ombud gjort, inte till principen om joint tortfeasors.

Stockholmsnämnden fann att 1996 års händelser ledde till skada på grund av att investeringens skyddsnät försvagades och att värdet på apportegendomen - CET 21:s tillskott av det exklusiva utnyttjandet av licensen - urholkades. Nämnden fann inte att det fanns en samordning mellan Zelezný och Medierådet vid detta tillfälle utan tvärtom; Zelezný motarbetade vid detta tillfälle Medierådet. Det framgår inte av domen att Medierådet 1996 kunde förutse vad som skulle hända 1999 när serviceavtalet sades upp. I st 585 angav nämnden att Medierådet 1996 kunde förutse att skyddsnätet förstördes, men inte att Medierådet kunde förutse vad som senare skulle ske. Nämnden fann inte att Medierådets handlingar och underlåtenheter 1999 hade orsakat någon skada direkt men att det förelåg samordning mellan Medierådet och Zelezný för att undanröja exklusiviteten och att Medierådet understödde Zelezný. Nämnden fann vidare att det var Zeleznýs uppsägning av serviceavtalet som eliminerade exklusiviteten, vilket ledde till skada i form av intäktsbortfall, och att detta var en förutsebar händelse för Medierådet 1999. Enligt Stockholmsnämnden var agerandet 1996 det avgörande ingreppet i CME:s investering då nämnden fann att Medierådet tvingade fram förändringar i MO A.

För att Stockholmsnämnden skulle kunna finna att ansvar förelåg för Republiken trots att det var Zelezný som direkt orsakat skadan genom uppsägningen av serviceavtalet var nämnden tvungen att förutsätta att Medierådet 1996 kunde förutse Zeleznýs handlande 1999. Detta kunde inte nämnden eftersom Zelezný vid det tillfället motarbetade Medierådet. Nämnden kunde inte heller finna att det var den mest närliggande orsaken till skadan. Nämnden kunde inte genom ett normalt skadeståndsresonemang finna att medierådet och Republiken kunde vara ansvariga för skadan. Nämnden var ändå tvungen att finna en länk mellan de förluster som orsakats av uppsägningen av serviceavtalet och Medierådets handlingar och underlåtenheter och förde därför in begreppet joint tortfeasors. Medierådet var medvållande med Zelezný, som nämnden, utan att detta hade åberopats av CME, funnit vara en "tortfeasor" till den skada som drabbat CME:s invester-

ing. Deras agerande var samordnat. Begreppet och resonemang häromkring fördes in i st 580-585 först i det Tredje utkastet av domen.

I st 580 angav nämnden att det förelåg ett ansvar för stater trots att det kunde förekomma samverkande skadeorsaker. Vidare angav nämnden i st 581 att i folkrätten finns principen joint tortfeasors. I st 582 angav nämnden att inte bara Zelezny var en "tortfeasor" utan även Medierådet och sedan att principen om joint tortfeasors var tillämplig i detta fall (apply in this case), vilket var grundläggande för nämndens bedömning. Nämnden angav alltså att det fanns två tortfeasors och att principen om joint tortfeasors gällde i detta fall. På så sätt kunde Medierådet göras ansvarigt för den skada som inträffade genom Zeleznys handlande. I st 583 angav nämnden återigen att det kunde föreligga ett ansvar trots andra händelser i orsakskedjan som inte var hänförliga till staten. I st 584 redogjorde nämnden för termer som allmänt används vid en analys av ansvarsgrundande orsakssamband, vilket var mer av en allmän analys. I st 585 angav nämnden att Medierådet 1996 inte kunde förutse vad som skulle hända 1999 utan Medierådet kunde förutse att skyddsnätet togs bort samt att Medierådet stödde Zelezny 1999, det vill säga att de var joint tortfeasors.

Det fanns inte något Republiken kunde protestera mot under Stockholmsförfarandet, eftersom det faktum att Stockholmsnämnden hade tillämpat principen om joint tortfeasors blev känt först sedan Stockholmsdomen hade avkunnats. CME hade inte heller åberopat principen om joint tortfeasors eller att någon begått en "tort". Joint tortfeasors är även som nämnts ovan en princip för skadeståndsansvar, inte för orsakssamband, varför Republiken inte hade anledning att invända mot principen.

Utan slutsatsen att det förelåg joint tortfeasors hade Republiken inte kunnat hållas ansvarig för skadan som drabbade CME:s investering och utgången i målet hade blivit en annan.

Uppdragsöverskridande - beslut rörande skadeståndets bestämmande

På CME:s begäran enades parterna om att dela upp ansvarsfrågan och skadeståndets bestämmande i två delförfaranden. I enlighet härmed instruerades Stockholmsnämnden att inte besluta om ett eventuellt skadestånd förrän ansvarsfrågan avgjorts i en mellandom. I det första förfarandet hade parterna överlämnat åt Stockholmsnämnden att besluta om det förelåg brott mot Fördraget. Stockholmsnämnden gick längre än så i sin dom och fattade beslut om vilka skador som skulle ersättas och gjorde bland annat bedömningar avseende joint tortfeasors.

Yttersta avgränsningen för vad Stockholmsnämnden kunde besluta om bestämdes av artikel 8 i Fördraget och Agreed minutes. Parterna inskränkte genom sina dispositioner under förfarandet, bland annat genom påkallandeskriften, stämningsansökningen och instruktioner och inlagor till Stockholmsnämnden, ytterligare Stockholmsnämndens uppdrag.

I CME:s Notice of Arbitration och Statement of Claim angav CME yrkanden för hela Stockholmsförfarandet och inte enbart för den första del som behandlades i Stockholmsdomen. CME:s yrkanden innefattade ursprungligen *restitutio in integrum* (återställande) alternativt/och skadestånd. I yrkandena för hela förfarandet nämndes fair market value. Vad som framställdes i dessa skrifter hade således betydelse för Stockholmsnämndens uppdrag för hela Stockholmsförfarandet, men var utan betydelse för omfattningen av Stockholmsnämndens uppdrag i första delen av förfarandet.

Efter parternas överenskommelse att särskilja ansvarsfrågan och skadeståndets bestämmande argumenterade inte CME i sitt Reply-Memorial av den 22 december 2000 för att Republiken skulle betala skadestånd motsvarande investeringens fair market value. CME upprepade endast sin grundinställning att om Stockholmsnämnden skulle anse att en överträdelse av Fördraget ägt rum, Republiken skulle förpliktas till återställande eller skadestånd. Stockholmsnämnden skulle i första förfarandet endast fastställa att det hade begåtts ett brott mot Fördraget.

I sitt inledningsanförande i Stockholmsförfarandet angav CME:s ombud muntligen att restitutionsyrkandet återkallades. Då återstod endast frågan om Republiken hade begått ett brott mot Fördraget. Vidare framställde ombudet CME:s yrkande vilket överensstämde med vad parterna hade kommit överens om, nämligen att Stockholmsnämnden skulle fastställa att Republiken hade brutit mot Fördraget och att CME hade rätt till skadestånd med ett belopp som skulle fastställas vid en senare förhandling. CME:s ombud nämnde inte fair market value i yrkandet.

Under slutförhandlingens sista dag lämnade parterna in skriftliga preciseringar av sina yrkanden och i CME:s yrkande nämndes för första gången sedan mellandomsöverenskommelsen ersättning motsvarande investeringens fair market value. Detta yrkande stred mot vad som överenskommit mellan parterna och Stockholmsnämnden. Parterna hade vid detta tillfälle alltsedan överenskommelsen varit överens om att principerna för skadeståndets bestämmande skulle behandlas i förfarandets andra del och denna fråga hade inte behandlats under förfarandet. När Stockholmsnämnden bad om skriftliga yrkanden ville nämnden antagligen att CME skulle klargöra sitt yrkande med anledning av det återkallade restitutionsyrkandet.

I sitt Post-Hearing Brief som lämnades in till nämnden den 25 maj 2001 angav CME att man sökte "an award declaring that Respondent has breached the Treaty and that Claimant is entitled to damages to be determined at a second phase of this proceeding, plus costs". I sin sammanfattning nämnde CME alltså inte fair market value. CME angav helt enkelt att man sökte en fastställelsetalan med innebörden att Republiken hade brutit mot Fördraget och att CME var berättigat till skadestånd. Frågor rörande grunder, kausalitet eller andra frågor av det slag som var hänförliga till fair market value berördes inte. Detta yrkande överensstämde med mellandomsöverenskommelsen.

Av domen framgår att frågor rörande skadeståndets bestämmande skulle behandlas i förfarandets andra del, till exempel i st 415 och 525. Frågan rörande beräk-

ningen av skadeståndet, d.v.s. att Republiken skulle ersätta CME för fair market value infördes först i det Tredje utkastet; st 615-618 i den slutliga domen. Det var i samma utkast som hänvisningen till joint tortfeasors infördes, vilket var en del i att fastställa vilket ansvar Republiken hade. Stockholmsnämnden fastslog att Republiken skulle svara för hela skadan. Stockholmsnämnden kom fram till att Republiken skulle ersätta CME genom att betala "a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear" vilket var "the fair market value" av CME:s investering. Genom att i domen ta in resonemang kring principerna för skadeståndets bestämmande föregrep Stockholmsnämnden viktiga frågor som hade sparats till det andra förfarandet, till exempel frågan om det var flera skadeståndsskyldiga och om det kunde påverka beloppet som skulle erläggas.

I förfarandet fördes ingen argumentation kring frågorna om principerna för skadeståndets bestämmande, till exempel rörande medvållande och jämkning eller om "genuine value" i Fördraget motsvarade "fair market value". Varken CME eller Republiken åberopade några principer för skadeståndets bestämmande under förfarandet.

Begreppet fair market value finns i det amerikanska investeringsskyddsavtalet men inte i Fördraget. Det var antagligen därifrån som CME har hämtat begreppet. Fair market value motsvarar inte heller "just compensation" vilket är vad Fördraget föreskriver.

I förfarandets andra fas yrkade CME ersättning med ett belopp som motsvarade fair market value av investeringen. Republiken förde i förfarandet bland annat resonemang kring frågorna om vilken standard som skulle användas för skadeståndsberäkningen, vilket bland annat tog upp frågor som borde behandlas när man bestämmer hur skadeståndet skall beräknas. Republiken argumenterade bland annat kring hur CME:s förlust skulle bestämmas och hur värderingen skulle göras. CME invände i förfarandet att Republiken försökte att föra in frågor som inte hänförde sig till bestämmandet av fair market value i tvisten utan som hänförde sig till andra sätt att beräkna skadeståndet. Det faktum att nämnden

beslutade om ersättning motsvarande fair market value medförde enligt CME att det eliminerade en mängd invändningar som Republiken hade kunnat göra.

Att fastställa skadeståndet motsvarande investeringens fair market value är på intet sätt naturligt utan det finns en mängd andra sätt att beräkna ersättningen på.

Det var inte förrän Stockholmsdomen hade meddelats som Republiken kunde känna till att Stockholmsnämnden dömt på det sätt man gjort.

Skulle hovrätten endast upphäva Stockholmsdomen i detta avseende, skall enligt Republiken st 624 (2) ha följande lydelse: "The Claimant is entitled to damages, if any, to be determined at a second phase of this arbitration."

Den föreslagna lydelsen överensstämmer med CME:s Post-Hearing Brief, som slutligt bestämde CME:s yrkande i den första fasen av Stockholmsförfarandet.

Uppdragsöverskridande - föregående investerare och tidigare överträdelser

Den ursprungliga investeringen i Republiken gjordes av det tyska bolaget CEDC 1993. 1996 ägdes 93,2 procent av aktierna i CNTS av CME Media. Den 29 april 1997 bildades CME. Den 21 maj 1997 gjorde CME sin investering i Republiken genom att förvärva CME Medias andelar av CNTS.

Fördraget ger upphov till skydd när en investering görs och skyddar inte en investering som görs av en investerare mot händelser som inträffat före denne gjort investeringen. Som framgår av Agreed minutes och Fördraget är det möjligt att överlåta rättigheter enligt Fördraget på två olika sätt. Det finns inga folkrättsliga regler som behandlar den i målet aktuella frågan om överlåtelse av rättigheter enligt bilaterala investeringsskyddsavtal. CME Media överlät inte några rättigheter enligt Fördraget till CME.

Överlåtelsen av andelarna i CNTS mellan CME Media och CME styrdes av tjeckisk rätt. Av överlåtelseavtalet följde att CME förvärvade andelarna i CNTS utan förbehåll (without reservation). CME förvärvade bolaget med det påstått reducerade värde som följde av 1996 års MOA.

I sitt Statement of Defence i Stockholmsförfarandet anförde Republiken att CME var tvunget att bevisa att CME var en investerare enligt Fördraget. Detta var en jurisdiktionsinvändning enligt artikel 21.3 i UNCITRAL-reglerna. Republiken gjorde därvid en reservation om att man ville kunna utveckla frågan om CME:s rätt att föra talan om bolaget visade att det var en investerare enligt Fördraget.

CME presenterade bevisning om överlåtelse och på detta reagerade Republiken genom att ange att CME fört fram bevis för att bolaget var en investerare men republiken gjorde även en reservation för att CME i alla fall inte hade rätt att föra talan enligt Fördraget.

Under slutförhandlingens första dag anförde Republiken att CME inte hade någon rätt att föra fram krav grundade på förändringarna i MOA 1996 och att CME inte hade förvärvat rätt till några krav som dess företrädare hade kunnat ha gentemot Republiken med anledning av dess förehavanden med Medierådet. En sådan talan föll utanför Stockholmsnämndens uppdrag, eftersom ingen investerare kunde grunda sin talan på en överträdelse som påstods ha ägt rum innan denne gjorde sin investering. CME hade uttryckligen i överlåtelseavtalet accepterat den lydelse MOA hade efter förändringarna 1996 när CME gjorde sin investering 1997. Den framställda invändningen vidhölls genom slutförhandlingen och i efterföljande skrifter och det är den invändning som Republiken framställer i detta mål. Republiken förde fram att skiljeklausulen i artikel 8 i Fördraget inte omfattade krav grundade på överträdelser av Fördraget innan CME gjorde sin investering.

Republiken avstod inte från att göra gällande nämnda invändning. Det är även en absolut invändning som det inte är möjligt att göra ett avstående från då Fördra-

get inte omfattar ett sådant krav. Fördraget har slutits mellan två suveräna stater och det fanns ingen möjlighet för parterna i Stockholmsförfarandet att utvidga avtalets omfattning genom ett avstående av det påstådda slaget och därmed göra Stockholmsnämnden behörig att besluta om tidigare överträdelser på det sätt nämnden gjort; detta oavsett om nämnden har prövat frågan som en materiell fråga eller. För att Stockholmsnämnden skulle ha kunnat pröva frågan hade det varit tvunget att rättigheterna enligt Fördraget hade överlåtits till CME på det sätt som föreskrivs i Agreed minutes.

CME

Uteslutande av en skiljeman från överläggningarna

Håndl deltog i såväl den muntliga förhandlingen i Stockholm som överläggningen i Diisseldorf, mottog och granskade samtliga utkast till Stockholmsdomen innan domen meddelades, informerade de övriga skiljemännen om sin åsikt innan domen meddelades och skrev en skiljaktig mening omfattande cirka 11 000 ord. Håndl hade samma möjligheter att framföra och diskutera sina synpunkter som de andra skiljemännen. Håndis möjligheter att delta var desamma eftersom han hade tillgång till samma dokumentation och hade samma tid till sitt förfogande som de andra skiljemännen. Mellan slutförhandlingens avslutande och fram till dess att domen meddelades hade Håndl gott om tid att granska domsutkast och yttra sig däröver, vilket han också gjorde.

Den 14 maj 2001 översände Kiihn en uppställning av frågor i syfte att underlätta överläggningarna vilken omfattade fyra sidor text med enkelt radavstånd. Uppställningen innehöll 37 frågor uppdelade under sex underrubriker. Denna uppställning täckte samtliga väsentliga frågor i målet, nämligen tillämplig lag, Stockholmsnämndens behörighet, investeringens ställning enligt Fördraget, om det förekommit något intrång i CME:s rättligt skyddade ställning, i vilken mån CME åsamkats någon förlust samt betydelsen av upphörandet 1999 av serviceavtalet mellan CNTS och CET 21. Den 15 maj 2001 översände Schwebel ett 13 sidor långt memorandum till både Kiihn och Håndl. Den 23 maj 2001, efter att

ha haft tillgång till Schwebels kommentarer i över en vecka, sände Håndl till Kiihn ett 15 sidor långt memorandum med svar på Kuhns frågor i vilket han utförligt redogjorde för sin ståndpunkt i många frågor. Av svaren framgår att Håndl och Schwebel gjorde olika bedömningar i många frågor men att de lämnade sina synpunkter på samtliga frågor och att ingen av dem var utesluten från att lämna sina svar.

Den 24 maj sände Schwebel sin analys av de av Republiken i sin slutplädering anförda argumenten avseende folkrätten till både Kiihn och Håndl. Schwebel hade då inte mottagit Håndis memorandum och uttryckte sin oro häröver.

Före mötet i Diisseldorf skrev Schwebel, efter att ha mottagit Håndls memorandum, en kommentar till Håndis argument för varför CME inte hade gjort någon investering som skyddades av Fördraget. Kiihn gjorde en reviderad uppställning över de huvudsakliga frågor som skulle behandlas vid mötet i Diisseldorf som specifikt tog hänsyn till, genom en av få ändringar, Håndls frågor avseende förvaltningsrätten i Republiken och sammanställde en grundlig skriftlig kommentar till Håndis memorandum från den 23 maj 2001, vilken han infogade i memorandumet.

Vid mötet i Diisseldorf var hela nämnden närvarande och lämnade synpunkter på de i målet aktuella frågorna. Vid överläggningarna var det ett aktivt meningsutbyte. Håndl tog i sina minnesanteckningar upp 12 punkter där skiljemännen hade diskussioner. Håndl lade fram sina synpunkter men de vann inte bifall hos de övriga skiljemännen. Håndl var av en uppfattning och Schwebel och Kiihn var av en annan. Håndis kommentarer avlogs inte av Kiihn och Schwebel utan någon diskussion eller närmare förklaring och Stockholmsnämndens majoritet hade inte beslutat att bortse från de synpunkter Håndl skulle kunna ha. Håndl klargjorde vid mötets avslutande att han inte ville ta del av några ofullständiga utkast till skiljedom utan ville avvakta till dess att ett fullständigt utkast fanns tillgängligt.

Kuhn upplyste parterna i ett den 6 juni 2001 dagtecknat brev, som också tillställdes Schwebel och Håndl, att Stockholmsnämnden hade överlagt i Diisseldorf den 1 och 2 juni och om vilken tid som skiljemännen hade lagt ned så långt. Håndl gjorde inga invändningar mot beskrivningen av vilken tid han hade lagt ned.

Efter överläggningarna översände Schwebel den 7 juni 2001 via fax en kort förklaring till varför han ansåg att parterna inte hade debatterat om CME kunde anses vara en investerare enligt Fördraget, trots att ett tyskt bolag hade gjort den initiala investeringen. Frågan hade behandlats av Håndl i sitt svar på Kiihns frågelistan och av Schwebel i det memorandum som han delade ut under överläggningarna. Av avslutningen i Schwebels fax framgår att Kuhn inte redan i maj 2001 uppdrog åt Schwebel att utreda frågan om överlåtelse av rättigheter i samband med överlåtelse av aktier, utan istället att denna förfrågan framställdes vid överläggningarna i Diisseldorf. Håndl invände inte alls mot Schwebels utredning i denna del i sitt memorandum av den 20 juni 2001. Håndl uppgav vidare i sitt memorandum från den 20 juni att han hade skjutit upp sin semester så att han skulle vara tillbaka i Prag den 25 juli 2001.

Den 30 juli 2001 erhöll Håndl från Kuhn ett i sak färdigt utkast till skiljedom. Detta Första utkast var 175 sidor långt, varav 97 sidor innehöll en neutral och okontroversiell redogörelse för Stockholmsförfarandets handläggning och parternas yrkanden och argumentering. Resterande sidor innehöll Stockholmsnämndens domskäl och domslut. Utkastet innehöll i allt väsentligt vad som skulle komma att bli den slutgiltiga domen. I domslutet lades endast orden "in 1999" till i andra punkten i st 599. Första utkastet innehöll samtliga ställningstaganden som nämnden behövde göra. I domskälen behandlades punkt för punkt att CME:s investering ödelades och att Republiken hade brutit mot Fördraget.

Schwebel skickade sina relativt sett små kommentarer till Kuhn den 2 augusti 2001. Faxmissivet skickades till både Kuhn och Håndl men kommentarerna skickades endast till Kuhn. Kuhn och Schwebel var överens om domskäl och domslut vid denna tidpunkt.

Kiihn inkorporerade Schwebels ändringar och informerade Händl om detta. Av Händis fax från den 6 augusti kan man även utläsa att Händl inte ville ha del av det mellankommande utkast där ändringarna hade införts. Händl ville ha nästan en månad på sig för att ge kommentarer till Första utkastet. Händl angav att han ville ha tid inte bara för att ge förslag till ändringar i domen utan även för att lämna kritiska kommentarer. Kiihn informerade Händl om sina kontakter med Schwebel avseende de föreslagna korrigeringarna som Schwebel beskrev i sitt fax till Kiihn av den 2 augusti 2001 och Kiihn gav Händl möjlighet att granska och kommentera dessa. Detta framgår även av Händis svar av den 6 augusti 2001 på fax från Kiihn.

Kiihn skrev den 7 augusti 2001 att han hade ändrat domen på vissa ställen och meddelade att det var ändringar införda på inrådan av Schwebel som inte har markerats särskilt och att Händl kunde få del av Schwebels handskrivna ändringar. Kiihn ville även att Händl skulle gå igenom domen och att Händl skulle lämna sina synpunkter så fort som möjligt. Kiihn var av uppfattningen de hade utbytt åsikter under mötet i Diüsseldorf och att majoritetens åsikt i nyckelfrågorna var klar efter mötet. Kiihn var oroad över den tid som Händl ville ha till sitt förfogande och tidsschemat. Kiihn tyckte inte att det var lämpligt att Händis avvikande åsikter skulle inkorporeras i domslutet. Händl skrev den 9 augusti 2001 till Kiihn att han visserligen ville få tillfälle att igen fullständigt framföra sina synpunkter för att förmå de andra skiljemännen att byta åsikt men att hans åsikter som skilde sig från majoritetens inte skulle vara en del av domslutet.

Andra utkastet skickades ut åtta dagar efter Första utkastet. I utkastet hade sju stycken lagts till, st 598 - 604, vilka avsåg det s.k. expropriationskravet. Styckena tog upp ett av de fem åtaganden som CME gjort gällande att Republiken hade brutit mot och om Medierådets handlande kunde anses vara expropriation. Det tillfördes inga nya självständiga argument utan tilläggen var en utveckling av tidigare gjorda analyser. Vidare gjordes ett antal justeringar av språket med hänsyn till Schwebels korrigeringar. De språkliga ändringarna var inte markerade. Själva slutsatserna i domen ändrades inte.

Håndl skrev en 23 sidor lång kritik av domen som han översände till sina medskiljemän den 16 augusti 2001, 18 dagar efter att han mottog Första utkastet. De frågor som Håndl tog upp i sin skrivelse hade till stor del redan tagits upp under överläggningarna, vilket framgår av Håndis svar till Kuhns frågelista och av hans minnesanteckningar. De frågor som Håndl behandlade gällde bland annat Zeleznys roll, 1993 och 1996 års MOA och det förvaltningsrättsliga förfarandet 1996. Frågor som han inte tidigare tagit upp gällde bland annat CEDC:s överlåtelse av aktier i CNTS. Kiihn väntade in dessa kommentarer trots hans önskemål om att utfärda domen skyndsamt.

I ett fax daterat den 29 augusti 2001 redogjorde Kiihn punkt för punkt för hur han såg på Håndis brev av den 16 augusti. Kuhns svar innehöll redogörelser för varför han inte delade Håndis uppfattningar samt i vilka delar han hade godtagit Håndis ändringsförslag. Schwebels fax till Kiihn av den 29 augusti 2001, vilket Kiihn vidarebefordrade till Håndl den 30 augusti 2001, klargjorde Schwebels inställning till Håndis kommentarer och att Schwebel ansåg att Kuhns svar var utmärkt.

Tredje utkastet skickades ut samtidigt som Kiihn svarade på Håndis kritik. I utkastet förekom ändringar som troligen berodde på att Kiihn ville visa och tydliggöra för Håndl varför denne hade en felaktig uppfattning. De ändringar som infördes handlade om Zeleznys roll och att hans handlande ingick i orsakskedjan, men att handlandet inte påverkade Republikens ansvar eftersom skadan varit förutsebar utifrån Medierådets handlingar och underlåtenheter. Av ett memorandum som upprättats av Håndl daterat den 5 november 2001 framgår att Håndl trodde att de nya styckena i Tredje utkastet tillkommit som ett resultat av hans kommentarer. Tillägget av st 580-583, vilket i själva verket var sex stycken, skedde i den del av domen som behandlade frågan om Medierådets handlande hade orsakat någon skada. Håndl hade tidigare fört fram att det var Zeleznys handlande som var orsaken till skadan och inte Medierådets, vilket framgår av Håndis svar till Kuhns frågelista. I Tredje utkastet tillfördes förutom ovannämnda tillägg även stycken angående "reparation" och ändringar i avsnittet om kost-

nåder. Ingen ändring i slutsatserna i domen gjordes. Håndl uteslöts inte från överläggningarna i och med att det i Tredje utkastet gjordes vissa ändringar.

Efter den 29 augusti 2001 infördes endast helt okontroversiella ändringar i domen vilka bestod av språkliga ändringar och en korrigering av ett beslut om betalning av kostnader som en följd av att Republiken gjort en inbetalning som Republiken ålagts att göra. Den 31 augusti 2001 skickades Fjärde utkastet till Håndl, vilket i stort sett var likalydande med Tredje utkastet. Den 3 september 2001 hade Håndl fått Tredje och Fjärde utkasten och hade vid detta tillfälle inte någon invändning mot att skriva under en separat signatursida. Kühn meddelade den 4 september skiljemännen att han inte skulle använda signatursidan innan han fått uppmaning av medskiljemännen att göra så. Den 4 september mottog Håndl 33 sidor med tillägg som hade utarbetats av Schwebel vilka innehöll rättningar av stavfel och liknande korrigeringar. Dessa resulterade inte i några andra ändringar i domen än vissa allmänna ändringar av språklig karaktär, vilka infördes i Femte utkastet från den 5 september. Håndl själv tyckte inte att dessa tillägg hade någon betydelse.

Den 5 september 2001 meddelade Håndl att han inte ville skriva under separata signatursidor och bad att få definitiva och sammanfogade utgåvor av skiljedomens samt bedyrade flera gånger att han skulle skriva under domen. Det kan vid detta tillfälle konstateras att Håndl inte ville att Stockholmsdomen skulle dateras före Londondomen, som då hade offentliggjorts.

Håndl skrev inte under skiljedomens utan skickade istället kopiorna vidare till Schwebel utan underskrift. Håndl bifogade istället en skiljaktig mening. Håndls skiljaktiga mening innehöll tolv avsnitt och vad han förde fram överensstämde i stort med vad han hade fört fram under överläggningarna. Håndl uttryckte sin syn på majoritetens bedömning av joint tortfeasors varvid han anförde att majoriteten inte hade rätt i denna fråga och att Republiken enligt honom varken var en tortfeasor eller en joint tortfeasor. Håndl yttrade sig också om skadeståndets bestämmande. Den skiljaktiga meningen innehöll även felaktigheter redan i det inledande avsnittet där Håndl uppgav att Kühn och Schwebel ville fördöma Re-

publiken. Händl uppgav även att han hade fört fram argumenten i den skiljaktiga meningen till de övriga skiljemännen och framför allt till ordföranden.

Efter att ha avgått som skiljeman upprättade och överlämnade Händl ett dokument med argument om hur man skulle kunna klandra domen samt överlämnade samtliga handlingar i Stockholmsförfarandet som han hade tillgång till till Republiken ombud.

CME saknar kännedom om Händl tillställts en kopia av ILC-kommentaren. Dokumentet var allmänt tillgängligt och Händl bad inte Kuhn eller Schwebel att förse honom med det. Händl ställde inte vid något tillfälle krav om ytterligare sammankomster för överläggningar eller telefonkonferenser och tog inte upp några nya frågor för diskussion.

Händl försökte fördröja Stockholmsförfarandet och möjliggjorde därmed att Londondomen kunde meddelas före Stockholmsdomen, vilket även Stockholmsnämndens majoritet fann när den i Stockholmsdomen konstaterade att Händl avsiktligt hade fördröjt att Stockholmsdomen meddelades.

Underlåtenhet att beakta tillämplig lag

Den grundläggande tvistefrågan som Stockholmsnämnden hade att pröva var om Medierådets handlande eller underlåtenhet att handla, i förhållande till CNTS, innebar att Republiken överträtt bestämmelserna i Fördraget. Stockholmsnämnden uttalade även i domen i st 590 att dess uppgift var att se om Republiken hade brutit mot Fördraget. Stockholmsnämnden övervägde noggrant tillämplig lag och agerade inte som *amiable compositeur*. Stockholmsdomen är baserad på rättskällor som är relevanta för bedömningen av en talan som grundas på ett brott mot Fördraget, det vill säga investeringsskyddsbestämmelserna i Fördraget och folkrätten. Stockholmsnämnden beaktade andra frågor avseende rättsliga och faktiska omständigheter, i den mån de var relevanta, vid sin materiella bedömning av tvisten.

Republiken ägnade liten uppmärksamhet åt tjeckisk rätt under Stockholmsförfarandet. Den tjeckiska rätt som berördes var angående medielagen, Medierådet och den tjeckiska förvaltningslagen. Republiken presenterade ingen utredning om tjeckisk rätt i Stockholmsförfarandet motsvarande den som har presenterats i förvarande mål och hänförde sig varken till den tjeckiska handelsbalken eller civilkoden. Den av Republiken anlidade rättssakkunnige var inte en tjeckisk advokat utan en engelsk professor i internationell rätt, professor Lowe, som endast uttalade sig om internationell rätt. I Republikens team av jurister i Stockholmsförfarandet ingick dock även tjeckiska jurister.

Schwebel och Händl var vid tiden för när de svarade på Kiihns frågelista av olika uppfattning om innebörden av lagvalsklauslen i Fördraget men båda övervägde vad den innebar och ansåg sig bundna av den. Händl ansåg bland annat att tjeckisk rätt skulle ha företräde. Även Kiihn ansåg sig vid tiden för Diisseldorf-mötet bunden av lagvalsklausulen men delade inte Händis åsikt om att klausulen innebar att tjeckisk rätt gavs prioritet. Frågan om tillämplig lag berördes under skiljemännens överläggningar och samtliga skiljemän ansåg sig bundna av lagvalsklausulen.

Stockholmsdomen är baserad på en analys av Fördraget och tillämplig lag. Som exempel på när Stockholmsnämnden tillämpade folkrätten och Fördraget kan nämnas följande.

- Stockholmsnämnden analyserade i domen noggrant de begrepp som styrde CME:s rätt att påkalla ett skiljeförfarande, till exempel "investments disputes" och "investor".

- Stockholmsnämnden undersökte om det fanns ett godkännande från tjeckiska myndigheter angående lagligheten av den ursprungliga investeringen. Stockholmsnämnden kontrollerade om "the split structure" var laglig för att se om föregående investerare hade kunnat förlita sig på själva godkännandet, vilket var en bedömning Stockholmsnämnden gjorde i ljuset av folkrätten.

- CME gjorde i skiljeförfarande bland annat gällande att det hade skett ett berövande - exproprierande - vilket var ett krav som grundade sig på Fördragets bestämmelser. CME gjorde gällande att det hade förekommit tvång och att bolaget hade berövats sin investering. Vid sin prövning av om det förekommit ett berövande fann Stockholmsnämnden att CME och dess föregångare hade kunnat förlita sig på Medierådets godkännande av "the split structure". Nämnden redogjorde vidare för när myndigheters handlande kunde vara ett berövande och expropriation enligt folkrätten. Nämnden bedömde om Medierådets agerande kunde vara hänförligt till normala förvaltningsrättsliga åtgärder. Vidare redogjorde nämnden för när expropriation kunde vara för handen och att så kunde vara fallet även vid underlåtenhet att handla. Nämnden hänvisade sedan till folkrättsliga källor avseende expropriation såsom olika rättsfall innan nämnden konkluderade att Medierådets handlingar 1996 och handlingar och underlåtenhet under 1999 var att bedöma som expropriation under Fördraget.

- Stockholmsnämnden prövade noggrant i st 575-585 i domen om brottet mot Fördraget orsakat någon skada. I detta stycke bemötte nämnden även en invändning från Republiken i orsaksfrågan.

-1 st 615-618 berörde Stockholmsnämnden principen för skadeståndets bestämmande och även i detta stycke hänförde sig nämnden till folkrättsliga källor.

Inte något av de exempel som Republiken har angett som stöd för att Stockholmsnämnden inte tillämpade tillämplig lag innebar att nämnden agerade som *amiable compositeur*. Stockholmsnämnden beslutade på grundval av lag och tillämpade de rättskällor som angavs i lagvalsklausulen i den utsträckning det var nödvändigt. Den tillämpning som nämnden gjorde var även korrekt.

Stockholmsnämnden var inte tvungen att beakta tjeckisk rätt i den utsträckning som Republiken gjort gällande, vilket bland annat framgår av följande exempel.

Både i klander målet och i Stockholmsförfarandet har Republiken berört Medierådets roll. Under Stockholmsförfarandet var dock Medierådets roll inte tvistig

varför det inte fanns något för Stockholmsnämnden att besluta om i dessa delar. Det var inte heller tvistigt att det inte gick att överlåta licensen enligt medielagen och dessutom var parterna eniga om att CET 21:s tillskott av det exklusiva utnyttjandet av licensen till CNTS inte innebar en överlåtelse av licensen. Det var inte stridigt att det bara var CET 21 som var innehavare av licensen och som kunde göra gällande rättigheter i anledning härav. I Stockholmsförfarandet gjorde CME inte gällande att man hade några rättigheter såsom innehavare av licensen. Vidare var parterna ense om att CEDC inte var en "direct participant" i licensansökan och det var inte föremål för prövning i Stockholmsförfarandet. CME åberopade inte några rättigheter som "direct participant" enligt medielagen utan gjorde gällande att man var en investerare enligt Fördraget och hade kunnat förlita sig på ett godkännande från tjeckiska myndigheter. Parterna var överens om att innebörden av 1993 års och 1996 års MOA var underkastad tjeckisk rätt.

Stockholmsnämndens uttalande i st 467 att "The tribunal is not to decide on the Czech Administrative Law aspect of this question" innebar inte att Stockholmsnämnden valde att bortse från tjeckisk rätt. Stockholmsnämnden fann att vad Dr Barta uppgett om att Medierådet inte hade rätt att besluta om godkännande av "the spilt structure" inte tog upp den folkrättsliga aspekten av frågan och konstaterade att Dr Bartas uppfattning inte var i enlighet med Republikens förpliktelser under Fördraget. Frågan om Medierådets godkännande stred mot tjeckisk förvaltningsrätt var inte relevant enligt folkrätten och CME hade inte grundat någon talan på att Medierådet hade brutit mot tjeckisk förvaltningsrätt. Det som var relevant var att det fanns ett godkännande från Medierådet 1993 och godkännandet fick inte ändras utan att investeraren fick compensation. Republiken hade alltså inte rätt att försvaga den struktur som Republiken tidigare hade godkänt. Stockholmsnämnden gjorde därvid en bedömning om tjeckisk rätt var relevant för frågan om Fördraget hade åsidosatts.

Stockholmsnämndens uttalande i st 590 att "It is not the task of the Arbitral Tribunal to judge whether these acts were in compliance with the Czech law and regulations" utgör inte något stöd för att Stockholmsnämnden skulle ha underlåtit att tillämpa lag. Uttalandet gjordes i ett avsnitt där Stockholmsnämnden sam-

manfattade bedömningen av om Republiken hade brutit mot Fördraget. Frågan som var relevant för Stockholmsnämnden var om Medierådets handlingar var i enlighet med Fördraget eller om de var ett brott mot det samma och Stockholmsnämnden ansåg att frågeställningen skulle avgöras med stöd av Fördragets bestämmelser.

Stockholmsnämndens uttalande i st 476 att "It is not the Tribunars role to pass a decision upon the legal protection granted to a foreign investor for its investment under the Czech Civil Law and civil court system" innebar inte att Stockholmsnämnden underlät att tillämpa lag. Uttalandet gjordes i det avsnitt i domen där Stockholmsnämnden behandlade att investeringens skyddsnät försvagades. I Stockholmsförfarandet förde Republiken fram att ändringen av MOA 1996 vägdes upp av serviceavtalet och att artikel 10.8 som togs in i MOA 1996 bevarande exklusiviteten och att skyddsnätet inte hade försämrats. Stockholmsnämnden fann att skyddsnätet enligt 1996 års MOA och serviceavtalet var svagare än det skyddsnät som åtnjöts enligt 1993 års MOA. Utgången av tvisten mellan CNTS och CET 21 angående uppsägningen av serviceavtalet i de tjeckiska domstolarna och frågan om CET 21 hade haft rätt att säga upp serviceavtalet saknade enligt Stockholmsnämnden betydelse för frågan om skyddet hade försämrats 1996 jämfört med 1993. Stockholmsnämnden gjorde därefter sitt konstaterande i st 476.

Stockholmsnämnden gjorde inte en bedömning av det tjeckiska rättssystemet och dess domstolar eftersom den frågan inte var relevant för Stockholmsnämndens bedömning. Av st 525 i domen framgår att Stockholmsnämnden gjorde en åtskillnad mellan om CNTS kunde vinna framgång i civilrättsliga tvister mot CET 21 och om CME hade rätt till skadestånd på grund av Republikens brott mot Fördraget och angav att för det fall CNTS skulle få ett skadestånd kunde det få betydelse för frågan om skadeståndets storlek men inte för ansvarsfrågan.

I Stockholmsförfarandet åberopade inte Republiken någon tjeckisk rättsregel som påstods ha betydelse för jämförelsen mellan skyddet enligt 1993 års och 1996 års MOA. Republikens inställning under Stockholmsförfarandet var dock att det var en skillnad mellan 1993 och 1996 års MOA. Republiken anförde att

CME var tvunget att bevisa att skyddet enligt 1996 års MOA hade blivit sämre än enligt 1993 års MOA och att CME hade förlorat något. För att bevisa det var CME tvunget att gå till domstol och föra process i frågan. Republiken anförde att det inte på förhand gick att avgöra om skyddet hade blivit sämre och att det endast var spekulationer att så var fallet. Republiken förde inte fram att det förelåg ett krav att CME skulle uttömma lokala rättsmedel genom att först föra talan i tjeckiska domstolar.

Uttalandet i st 380 i domen att "UNCITRAL Rules must supersede national law, if deviating" avsåg en processuell fråga och behandlade jurisdiktionsinvändningsfrågor. Uttalandet var helt irrelevant för frågan om tjeckisk rätt tillämpades. Först vid slutförhandlingen framförde Republiken en invändning om att CME inte kunde göra gällande krav som härrörde från tiden före 1997. Republiken förklarade att detta inte var en behörighetsinvändning utan en invändning i sak. Stockholmsnämnden övervägde huruvida nämnden var skyldig att ex officio besluta i jurisdiktionsfrågan, det vill säga utan beaktande av att Republiken uttryckligen avstått från att göra gällande jurisdiktionsinvändningen. Därvid beaktade Stockholmsnämnden att bestämmelsen i UNCITRAL-reglerna utgår från att part med verkan kan avstå från en jurisdiktionsinvändning och kom fram till att nämnden inte ex officio skulle pröva invändningen som en jurisdiktionsinvändning.

Uttalandet i st. 469 att "The tribunal need not decide whether the contribution of the "use of the Licence" in 1993 was legally valid under Czech law" innebar inte heller att Stockholmsnämnden bortsåg från tjeckisk rätt. CME och Republiken var i Stockholmsförfarandet överens om att tillskottet ifråga var lagligt. Stockholmsnämnden hade således att utgå från att så var fallet och av processuella skäl följer att detta inte skulle prövas. Republikens inställning var att strukturen ifråga var giltig under det att realiserandet därav däremot var olagligt. När nämnden fann att den ursprungliga investeringen var rättsligt välgrundad beaktade man 1993 års MOA och att den ursprungliga strukturen godkänts av tjeckiska myndigheter. Stockholmsnämnden beaktade medielagen och kom fram till att den inte innehöll några restriktioner av vem som kunde stå för driften av en

tv-station. Stockholmsnämnden beaktade tjeckisk rätt när nämnden undersökte om godkännandet kunde ha skapat rimliga förväntningar hos CME i enlighet med tjeckisk rätt, vilket var den relevanta frågan enligt folkrätten. I st 609 angav Stockholmsnämnden vad som var att hänföra till expropriation under Fördraget. Detta var att Medierådet berövade CME det ursprungliga kapitaltillskottet - det exklusiva utnyttjandet av licensen. Det ursprungliga godkännandet, vilket skapat rimliga förväntningar hos investeraren, och det senare återtagandet av godkännandet var ett brott mot folkrätten.

CME har avseende vissa specifika frågor, där Republiken har anfört att Stockholmsnämnden inte tillämpade tjeckisk eller annan rätt och att utgången i målet hade blivit en annan om tillämplig lag tillämpats, anfört följande.

Den rättsliga grunden för investeringen

Av st 453-456 i domen framgår hur Stockholmsnämnden kom fram till att "the split structure" utgjorde en "legally well-founded basis" för CEDC:s investering. Bland annat utgjorde Medierådets egna skriftliga utlåtanden och brev grunden för slutsatsen att strukturen var förenlig med tjeckisk rätt och det var mot bakgrund av alla dessa omständigheter som CME och dess företrädare kunde förlita sig på godkännandet från Medierådet.

Förändringarna 1996 och 1997 i de avtalsrättsliga förhållandena med CET21

Stockholmsnämnden beaktade tjeckisk rätt när nämnden analyserade 1996 års ändringar i MOA och serviceavtalet. Stockholmsnämnden konstaterade att 1993 års tillskott innebar ett starkare skydd för investeringen än serviceavtalet, vilket motiverades med att tillskottet inte kunde sägas upp ensidigt. Detta var helt i enlighet med tjeckisk rätt. I Stockholmsförfarandet vittnade Dr Radvan bland annat om att en ägare inte kunde ta tillbaka ett tillskott ensidigt. Republiken åberopade inte någon bevisning för att motbevisa Dr Radvans vittnesmål, trots att Stockholmsnämnden under förhandlingen föreslog att så kunde ske i skrift. I det efterföljande skriftliga eftermälet kommenterade CME bevisningen ifråga, under

det att Republiken i sitt eftermäle inte yttrade något i frågan. Dr Radvan sade även att serviceavtalet kunde sägas upp på goda skäl. För ett återtagande av tillskottet skulle CET 21 ha haft processbördan men CNTS hade processbördan vid en uppsägning av serviceavtalet. Republiken instämde under slutförhandlingen med vad CME hade anfört i frågan och Republikens ombud sade att CME korrekt hade betonat skillnaden mellan skydden enligt 1993 års MO A och 1996 års MOA. Han angav dock varför detta enligt Republiken inte var relevant i Stockholmsförfarandet. Efter slutförhandlingen kunde parterna ge in en inlägga för att kommentera vad som varit uppe vid förhandlingen. Republiken anförde inte i sin Written Closing Submission något som gick emot vad Dr Radvan hade framfört vid förhandlingen. I sitt Post-Hearing Brief betonade CME att det var en skillnad mellan tillskottet av det exklusiva utnyttjandet av licensen och tillskottet av know-how till licensen och hänvisade till Dr Radvans vittnesmål och de rättsregler han angett. Stockholmsnämnden hänvisade till Dr Radvans vittnesmål i st 509 i domen.

Stockholmsnämnden lade inte de fortsatta händelserna till grund för sin bedömning i frågan utan konstaterade att den fortsatta utvecklingen var en följd av det försämrade skyddet. Stockholmsnämnden ansåg att risken för uppsägning av serviceavtalet realiserades och påvisades genom de fortsatta händelserna.

I tjeckisk rätt finns inga andra lagregler i frågan om det rättsliga skyddet försämrades än de som framfördes i Stockholmsförfarandet. Republiken åberopade inte heller någon lagregel som kunde vara tillämplig och har inte heller gjort så i detta förfarande. Stockholmsnämndens uttalande att tillskottet av know-how var värdelöst och meningslöst var en del av jämförelsen som nämnden gjorde mellan 1993 års och 1996 års MOA. När Stockholmsnämnden tolkade MOA kom nämnden till slutsatsen att utbytet av "the use of Licence" till "use of the know-how of the Licence" var en försämring. Man kan inte heller komma till någon annan slutsats än den som Stockholmsnämnden gjorde vid jämförelsen mellan 1993 års och 1996 års MOA.

Inledande av förvaltningsrättsligt förfarande och tvång

Stockholmsnämnden underlät inte att beakta tjeckisk rätt när den kom till slutsatsen att det förvaltningsrättsliga förfarandet inleddes i syfte att pressa CET 21 och CNTS att undanröja "the split structure". Republikens inställning i Stockholmsförfarandet var att Medierådet inledde ett förvaltningsrättsligt förfarande eftersom själva genomförandet av strukturen var olagligt, inte den rättsliga strukturen i sig. Stockholmsnämnden grundade sin slutsats om syftet med förfarandet bland annat på att Medierådet under tvivelaktiga omständigheter inhämtade en "legal opinion" som angrep "the split structure" och inte själva genomförandet, att Medierådet avböjde ett förslag där CET 21 medgav alla Medierådets krav förutom förändringen av CNTS-strukturen och att Medierådet uttryckligen under det förvaltningsrättsliga förfarandet insisterade på en förändring av "the split structure" och inte av själva genomförandet. Slutsatsen grundade sig alltså på bevisningen i målet. Stockholmsnämnden hade inte att besluta om Medierådets handlande och inledandet av det förvaltningsrättsliga förfarandet var i överensstämmelse med tjeckisk rätt. Stockholmsnämnden ansåg inte heller att den hade att avgöra om det förvaltningsrättsliga förfarandet var i enlighet med tjeckisk rätt eftersom det inte var relevant för att avgöra frågan om Republiken hade brutit mot Fördraget.

CME gjorde i Stockholmsförfarandet gällande bland annat att Republiken hade brutit mot artikel 5 i Fördraget, vilken behandlar expropriation, genom att Republiken hade framtvingat en ändring av 1993 års MOA. Republiken gjorde i förfarandet gällande att det inte kunde vara fråga om ett berövande eftersom CME och CNTS frivilligt hade accepterat ändringarna i 1993 års MOA. CME åberopade i sitt Statement of Claim en artikel av professor Vägts och internationella rättsfall. Republiken svarade i sitt Statement of Defence på vad CME anförde och hänförde sig till folkrätten. Även under slutförhandlingen argumenterade Republiken i frågan om tvång förelåg utifrån folkrätten. Republiken argumenterade utifrån folkrättsliga principer och inte utifrån tjeckisk rätt i fråga om det var bevisat att ett berövande som avsågs i artikel 5 i Fördraget förelegat. Republiken förklarade inte vad tjeckisk rätt innebar i förhållande till tvång. Bedömningen av

om det förelåg tvång skulle göras utifrån folkrätten och argumentationen byggde på detta. Republiken gjorde i Stockholmsförfarandet inte någon invändning om att professor Vägts artikel inte utgjorde en del av folkrätten.

Stockholmsnämnden gjorde en skälighetsbedömning inom lag i st 526 när nämnden uttalade vad som skulle utgöra en lämplig tröskel och det utgjorde en del av nämndens tolkning av folkrätten och Fördraget. Stockholmsnämnden tillämpade eller försökte tillämpa folkrätten. Om Stockholmsnämnden hade tillämpat tjeckisk rätt skulle man också ha funnit att tvång förelåg och nämndens slutsats hade inte blivit annorlunda.

Överlåtelseavtalet mellan CME Media och CME

Stockholmsnämnden beaktade både folkrätten och tjeckisk rätt när den analyserade innebörden av överlåtelsen av aktierna i CNTS från CME Media till CME. Republiken hävdade att CME genom att förklara sitt samtycke till MOA endast kunde göra gällande krav avseende brott mot Fördraget efter den 21 maj 1997. Republiken framförde först vid slutförhandlingen att en bestämmelse i överlåtelseavtalet innebar att CME tillträdde MOA när CME förvärvade aktierna i CNTS utan förbehåll. CME framförde att skrivningen "without reservation" var ett formkrav i tjeckisk rätt som inte innebar att CME avstod från rätten att ställa krav för tidigare överträdelser av Fördraget. I st 422 i domen framgår att nämnden fann att samtycket till MOA inte medförde ett avstående från rätten att ställa krav grundade på tidigare överträdelser av Fördraget. Denna tolkning av överlåtelseavtalet var korrekt både enligt folkrätten och enligt tjeckisk rätt. Republiken har inte visat någon rättsregel som skulle innebära att CME genom samtycket till MOA skulle ha avstått från sin rätt att framställa krav gentemot Republiken.

Medierådets brev av den 15 mars 1999

CME gjorde i Stockholmsförfarandet inte gällande att brevet av den 15 mars 1999 var en formell akt och hävdade inte att brevet hade någon rättsverkan enligt tjeckisk rätt. Frågan om Medierådets brev den 15 mars 1999 utgjorde en formell

handling och huruvida brevet utgjorde ett beslut enligt tjeckisk förvaltningsprocesslag var inte relevant i Stockholmsförfarandet. CME förde inte talan om någon rättsföljd enligt tjeckisk rätt och för att pröva CME:s grunder i Stockholmsförfarandet behövde Stockholmsnämnden inte pröva om brevet hade någon verkan enligt tjeckisk rätt. CME anförde i Stockholmsförfarandet att brevet uttryckte Medierådets inställning och syfte, och att det hade faktiska konsekvenser samt rättsliga konsekvenser enligt Fördraget och folkrätten. Med hänsyn till syftet med och konsekvenserna av brevet gjorde CME gällande att utfärdandet av brevet utgjorde ett brott mot Fördraget vilket medförde att CME hade rätt till skadestånd.

I st 575 i domen konstaterade nämnden vilken verkan brevet hade. Stockholmsnämndens skrivning i domen var i överensstämmelse med Republikens inställning i Stockholmsförfarandet då Republiken delade uppfattningen att brevet var ett "regulatory letter". Stockholmsnämnden menade inte att brevet hade en juridisk effekt som innebar att exklusiviteten i serviceavtalet upphörde mellan avtalsparterna. Stockholmsnämnden konstaterade att brevet de facto eliminerade CNTS exklusivitet som den var efter förändringarna 1996. Stockholmsnämnden kom inte fram till att brevet hade någon effekt på det civilrättsliga avtalsförhållandet mellan CET 21 och CNTS. Stockholmsnämnden prövade den faktiska effekten av brevet genom att tolka brevet och se till de omkringliggande omständigheterna. Stockholmsnämndens analys byggde inte på brevets rättsliga status enligt tjeckisk rätt. Den effekt brevet hade och syftet med brevet var en bevisfråga och någon ytterligare rättslig analys av brevet skulle inte ha haft någon effekt.

Möjligt ingripande av Medierådet

Skyldigheten för Medierådet att ingripa var en folkrättslig förpliktelse till följd av Medierådets tidigare ingripande genom utfärdandet av brevet av den 15 mars 1999 som efterfrågats av Zelezny. Av st 563 i domen framgår att CME:s verkställande direktör hade varnat Medierådet för att Medierådet genom sitt handlande och brevet av den 15 mars 1999 hade konfiskerat en del av CME:s inve-

stering. I efterföljande stycken i domen framgår att Stockholmsnämnden ansåg att Medierådet senast vid den tidpunkten hade kunnat ingripa och klargöra den legala situationen och bota sitt tidigare ingripande genom att återkalla brevet. Även om Medierådet inte hade någon laglig möjlighet att upprätta ett sådant brev var den frågan inte folkrättsligt relevant. Medierådet hade kunnat upprätta ett korrigerande brev under samma förutsättningar som man upprättade brevet av den 15 mars 1999.

Uppsägningen av serviceavtalet

Stockholmsnämnden prövade inte frågan om uppsägningen av serviceavtalet var förenlig med tjeckisk rätt. Stockholmsnämnden hade funnit att Republiken hade överträtt Fördraget genom sitt handlande 1996 och 1999 varför utgången av tvisten mellan CET 21 och CNTS saknade betydelse i Stockholmsförfarandet.

Det framgår av domen att Stockholmsnämnden inte hade att pröva vad som de tjeckiska domstolarna hade kommit fram till i fråga om uppsägningen av serviceavtalet var giltigt. I st 477 angav Stockholmsnämnden trots allt att "nevertheless" så kunde inte Stockholmsnämnden dölja sin uppfattning i frågan. Anmärkningen som Stockholmsnämnden gjorde visade endast hur sårbar investeringen blev sedan Medierådet tvingat fram förändringar i 1993 års MOA.

Joint tortfeasors

Republikens resonemang i denna fråga bygger på en feltolkning av domen. Stockholmsnämnden gjorde de uttalanden som Republiken hänför sig till vid nämndens bedömning i orsakssambandsfrågan med anledning av en invändning från Republikens sida om att det var Zelezný som orsakat skadan och inte Republiken. Stockholmsnämnden fann i st 580 att denna invändning inte var hållbar eftersom en annan skadeståndsansvarig skadevållare som medverkat till skadan inte fritar staten från ansvar enligt folkrätten. Stockholmsnämnden uttalade sig inte om grunderna för den andre skadevållarens ansvar eftersom detta inte var relevant enligt folkrätten. I st 581 uttalade sig Stockholmsnämnden om att det

fanns en allmän regel med det innehåll som Stockholmsnämnden gjort gällande. Uttalandet i mitten av st 582 om "tort" avsåg sannolikt att det inte fanns några civilrättsliga avtal mellan CNTS/CME och Medierådet/Republiken. Redan i st 580 drog Stockholmsnämnden slutsatsen att Republikens ansvar mot CME inte reducerades av det anspråk som CME kunde ha mot Zelezny.

ILC-kommentaren, till vilken Stockholmsnämnden hänvisade, beskrev på ett korrekt sätt folkrätten och att ge olika folkrättsliga källor tyngd är en materiell bedömning som gjorts av Stockholmsnämnden. Stockholmsnämnden återgav i domen korrekt folkrätten som den kom till uttryck i ILC-kommentaren och en eventuell felaktig bedömning kan inte överprövas.

Förpliktelser som ledande befattningshavare

Frågan om Zelezny hade brutit mot sina förpliktelser som ledande befattningshavare hade ingen inverkan på vad Stockholmsnämnden kom fram till i fråga om Republikens ansvar för brott mot Fördraget. Stockholmsnämnden var endast intresserad av att se om Zeleznys handlande kunde frita Republiken från ansvar. Stockholmsnämnden skulle ha kommit fram till samma slutsatser i fråga om Republikens ansvar, även om nämnden inte hade uttalat sig om Zelezny hade brutit mot sina förpliktelser.

Republiken har i klander målet kommit med ett antal nya påståenden om innehållet i tjeckisk rätt och hänvisningar till tjeckiska rättsregler som inte åberopades i Stockholmsförfarandet.

Båda parter angav i Stockholmsförfarandet att artikel 1.4.1. i 1993 års MOA utgjorde tillskottet från CET 21 till CNTS och under förfarandet förde Republiken inte fram att det krävdes ytterligare någon rättshandling för att tillskottet skulle vara giltigt. Inte heller fördes det fram att innebörden av tillskottet inte fastställdes genom artikel 1.4.1. i 1993 års MOA. Påståendet att enligt tjeckisk lag fastställdes inte genom innehållet i artikel 1.4.1. i 1993 års MOA vad som omfattades av tillskottet är inte heller korrekt.

Påståendet att ändringen av artikel 1.4.1 i 1993 års MOA till den skrivning som gjordes i 1996 års MOA inte hade någon verkan är ett argument som inte fördes fram under skiljeförfarandet. Båda parterna var då överens om att det skedde en ändring med juridisk verkan i 1996 års MOA men frågan var om denna ändring försvagade investeringens skyddsnät. Republiken var av den uppfattningen att ändringen i MOA 1996 uppvägdes av bland annat artikel 10.8 i MOA och serviceavtalet. Påståendet att ändringen av artikel 1.4.1 avseende tillskottet under 1996 års MOA inte hade någon verkan på 1993 års tillskott enligt tjeckisk lag är inte heller korrekt.

Ett påstående om att serviceavtalet och 1996 års MOA är ogiltigt om det tillkommit under tvång och att då 1993 års MOA fortfarande är giltigt är ett nytt påstående som inte framfördes i skiljeförfarandet. I detta argumenterade Republiken utifrån folkrätten. Påståendet i sig är inte heller korrekt.

Republiken har i klander målet fört fram en invändning att CME inte kan åberopa händelser tidigare än 1997, eftersom CME samtyckt till 1996 års MOA i överlåtelseavtalet i skiljeförfarandet och förde fram en liknande invändning under slutförhandlingen i förfarandet. Republiken åberopade dock inte någon tjeckisk eller annan rättsregel till stöd för det påståendet i förfarandet. Vad som framförts om tjeckisk rätt i detta hänseende av Republiken är dessutom felaktigt, eftersom samtycket till MOA enligt tjeckisk rätt inte kunde ha den verkan Republiken påstår.

Enligt tjeckisk rätt kunde inte heller CME avstå från skadeståndskravet, eftersom man enligt tjeckisk rätt inte kan avstå från framtida skadeståndskrav och enligt tjeckisk rätt och även folkrätten uppstår inte ett skadeståndskrav förrän det konkretiserats på ett sätt som är ekonomiskt mätbart.

Lis pendens och res judicata

Ingen av parterna i skiljeförfarandet, deras juridiska ombud eller skiljemännen var svensk. Det framgår tydligt av domen att den inte är skriven utifrån svenska principer om lis pendens och res judicata. Parterna i målet argumenterade utifrån internationell lis pendens och res judicata och det kan sägas att det fanns någon form av tyst överenskommelse mellan parterna att tillämpa några slags internationella principer i förfarandet. Detta torde dock inte sträckt sig längre än till kriterierna för lis pendens och res judicata, inte till tillämpningen i mål inför svenska domstolar.

Principerna om lis pendens och res judicata faller inte under 33 § lagen om skiljeförfarande utan är att bedöma utifrån reglerna i 34 § samma lag. Principerna om lis pendens och res judicata är inte heller tillämpliga i förevarande fall mellan två olika internationella skiljeförfaranden enligt två olika bilaterala investeringsskyddsavtal.

Det förelåg inte heller identitet mellan Lauder och CME. Lauder har inte varit ägare till mer än 30 procent av det kontrollerande bolaget Central Media Enterprises Ltd - ett Bermudaregistrerat företag som är noterat på New York-börsen och har cirka 3 000 aktieägare - och var det inte heller vid tiden då skiljeförfarandena pågick. Lauder kontrollerade företaget genom en majoritet av rösterna, men ägde inte en majoritet av aktiekapitalet. De bolag som var inordnade mellan moderbolaget Central Media Enterprises Ltd och CME var helägda.

Det förelåg inte heller identitet mellan grunderna för CME:s och Lauders talan. CME:s och Lauders talan grundades på två olika bilaterala investeringsskyddsavtal mellan Republiken och Holland respektive USA. Investeringsskyddsavtalen är i allt väsentligt lika men det finns skillnader mellan avtalen. Dessa är bland annat att det inte är självklart att CME:s rätt som efterträdare till tidigare investerare skulle ha bedömts lika enligt de bägge avtalen, att Lauder enligt det amerikanska investeringsskyddsavtalet kunde kräva ersättning som kontrollerande aktieägare och att det finns skillnader i avtalen gällande inom vilken tid

som någon kan kräva ersättning. Vidare hade Lauder inte kunnat föra sin talan grundad på Fördraget och CME hade inte kunnat föra sin talan enligt det amerikanska investeringsskyddsavtalet.

Skadorna var inte desamma för Lauder och CME. I Londonförfarandet kunde Lauder endast ha yrkat skadestånd med ett belopp som motsvarade hans förlust medan CME förde talan om sin skada som ägare av 99 procent av CNTS. Skadorna och beräkningen av ett skadestånd hade sett annorlunda ut. Stockholmsnämnden skulle inte heller ha dömt ut ett andra skadestånd med följden att Republiken hade fått betala två gånger. Stockholmsnämnden diskuterade även frågan om Republikens olika förfaranden i olika mål kontra jurisdiktionsfragan och kom fram till att nämndens jurisdiktion inte påverkades.

Om CME inte kan få sin talan prövad enligt Fördraget i och med att Lauder fört talan enligt det amerikanska investeringsskyddsavtalet blir följden att CME och övriga aktieägare förutom Lauder förvägras att få sin sak prövad.

Republiken invände i Stockholmsförfarandet uttryckligen att republiken avstod från att göra gällande en invändning om lis pendens, vilket Stockholmsnämnden och CME tog fasta på. Detta framgår bland annat av Republikens Statement of Defence, Sur-Reply och inledningsanförande i Stockholmsförfarandet. Republiken argumenterade utifrån begreppet "abuse of process" i Stockholmsförfarandet. "Abuse of process" är ett begrepp som finns inom den engelska rättstraditionen och en invändning härom omfattar inte en invändning om lis pendens. Det fanns inget illegitimt syfte med att Lauder och CME inledde separata förfaranden. Lauder var tvungen att använda sig av det amerikanska investeringsskyddsavtalet och i Fördraget föreskrivs en "waiting time" som gjorde att Lauder kunde inleda skiljeförfarande sex månader tidigare än CME, vilket han också gjorde.

Stockholmsnämnden fann att det inte förelåg "abuse of process" och att överlappande domslut kunde hanteras när skadeståndets belopp skulle bestämmas; så kunde däremot inte göras vid bedömningen av frågan om det förekommit brott mot Fördraget.

Även Londonnämnden fann att det kunde ske koordination på skadestandsplanet vid beslutande av ett belopp och att det inte förelåg "abuse of process".

Republiken var under alla förhållande villande till att parallella förfaranden fördes. CME gjorde ett stort antal försök att koordinera London- och Stockholmsförfarandena för att undvika att en situation som den nu föreliggande skulle uppstå. CME föreslog att förfarandena skulle sammanläggas, att det skulle vara samma skiljemän, att den av CME utsedda skiljemannen skulle vara densamme i båda förfarandena, att Stockholmsnämnden skulle vilandeförklara sitt förfarande och att Londonnämndens dom avseende frågan om det förelåg ett brott mot det amerikanska investeringsskyddsavtalet skulle bli bindande för Stockholmsnämnden för dess bedömning om det förelåg ett brott mot Fördraget. Både Stockholms- och Londonnämnderna tog upp nämnda förhållanden i sina domskäl.

Uppdragsöverskridande - joint tortfeasors

CME hävdade i skiljeförfarandet att Medierådet hade tagit tillbaka sitt tidigare godkännande av den delade strukturen som utgjorde grunden för den ursprungliga investeringen. Skiljenämnden fann att Medierådet förfarit på så sätt genom att Medierådet hade tvingat CNTS att göra ändringar i 1996 års MOA och att skyddet för investeringen därmed försvagades. Nämnden kom även fram till att Medierådet 1999 stödde Zelezny, när denne inte längre hade något ägarintresse i CNTS, i hans försök att utnyttja det svagare skyddet och separera CNTS från licensen. Nämnden fann vidare att en stat var ansvarig för hela följden av sitt handlande oavsett om det fanns samverkande skadeorsaker och oavsett om en samverkande skadeorsak utgjordes av en fysisk persons handlande. Nämnden uttalade att staten var ansvarig för hela skadan oavsett om det fanns en annan skadevällare som också var skadestandsansvarig.

Uppfattningen att kausalitetsfrågan inte skulle prövas i den första delen av förfarandet stämmer inte. Republiken yrkade i förfarandet att CME:s talan skulle ogillas, eftersom den påstådda skadan inte var en direkt och förutsebar skada av något brott mot Fördraget. Republiken ville sålunda att skiljenämnden skulle pröva frågan om kausalitet och parterna argumenterade i frågan. Det ingick i nämndens uppdrag att pröva frågan om det förelåg ett orsakssamband mellan Medierådets agerande och CME:s skada.

I CME:s Statement of Claim angav CME de omständigheter som CME åberopade till stöd för att Medierådet hade orsakat att investeringen förstördes. Bland annat åberopades att Medierådet sände sitt brev av den 15 mars 1999 till Zelezny, vilket till innehållet överensstämde med Zeleznys begäran. De sakomständigheter som CME påstod hade inträffat var exempel på omständigheter som CME menade utgjorde ett brott mot Fördraget, inte exempel på samordnat agerande mot ett gemensamt mål mellan Medierådet och Zelezny.

Republiken anförde i sitt Statement of Defence att det var Zelezny som hade orsakat CME:s skada och att Republiken inte var ansvarig för privata rättssubjekts handlande.

CME hävdade i sitt Reply-Memorial att stater hade ett fullt ansvar för sitt handlande vid samverkande skadeorsaker enligt folkrätten och att Republiken hade fullt skadeståndsansvar även för det fall det fanns andra skadevallare. CME argumenterade i kausalitetsfrågan och anförde att det fanns ett kausalsamband mellan Medierådets handlande och den skada som CME lidit och att vad som skedde var en förutsebar följd av Medierådets agerande, oaktat att det var Zelezny som sade upp serviceavtalet och dennes roll.

Parterna argumenterade alltså i kausalitetsfrågan innan slutförhandlingen. Även under slutförhandlingen argumenterade parterna - både CME och Republiken - i kausalitetsfrågan. CME argumenterade mycket utförligt angående orsakssambandet och förde resonemang om att det förelåg ett orsakssamband mellan Medierådets handlande och CME:s skada, trots att Zelezny var den som sade upp

serviceavtalet. I sin argumentation nämnde CME:s ombud joint tortfeasors i argumentationen om Republiken kunde hållas skadeståndsskyldig utan hänsyn till Zeleznys handlande. CME:s ombud anförde att om det fanns joint tortfeasors i kausalkedjan så var de solidariskt ansvariga gentemot den skadelidande för den fulla skadan. Skadevållarens ansvar reducerades inte av att det fanns andra skadevållare i kausalkedjan. CME anförde att en kausalkedja som medförde ansvar för staten också kunde inkludera handlingar av andra personer så länge dessa handlingar var förutsebara. CME hänvisade även till tidigare ILC-rapporter.

Republiken höll i princip med om principen om förutsebarhet och att det fanns ett ansvar så länge inte handlingarna från den tredje ingripande parten inte var oväntade och anförde att CME:s sammanfattning av rättsregeln var korrekt. Republiken anförde att principen inte var tillämplig i detta fall och att det saknades bevisning för att skadan var förutsebar. Republiken anförde inte att nämnden skulle gå utanför sitt uppdrag om den beslutade i frågan.

I CME:s Post-Hearing Brief argumenterade CME vidare angående kausalitetsfrågan och att Republiken var ansvarig för förutsebara konsekvenser av sitt handlande och sina underlåtenheter. I Republikens Written Closing Submission argumenterade Republiken för att det var CNTS eget handlande samt CET 21 :s och Zeleznys handlande som hade orsakat CME:s skada och inte Republiken.

Joint tortfeasors åberopades alltså inte som någon grund för samordnat agerande mot ett gemensamt mål. Begreppet nämndes i kausalitetsfrågan som svar på Republikens invändning och inte som någon ansvarsgrund.

Avsnittet i domen där joint tortfeasors nämns ingår i skiljenämndens behandling av kausalitetsfrågan i st 575-585. Nämnden tillämpade folkrättsliga regler om samverkande skadeorsaker och inte någon ansvarsgrund för samverkat agerande mot ett gemensamt mål. Kärnan i nämndens resonemang var att nämnden fann att CME:s skada var en förutsebar följd av Medierådets handlingar och underlåtenheter 1996 och 1999.

I st 580 i domen konstaterade skiljenämnden att en stat var ansvarig för sina handlingar gentemot utländska investerare oavsett förekomsten av andra skadevällare. I st 581 angav nämnden att det var förenligt med hur joint tortfeasors hanterades nationellt och i folkrätten. I detta stycke citerades en artikel som också citerades i ILC-kommentaren. Frågan var huruvida statens ansvar reducerades, inte ansvarsgrunderna för de andra skadevällarna. Nämnden fann att en stat som hade brutit mot ett fördrag ansvarade för sina handlingar oavsett andra skadevällare i kausalkedjan. I st 582 tillämpade nämnden principen om stats ansvar trots andra skadevällare i kausalkedjan. Nämnden fann att Republikens ansvar inte reducerades trots att Zelezny var en del av kausalkedjan även för det fall Zelezny skulle vara skadeståndsskyldig. Nämnden angav att man vid beloppsbestämningen kunde ta hänsyn till om CME hade fått skadestånd av annan skadevällare. Principen som gällde i detta fall var att Republiken var fullt beloppsmässigt skadeståndsskyldig trots att det kunde finnas andra skadevällare i kausalkedjan som även de var skadeståndsskyldiga. I st 583 hänvisade nämnden till ILC-kommentaren och till rättsfall där det förelåg samverkande skadeorsaker och där endast en av dessa skadeorsaker var hänförliga till den ansvariga staten. Vidare angav nämnden att folkrättslig praxis inte innebar något stöd för att skadeståndet skulle reduceras. I st 584 beskrev nämnden vilket orsakssamband mellan en stats folkrättsligt olagliga handlingar och skada som skulle föreligga för ansvar enligt folkrätten. I st 585 konkluderade nämnden hur principerna skulle tillämpas i Stockholmsförfarandet och kom fram till att Medierådet måste ha förstått de förutsebara följderna av sitt handlande och sina underlåtenheter 1996 och 1999.

Resonemangen i st 580-583 fördes i syfte att bemöta Republikens invändning att Republiken inte skulle bära något ansvar, eftersom det var Zelezny som hade orsakat skadan. Att skiljenämnden nämnde att Zelezny hade brutit mot sina förpliktelser var ingen grund för att ålägga Republiken något solidariskt ansvar för ett samordnat agerande mot ett gemensamt mål.

Vad skiljenämnden angav i st 554 i domen om Zeleznys brott mot sina förpliktelser påverkade inte nämndens bedömning, eftersom Zelezny hade uttalat att han avsåg att skada CNTS, vilket innebar att skadan var förutsebar för Medierå-

det. Nämndens slutsats att Republiken hade brutit mot avtalet skulle ha blivit densamma, även om nämnden inte hade uttalat sig om Zeleznys handlande och huruvida handlandet var brottsligt. Nämnden grundade inte domen på Zeleznys beteende utan på Medierådets egna handlingar och underlåtenheter. Stockholmsnämnden hade redan innan man förde sitt resonemang i st 580-585 där joint tortfeasors nämndes kommit fram till att det var Medierådets agerande som hade orsakat skadan. I senare avsnitt i domen togs ansvarsfrågan upp. Där angavs att ansvaret endast grundades på brott mot Fördraget och joint tortfeasors nämndes inte i denna del.

St 580-585 i domen infördes i det Tredje utkastet, efter att Håndl skrivit sin promemoria av den 16 augusti 2001. Håndl ansåg att det inte förelåg något orsakssamband mellan Medierådets handlande och skadan. Håndl var av åsikten att det var Zelezny som hade orsakat skadan. Skiljenämnden hade dock redan tidigare gjort överväganden angående kausalitetsfrågan. I Kuhns frågelista behandlades frågan om kausalitet. Schwebel angav i sitt svar till frågelistan att det fanns ett orsakssamband mellan Medierådets handlingar och skadan oaktat Zeleznys handlingar och att stats ansvar inte minskade på grund av tredje parts handlande. I Kuhns svar till Håndl den 29 augusti 2001 angav han att skiljenämnden var medveten om Zeleznys roll i kausalkedjan. Trots det infördes st 580-585 i det Tredje utkastet. Tillägget hade dock ingen betydelse för utgången i målet. Slutsatserna och utgången var klar innan tillägget gjordes. Håndl uppfattade att tillägget utgjorde ett svar på vad han hade anfört i sin promemoria av den 16 augusti 2001.

Eftersom Republiken delade CME:s uppfattning om existensen och innebörden av den folkrättsliga princip om ansvar vid samverkande skadeorsaker som innebar att förekomsten av en annan medverkande skadevällare inte befriade staten från ansvar, argumenterade utifrån denna princip och inte protesterade mot vad CME framförde får Republiken anses ha accepterat att frågan prövades. Under alla förhållanden får Republiken därmed anses ha avstått från att göra gällande det påstådda uppdragsöverskridandet.

Uppdragsöverskridande - beslut rörande skadeståndets bestämmande

Inledningsvis yrkade CME i Stockholmsförfarandet både restitution och skadestånd. I Notice of Arbitration nämnde CME att skadeståndet skulle bestämmas bland annat med hänsyn till fair market value. I skriften argumenterade CME rättsligt och angav att ersättningen skulle motsvara "the genuine value" av investeringen och anförde att vid en olaglig expropriation - likväl som vid laglig expropriation - hade investeraren rätt till ersättning motsvarande minst "the genuine value" av investeringen.

I Statement of Claim utvecklade CME hur man såg på skadeståndsbeloppet och hänvisade bland annat till rättsfall angående hur skadeståndet skulle bestämmas. CME argumenterade för hur mycket ersättning CME var berättigad till om inte investeringen kunde återställas. Inledningsvis yrkade CME både restitution och skadestånd men argumentationen gällde likväl principerna för hur skadeståndet skulle bestämmas. CME menade att utgångspunkten för fastställande av skadeståndet var det skäliga marknadsvärdet av investeringen. Från detta skulle man dra av värdet av restitutionen och uteblivna intäkter för att få fram skadeståndsbeloppet. CME anförde vidare att, om nämnden inte kunde besluta om restitution, CME skulle tillerkännas "the full amount". Fair market value motsvarade alltså compensation till fullo; att CME skulle få full ersättning. Att i domen besluta om ersättning motsvarande investeringens fair market value var alltså i enlighet med CME:s yrkande som det framställts. Vidare föreslog CME en uppdelning av förfarandet och att beloppet (the amount of monetary damages) skulle sparas till det andra förfarandet.

I brevet från CME:s ombud den 7 november 2000 med förslag till överenskommelse föreslogs att bestämmandet av själva skadeståndsbeloppet skulle lämnas till en andra fas. I brevet angavs det att det var själva beloppet (amount of any damage award) som skulle sparas till det andra förfarandet. Förslaget accepterades av Republiken som bekräftade att den första fasen inte skulle avse kvantum. Republiken ville vidare förebehålla sig rätten att anförda argumentation när det gällde bestämmande av skadeståndet i den första fasen.

I mellandomsöverenskommelsen angavs sålunda att kvantum och skadeståndets belopp (the amount of monetary damages) skulle behandlas i den andra fasen.

CME återkallade vid slutförhandlingen förstahandsyrkandet om restitution. CME:s ombud anförde att det i skiljeförfarandet skulle fastställas att det hade begåtts ett traktaktsbrott och att CME hade rätt till skadestånd samt att ett eventuellt skadeståndsbelopp skulle sparas till en andra fas. Utgångspunkten för skadeståndsyrkandet efter att förstahandsyrkandet om restitution återkallats var skäligt marknadsvärde. CME ville få fastställt att Republiken hade brutit mot Fördraget samt att CME var berättigat till skadestånd med ett belopp som skulle fastställas i en andra fas.

Under slutförhandlingens avslutande fas begärde skiljenämnden att parterna skriftligen skulle ange sina slutliga yrkanden avseende den första fasen. CME yrkade att nämnden skulle fastställa att Republiken hade brutit mot Fördraget samt att "Respondent is obliged to remedy the injury that Claimant suffered as a result of Respondent's violations of the Treaty by payment of the fair market value of Claimant's investment in an amount to be determined at a second phase of this arbitration." Vidare fanns en bekräftelse av att CME hade återkallat restitutionsyrkandet. Yrkandet innebar inte någon ändring av vad CME tidigare hade yrkat i förfarandet och omfattades av mellandomsöverenskommelsen.

CME:s yrkande föranledde ingen reaktion från Republiken. Republiken gjorde inte gällande att yrkandet stred mot vad som hade överenskommit eller att nämnden inte hade behörighet att pröva yrkandet. Republiken bemötte istället CME:s yrkande i detalj punkt för punkt och anförde att Republiken inte hade brutit mot Fördraget samt gjorde under punkt 2 - under samma punkt som CME framställde sitt yrkande om skadestånd - en kausalitetsinvändning.

Efter slutförhandlingen kom parterna in med avslutande inlagor. Inte heller i denna protesterade Republiken mot det yrkande som CME hade framställt under slutförhandlingen. I sin avslutande inlaga sammanfattade CME i sista punkten

sitt yrkande men detta innebar inte att CME ändrade sitt yrkande som lämnades in under slutförhandlingen.

Redan i det Första utkastet angavs det i domslutet att ersättningen skulle motsvara fair märket value. I senare utkast preciserades domslutet i denna del men att ersättningen skulle motsvara fair märket value ändrades inte. Domslutet återgav korrekt CME:s yrkande som framställdes under slutförhandlingen.

I st 625- 618 angav nämnden på sätt som CME hade anfört att skyldigheten att reparera skadan härleddes från artikel 5 i Fördraget och allmänna folkrättsliga principer och att detta var "just compensation" motsvarande egendomens verkliga värde (genuine value). Nämnden hänvisade i st 616 till det rättsfall som CME hade hänfört sig till och hänförde sig vidare i st 618 på sätt som CME hade gjort till rättsfall. Eftersom CME inte längre yrkade restitution så var Republiken skyldig att utge skadestånd med ett belopp motsvarande vad ett återställande skulle innebära. CME hade redan inledningsvis anfört att CME vid ett bifall till restitutionsyrkandet skulle få skadestånd för mellanskillnaden upp till skäligt marknadsvärde och nämnden kom fram till att Republiken skulle ersätta CME för det skäliga marknadsvärdet (fair märket value).

Uppdragsöverskridande - föregående investerare och tidigare överträdelser

På Stockholmsförfarandet var UNCITRAL-reglerna tillämpliga och i dessa finns regler om när en jurisdiktionsinvändning skall göras. Republiken hade att följa denna bestämmelse. Att skiljenämndens uppdrag endast kunde inskränkas genom parternas dispositioner är inte korrekt utan uppdraget kunde även utvidgas och då hade Republiken att göra invändning enligt de tillämpliga UNCITRAL-reglerna.

I sin Notice of Arbitration uppgav CME att CME var att betrakta som investerare enligt Fördraget och att CME hade ett innehav om 99 procent i CNTS. CME nämnde att CME Media hade övertagit investeringen 1994 och att CME hade förvärvat investeringen av CME Media 1997.

I sitt Statement of Claim uppgav CME att bolaget hade förvärvat rättigheter och skyldigheter från CME Media. När Republiken skulle lämna sitt Statement of Defence hade republiken kännedom om de omständigheter som CME hade anfört vilket bland annat innebar att republiken hade vetskap om att talan grundades på händelser som hade inträffat före maj 1997 samt att det hade skett överlåtelser och förvärv av andelarna i CNTS och att CME förvärvade andelarna i maj 1997.

Republiken framförde viss jurisdiktionsinvändning i sitt Statement of Defence, men ingen invändning som innebar att skiljenämnden inte kunde meddela dom grundad på krav som hänförde sig till händelser som inträffade 1996. Republiken invände i sak att CME inte hade förvärvat CME Medias rättigheter och skyldigheter och att CME hade att bevisa detta. Republikens förbehåll att ha möjlighet att yttra sig när man kände till mer om investeringen saknar relevans, eftersom det avsåg en invändning som gick ut på att tvisten inte omfattades av Fördraget; det var en tvist mellan privata subjekt. Denna invändning prövades separat av skiljenämnden.

CME ingav bevis om sitt förvärv av andelarna i sitt Reply-Memorial, bland annat överlåtelseavtalet mellan CME och CME Media.

Efter det att CME gett in bevisning vitsordade Republiken att CME hade presenterat bevis för att man var en investerare enligt Fördraget och att CME var att betrakta som en investerare, men gjorde en annan invändning i sak avseende notifiering av överlåtelsen. Inte heller sedan Republiken hade tagit del av övrig skriftlig bevisning från CME framfördes någon invändning om att CME inte kunde föra fram krav grundade på händelser som hade inträffat före CME:s förvärv av andelarna i CNTS eller att nämnden inte var behörig att pröva dessa krav enligt Fördraget.

Under slutförhandlingens första dag talade Republikens ombud om förhållandet att CME framställde krav grundade på händelser som inträffat före det att CME

gjort sin investering. Ombudet angav då för första gången att artikel 4 i överlåtelseavtalet mellan CME och CME Media innebar att CME inte hade någon grund för att göra gällande krav som byggde på överträdelse som påstods ha inträffat före CME:s förvärv 1997. Detta var en invändning i sak. Republiken anförde vidare att CME inte var berättigad till de rättigheter som tidigare investerare hade haft gentemot Republiken. CME reagerade och tolkade vad Republiken hade anfört både som en behörighetsinvändning och som en materiell invändning. CME:s ombud anförde bland annat att Republiken skulle ha ansetts ha avstått från behörighetsinvändning och anförde i sak att artikel 4 i överlåtelseavtalet inte kunde anses innebära ett avstående av rättigheter. Vidare angav ombudet att om invändningen hade gjorts i Statement of Defence hade förhållandet kunnat åtgärdas genom att CME Media hade tagits in i förfarandet.

Samma dag angav Republikens ombud att Republiken inte framförde en behörighetsinvändning utan en invändning i sak. Republiken avstod därmed uttryckligen från att göra gällande att det gick utanför skiljeavtalet eller nämndens behörighet att pröva frågan. I Republikens slutanförande uppgav Republikens ombud att inga rättigheter hade överförts på CME och att, även om några rättigheter hade övergått till CME, CME kunde inte göra gällande några rättigheter med tanke på samtycket till MOA 1996 i artikel 4 i överlåtelseavtalet. CME återkom till detta och anförde att Republiken hade avstått från att göra gällande invändning med hänvisning till UNCITRAL-reglerna och i sak att om invändningen var att CME hade avstått från rättigheter så skulle enligt folkrätten ett sådant avstående vara uttryckligt.

Även efter slutförhandlingen anförde Republiken i sin avslutande inlaga att CME endast fick göra gällande krav grundade på överträdelser som hade inträffat efter maj 1997. Då hänvisade Republiken till att det följde av artikel 8.1 i Fördraget. Republiken gjorde gällande att anspråk som grundades på överträdelse som hade inträffat före maj 1997 inte omfattades av skiljeavtalet. Republiken anförde samtidigt att detta inte var någon invändning om nämndens behörighet utan att den var hänförlig till Republikens försvar i sak. Vidare anförde Republiken att CME inte hade någon rättslig grund i sak och gjorde gällande att överlä-

telseavtalet inte innefattade någon överlåtelse av rättigheter och att CME dessutom genom samtycket till MO A 1996 hade avstått från att göra eventuella rättigheter gällande. Republiken förde inte fram den invändning som man för fram i detta mål om att det var en invändning om behörighet utan endast att det var en invändning i sak.

Skiljenämnden fann att CME var en investerare som gjort en investering enligt Fördraget. Nämnden tog vidare upp den invändning som Republiken förde fram vid slutförhandlingen och anförde att den skulle prövas i sak. Nämnden anförde även att Republiken i vart fall måste anses ha avstått från att göra gällande en jurisdiktionsinvändning i förhållande till CME:s förvärv av andelarna i CNTS 1997. Nämnden tog även upp frågan om nämnden ex officio skulle ta upp frågan men kom fram till att den inte skulle det. Nämnden fann vidare att CME:s förvärv och rättigheterna som följde med förvärvet var skyddade under Fördraget. Nämnden prövade även Republikens argument om att det fanns en tidsgräns för CME:s krav men delade inte Republikens uppfattning. Nämnden prövade även i sak Republikens invändning med hänsyn till samtycket till MO A 1996 i överlåtelseavtalet och fann att det inte kunde tolkas som ett avstående av rättigheter enligt Fördraget. Nämnden fann att CME Medias rättigheter under Fördraget hade övergått på CME tillsammans med överlåtelsen av andelarna i CNTS.

Skiljeavtalet och artikel 8.1 omfattade en prövning av överträdelser som hade inträffat före det att investeringen gjordes. Fördraget uppställer inget krav på att investeraren måste äga investeringen när överträdelsen sker. Nämnden bedömde i domen i sak vilka krav som kunde ställas under Fördraget, till exempel frågan om vilka rättigheter som hade övergått till CME från tidigare investerare och vilket skydd som Fördraget gav CME. Även med bortseende från Republikens avstående från att göra invändningen gällande och accepterandet av att frågan skulle prövas agerade nämnden inom sin behörighet. Frågan om CME hade förvärvat rätten att göra gällande rättigheter och anspråk grundade på tidigare överträdelser avgjordes rättskraftigt i domen och kan inte överprövas. I sak så medförde både tjeckisk rätt och folkrätten att om det funnits ett fullbordat skadeståndsanspråk 1997 så övergick det till CME i och med förvärvet. Skadestånds-

kravet existerade dock först när det förelåg en skada som var kvantifierbar i pengar, vilket följde av både tjeckisk rätt och folkrätten.

DOMSKÄL

Allmänt

Hovrätten har hållit huvudförhandling i målet. Vid denna har vittnesförhör hållits med följande personer. På begäran av Republiken har hållits förhör med professorerna Christoph Schreuer, August Reinisch, Filip De Ly, Philippe Sands och Jan Dedic samt med skiljemannen Dr Jaroslav Hándl. På CME:s begäran har förhör hållits med skiljemännen Dr Wolfgang Kühn och Judge Stephen M. Schwebel, samt Van Vechten Veeder (QC), professor Giorgio Sacerdoti och Dr Tomas Pohl. Parterna har gett in och åberopat mycket omfattande skriftlig bevisning, däribland rättsutlåtanden av Schreuer, Reinisch, De Ly, Sands, Dedic, Veeder, Sacerdoti och Pohl. Parterna har också gett in utlåtanden av f.d. justitierådet Johan Lind och professor Lars Heuman. I stor omfattning har även hänvisats till rättspraxis och litteratur.

Tillämplig lag i klandermalet

Republiken har klandrat skiljedomen och yrkat att den skall förklaras ogiltig eller upphävas helt eller delvis med tillämpning av 33 och 34 §§ lagen (1999:116) om skiljeförfarande. Samtidigt har Republiken framhållit att det finns en internationell dimension, eftersom det är fråga om en internationell kommersiell tvist som handlagts inom ramen för ett bilateralt investerings-skyddsavtal. Denna internationella dimension medför, enligt Republiken, att vissa rättsliga begrepp kan ha en annorlunda innebörd än enligt svensk rätt, vilket bör få betydelse vid bedömningen i målet.

Det är i och för sig riktigt att det rör sig om ett internationellt kommersiellt skiljeförfarande och att ingen av parterna har någon annan anknytning till Sverige än att skiljeförfarandet förlagts hit. Enligt 46 § lagen om skiljeförfarande skall la-

gen emellertid tillämpas på skiljeförfaranden som äger rum i Sverige även om tvisten har internationell anknytning. Vid tillkomsten av nuvarande lag om skiljeförfarande har också hänsyn tagits till den internationella skiljerättens utveckling. Här kan bl.a. nämnas att den av Förenta Nationernas handelskommission, UNCITRAL, år 1985 skapade Model Law on International Commercial Arbitration, den s.k. modellagen, har tillerkänts betydelse vid utformningen av den svenska lagen om skiljeförfarande. Att en viss lösning har stöd i modellagen har tillmätts stor betydelse och har haft ett betydande egenvärde. I anslutning till varje enskild bestämmelse i den nya lagen har man gjort överväganden i vilken omfattning bestämmelsen kan ansluta sig till modellagen (prop. 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande s. 47).

Hovrätten finner således att det förhållandet att det finns en internationell dimension medför inte annat än att frågan om skiljedomen skall förklaras ogiltig eller upphävas i första hand skall bedömas enligt svensk rätt; folkrätten anses vara en del av den svenska rätten. I den mån det kan styrkas i målet att utländsk rätt kan få betydelse på bedömningen och att den rätten i något avseende har ett annat innehåll än den svenska rätten kan också den utländska rätten komma att beaktas.

Allmänt om klander och verkställighet av internationella domar

I linje med vad som får anses vara uttryck för rättsläget i många andra länder intar den svenska lagstiftaren genom lagen om skiljeförfarande en restriktiv hållning till möjligheterna att med framgång få en skiljedom ogiltigförklarad eller upphävd på grund av klander (jfr a. prop. s. 142, 148 och 234). Samma synsätt präglar reglerna i nämnda lag om Erkännande och verkställighet av utländsk skiljedom m.m. och de bakomliggande motiven till dem. Det har också kommit till uttryck i avgöranden av Högsta domstolen vid tillämpningen av motsvarande äldre bestämmelser (jfr NJA 1979 s. 527 och 1992 s. 733). På det internationella planet har detta restriktiva synsätt kommit till uttryck i 1958 års New York-konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar samt i UNCITRAL:s modellag. I sammanhanget kan nämnas ett i detta mål åberopat

avgörande av EG-domstolen som uttalade att "... it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognize an award should be possible only in exceptional circumstances".

Uteslutande av en skiljemän från överläggningarna

Allmänt

Det kan till en början konstateras att lagen om skiljeförfarande inte innehåller några formkrav för hur skiljemännens överläggningar skall gå till. Ett allmänt skäl till att förfarandet inte närmare har reglerats har uppenbarligen varit att bereda möjlighet för att förfarandets olika faser på ett smidigt och ändamålsenligt sätt skall kunna anpassas till förhållandena i det konkreta fallet. Härigenom gynnas det allmänna intresset av snabbhet och flexibilitet i skiljeförfarande. Några riktlinjer för hur förfarandet skall gå till ges i 21 och 30 §§ lagen om skiljeförfarande.

I 30 § första stycket stadgas att, om en skiljeman utan giltigt skäl låter bli att delta i skiljemännens prövning av en fråga, detta inte är något hinder mot att övriga skiljemän avgör frågan. I en tidigare bestämmelse i lagen om skiljeförfarande angavs att samtliga skiljemän skulle delta i avgörandet av en tvist. Den nu gällande bestämmelsen har sin förebild i UNCITRAL:s modellag. Den motiverades av att det särskilt i internationella tvister förekom att en skiljeman saboterade eller förhalade förfarandet genom att inte delta vid förhandling eller överläggning eller genom att på annat sätt förhindra eller fördröja meddelandet av en dom. Genom den ändrade lydelsen skulle detta förhindras (prop. 1998/99:35 s. 128). Av den tidigare bestämmelsen i förening med de anförda skälen till ändringen kan den slutsatsen dras att huvudregeln enligt 30 § är att samtliga skiljemän skall delta i överläggningarna.

21 § första meningen stadgar att skiljemännen skall handlägga tvisten opartiskt, ändamålsenligt och snabbt. Detta måste även innefatta överläggningarna. Kravet

på opartiskhet innebär således att skiljemännen skall behandlas lika och ges samma möjligheter att medverka i överläggningarna och med sakliga argument söka påverka de övriga. I kravet på ändamålsenlighet ligger att överläggningarna skall bedrivas kostnadseffektivt och flexibelt. Avsaknaden av formella regler medför att överläggningarna kan vara muntliga och skriftliga, att en plan över överläggningarna kan men inte behöver fastställas, att frister inom vilka skiljemännen skall yttra sig kan bestämmas men att fristerna också vid behov kan ändras. Avsaknaden av formella regler innebär också att det inte finns någon skyldighet för ordföranden att anordna en formell votering när det blivit klart att två skiljemän enat sig om en utgång i tvisten som den tredje skiljemannen inte kan ställa sig bakom. Mot kravet på snabb handläggning måste naturligtvis rättssäkerhetsaspekter ställas. Parterna har berättigade intressen av att skiljetvisten prövas ingående och med tillbörlig noggrannhet. Kravet på snabbhet och innehållet i 30 § måste emellertid innebära att när två skiljemän är överens om utgången i tvisten kan den tredje skiljemannen inte förlänga överläggningarna genom att kräva fortsatta diskussioner i försök att övertala de andra om det riktiga i sin uppfattning. Dissidenten skall således inte ha någon möjlighet att fördröja domskrivningen.

◦

A andra sidan torde överläggningarna inte anses avslutade förrän skiljedomen är undertecknad. Den skiljaktige skiljemannen bör därför beredas möjlighet att komma med synpunkter på domsförslagen. Härigenom skapas bättre förutsättningar för en materiellt riktig dom.

Hovrättens bedömning

Efter det att förhandlingarna hade avslutats den 2 maj 2001 utarbetade Kuhn ett frågeformulär. I detta strukturerades de olika frågorna och det är omvittnat i målet att det var ett mycket seriöst och ambitiöst arbete som Kuhn därmed hade utfört. I ett foljebrev erbjöd Kuhn dessutom de båda andra skiljemännen att göra egna tillägg till frågeformuläret. Frågeformuläret besvarades utförligt av Schwebel och Händl. Kuhn bearbetade därefter frågelistan så att den skulle tjäna som underlag under de muntliga överläggningarna i Diisseldorf, som enligt vad som får anses utrett hölls hela dagen den 1 juni och ett par timmar på förmiddagen den 2 juni. Det är omvittnat att så gott som alla väsentliga frågor diskuterades

vid mötet. Såväl Schwebel som Kiihn har uppgett att Håndl var den som talade mest. Tyngdpunkten i överläggningarna måste anses ha legat i frågeformuläret, besvarandena av detta och diskussionerna mellan skiljemännen i Diisseldorf. Det har i målet inte framkommit något som kan innefatta kritik mot hur överläggningarna har gått till fram till och med Diisseldorf-mötet och Republiken synes för övrigt inte heller göra gällande att Håndl har blivit utesluten från denna del av överläggningarna utan menar i stället att man måste se till hela händelseförloppet från slutförhandlingen och framåt för att bedöma om Håndl blev utesluten.

Före mötet i Diisseldorf torde såväl Schwebels som Håndis inställning i tvisten ha stått klar för de övriga medan Kiihn ännu inte hade bestämt sig. Efter mötet stod det klart hur utgången skulle bli, eftersom Kiihn då beslutat sig för att ansluta sig till Schwebels uppfattning att Republiken hade brutit mot Fördraget medan Håndl var av motsatt uppfattning. Schwebel har uppgett att han trodde att Håndl direkt efter mötet skulle börja skriva på en skiljaktig mening. Kiihn har berättat att han föreslog att Håndl skulle skiva reciten till domen - "to keep him in the team" - eftersom han inte skulle kunna delta i utformandet av domskälen. Schwebel har också uppgett att Håndl gjorde helt klart att han inte ville delta i framtagnandet av domsutkastet. Håndl uttryckte dessutom mycket tydligt att han inte ville ta del av reciten eller delar av domsförslaget utan skulle lämna synpunkter först sedan han fått ett fullständigt domsförslag. Det berättigade i Republikens påstående om att Håndl har blivit utesluten från de fortsatta överläggningarna måste bedömas mot denna bakgrund.

Den 30 juli hade Kiihn färdigställt ett fullständigt utkast till skiljedom, som han tillställde Schwebel och Håndl. Håndl kommenterade domen utförligt i en skrivelse den 16 augusti, vilken Kiihn besvarade två veckor senare. Såväl Kiihn som Schwebel har uppgett att de ansåg att Håndis synpunkter i stort sett utgjorde en upprepning av vad han hade framfört i svaret på frågelistan och vid överläggningarna i Diisseldorf. Härefter följde ytterligare domsutkast i vilka hade gjorts vissa ändringar och tillägg, som dock inte påverkade utgången.

Enligt Republiken blev Håndl enligt sin egen uppfattning skiljaktig först någon gång efter den 3 september, varför det först är tiden därefter som blir "ointressant" för bedömningen av om han utesluts eller inte. Genom förhören med Kiihn och Schwebel måste dock anses utrett att det stod helt klart mellan skiljemännen - utan att någon formell votering ägde rum - att Håndl blev skiljaktig vid Düsseldorfmötet. Republiken menar att Håndl inte medverkat på samma villkor som de två övriga skiljemännen från och med att skiljedomen började utformas; de två andra skiljemännen har överlagt utan honom och han har inte fått tillräckligt med tid för att bemöta de olika domsförslagen och har därigenom betagits möjligheten att uttrycka sin mening i vissa väsentliga frågor.

Kiihn har uppgett att han visserligen önskade få synpunkter på domsutkasten så snart som möjligt men att han ingalunda försökte att skynda på Håndl. Hans önskan om skyndsamhet har inte ansetts vara föranledd av att han velat få domen färdig före Londondomen. Han hade för övrigt trott att Londondomen skulle föreligga mycket tidigare än som blev fallet. Schwebels önskan om att en dom skulle vara klar före den 17 augusti hade samband med att han då skulle påbörja en resa och Kiihn har uppgett att han inte fäste något större avseende vid det datumet. Kiihn ansåg att Håndl fick ta den tid som han ansåg sig behöva men Kiihn fick mot slutet intrycket att Håndl försökte fördröja avgörandet.

Håndl har fått del av all väsentlig kommunikation mellan skiljemännen. Republikens påstående om att de andra två skiljemännen överlagt utan Håndl och att Håndl inte fick delta på lika villkor, att han blev motarbetad och att de två andra skiljemännen nonchalerade hans synpunkter vinner inte stöd av bevisningen i målet. Tvärtom synes Kiihn hela tiden ha behandlat Håndl korrekt och Håndl förefaller ha beretts tillfälle att få ge sina synpunkter i den omfattning som skäligen kan dikteras av hövlighetshänsyn kollegor emellan. Håndis känsla av utanförskap torde i allt väsentligt ha samband med att han inte fick gehör för sin uppfattning i målet. Vid bedömandet av frågan om Håndl getts tillräckligt med tid för att kommentera och anföra synpunkter på de olika domsutkasten måste beaktas att Kiihn som ordförande hade ett ansvar för att meddelandet av domen

inte onödigtvis fördröjdes. Härtill kommer att de enligt Republiken väsentliga frågor som först mot slutet fördes in i domsutkasten och som Håndl enligt Republiken inte fått tillräcklig tid för att yttra sig över utgjordes av majoritetens ytterligare rättsliga argument för sin ståndpunkt. Som skiljeman i minoritet hade Håndl emellertid inte längre någon nödvändig roll när det gällde dessa skäl för majoritetens domslut. Hovrätten anser vidare att vissa av de tidsfrister som Håndl begärde framstår som omotiverat långa och att de skäl han därvid anförde för sitt behov av den begärda tiden inte kan anses vara rimliga utan snarare svår-förståeliga. Hovrätten finner således att Håndl fått berättigad tid för att komma med synpunkter på domsutkasten.

Vad Republiken i övrigt anført i denna del, bl.a. att Kuhn försökte förmå Håndl att underteckna antedaterade separata signatursidor redan underskrivna av Kixhn, saknar betydelse och sammantaget finner hovrätten att Republikens påstående att Håndl blivit utesluten från överläggningarna är obestyrkta och närmast saknar grund. Republikens talan kan därför inte vinna bifall på nu behandlad grund.

Underlåtenhet att beakta tillämplig lag

Republiken har gjort gällande att skiljenämnden har underlåtit att tillämpa den lag som skiljenämnden varit skyldig att tillämpa enligt Fördraget, nämligen tjeckisk rätt och folkrätten. Skiljenämnden har i stället grundat domen på allmänna skälighetsbedömningar. Härigenom har skiljenämnden enligt Republiken överskridit sitt uppdrag och i vart fall gjort sig skyldig till allvarliga handläggningsfel, vilka vart och ett och under alla förhållanden sammantagna påverkat utgången i skiljeförfarandet.

Lagen om skiljeförfarande innehåller inte, till skillnad från UNCITRAL:s modellag, någon regel om vilka rättsliga premisser som skiljemän skall avgöra en tvist på. I förarbetena till lagen om skiljeförfarande framhålls att en sådan regel kan undvaras och det uttalas vidare bl.a. följande. I Sverige torde råda enighet om att skiljemännen i första hand skall grunda sin dom på gällande rätt, om inte parterna kan anses ha bestämt något annat. Mot bakgrund av önskemålet om att

inskränka möjligheterna till klander till förmån för en skiljedoms slutlighet talar övervägande skäl för att det inte borde införas någon regel om på vilka rättsliga premisser en tvist skall avgöras. Detta hindrar dock inte att parterna kan träffa avtal om att tvisten skall avgöras enligt ett visst lands lag eller att skiljemännen skall avgöra tvisten efter skälighet. Framgår det att skiljemännen, i strid med en sådan överenskommelse, har tillämpat ett annat lands lag, kan skiljedomen efter talan vid domstol komma att hävas på grund av att skiljemännen överskridit sitt uppdrag. Däremot bör domstolen vid en klandertalan givetvis inte pröva om skiljemännen felaktigt tillämpat den lag som parterna enats om. Det kan ju ändå inte föranleda att skiljedomen hävs (prop. 1998/99:35 s. 123).

En allmän slutsats som kan dras av vad som här anförs i förarbetena är att lagstiftaren önskat minska möjligheterna att klandra en skiljedom på den grunden att skiljemännen tillämpat fel lag. Skiljemännen kan anses ha överskridit sitt uppdrag endast om de i strid med en uttrycklig bestämmelse om att ett visst lands lag skall tillämpas på tvisten tillämpar ett annat lands lag; det måste, enligt hovrättens bedömning, i det närmaste vara fråga om ett medvetet ignorerande av den anvisade lagen. Det är inte ett uppdragsöverskridande om skiljemännen tillämpat den anvisade lagen felaktigt och det kan knappast heller vara fråga om ett uppdragsöverskridande om skiljemännen haft att tolka parternas anvisning om tillämplig lag och de därvid har tolkat anvisningen felaktigt.

Skiljeförfarandet har i enlighet med artikel 8.2 och 8.5 i Fördraget ägt rum inom ramen för UNCITRAL-reglerna. Av artikel 33.1 och 33.2 i UNCITRAL-reglerna följer bl.a. att skiljenämnden skall tillämpa den lag som parterna angett skall tillämpas på tvisten och att nämnden skall grunda sitt beslut på skälighetsbedömningar (besluta som *amiable compositeur* eller *ex aequo et bono*) endast om parterna uttryckligen bemyndigat nämnden att göra detta.

Den aktuella lagvalsklausulen återfinns i artikel 8.6 i Fördraget. Den har följande lydelse:

"The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into

account in particular though not exclusively:

*the law in force of the Contracting Party concerned;
the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements
between the Contracting Parties;
the provisions of special agreements relating to the investment;
the general principles of International law".*

I svensk översättning lyder klausulen:

Skiljenämnden skall besluta på grundval av lagen och i synnerhet ehuru ej utslutande ta hänsyn till

gällande rätt i berörd avtalspart;

- stadgandena i detta avtal och andra relevanta avtal mellan avtalsparterna;
 - stadgandena i särskilda avtal med avseende på investeringen;
- de allmänna principerna i folkrätten.

Första ledet i bestämmelsen att skiljemännen "skall besluta på grundval av lagen" är entydig medan de följande leden ger utrymme för tolkning, något som skiljemännens olika uppfattningar om bestämmelsens rätta innebörd ger belägg för. Skiljemännen har haft att följa lagvalsbestämmelsen och det har därför också ingått i deras uppdrag att tolka bestämmelsen i den del den inte är klar och entydig. Enligt hovrättens mening kan det bli fråga om ett uppdragsöverskridande endast om skiljemännens tolkning av lagvalsklausulen skulle visa sig vara grundlös så att deras bedömning får anses likställd med att de i det närmaste ignorerat en bestämmelse om tillämplig lag.

Allmänna principer för folkrättslig avtalstolkning återfinns i 1969 års Wienkonvention om traktat. Grundregeln i artikel 31.1 är att ett avtal skall tolkas i god tro i enlighet med den normala betydelse som avtalsvillkoren skall ges i avtalet i sitt sammanhang och i ljuset av dess syfte och ändamål. Varje relevant folkrättslig regel som är tillämplig på förhållandet mellan parterna är enligt artikel 31.3 (c) av intresse för skiljenämndens avtalstolkning. Detta överensstämmer i huvudsak med allmänna regler om avtalstolkning.

Ordalydelsen att skiljemännen skall "i synnerhet ehuru ej uteslutande ta hänsyn till" måste tolkas så att skiljemännen kan använda även andra rättskällor än de uppräknade. De fyra rättskällorna är inte numrerade och det är inte heller på annat sätt markerat att gällande rätt i berörd avtalsstat i första hand skall tillämpas och allmänna principer i folkrätten i sista hand. Den onumrerade uppräknningen ger närmast intrycket av att avtalsparterna har överlämnat till skiljemännen att avgöra från fall till fall vilken eller vilka rättskällor som skall tillämpas. Om målet rör ett påstått brott mot investeringsskyddsavtalet kan det ligga nära till hands att folkrätten i första hand bör tillämpas mot bakgrund av investeringsskyddsavtalets syfte att ge skydd till utländska investerare genom att föreskriva normer i enlighet med folkrätten.

I Agreed minutes uttalades angående tolkningen av lagvalsklausulen att skiljenämnden måste *"take into account as far as they are relevant to the dispute the law in force of the Contracting Party concerned and the other sources of law set out in Article 8.6"*. Här bekräftas således den tolkningen som kan göras av ordalydelsen av klausulen, nämligen att det överlämnas åt skiljenämnden att beakta tjeckisk rätt och andra rättskällor i den mån de är relevanta på tvisten.

Hovrätten anser inte att de olika avsnitten i skiljedomen skall granskas för att utröna vilken av de i artikel 8.6 i Fördraget uppräknade rättskällorna skiljenämnden har tillämpat. För bedömningen av om skiljemännen överskridit sitt uppdrag är det, enligt hovrättens uppfattning, tillräckligt att få klarhet i om skiljenämnden tillämpat någon av de i lagvalsklausulen uppräknade rättskällorna eller om den inte har grundat sitt avgörande på någon lag alls utan dömt efter allmän skälighet. De olika avsnitt i skiljedomen som parterna har åberopat i målet till stöd för sin respektive uppfattning om vilken eller vilka rättskällor som tillämpats respektive inte tillämpats och i vilken omfattning så skett ger inte annat vid handen än att skiljenämnden har följt anvisningarna i lagvalsklausulen såsom den måste tolkas, dvs. tillämpat relevanta rättskällor, främst folkrätten, och således inte grundat sitt beslut om att Republiken har brutit mot Fördraget på en allmän skälighetsbedömning, gjord utan stöd i lag. Att varje rättsligt påståen-

de i domen inte direkt härleds med angivande av en rättsregel kan inte anses innebära att nämnden gjort en allmän skälighetsbedömning.

Hovrätten finner således med hänvisning till vad som anförts att skiljenämnden inte överskridit sitt uppdrag genom att inte tillämpa tillämplig lag.

När det gäller frågan om skiljemännen gjort sig skyldig till handläggningsfel genom att inte i vissa delar tillämpa tjeckisk rätt finner hovrätten med hänvisning till vad som ovan anförts att Republiken inte visat fog för sina påståenden att sådana fel förekommit som avses i 34 § första stycket 6 lagen om skiljeförfarande. Inte heller på den nu behandlade grunden kan Republikens talan vinna bifall.

Lis pendens och res judicata

För prövningen av om skiljedomen skall upphävas på grund av påstådd lis pendens och res judicata måste först bedömas om de angivna grunderna över huvud taget kan tillämpas beträffande skiljedomar meddelade av två olika skiljenämnder efter skiljeförfarande enligt UNCITRAL-reglerna under två olika bilaterala investeringsskyddsavtal. I detta hänseende har parterna olika uppfattning. Frågan om lis pendens och res judicata kan tillämpas på en situation som liknar den i målet har såvitt känt inte aktualiserats tidigare. Redan det förhållandet att fråga är om förfaranden som påkallats med stöd av olika investeringsskyddsavtal, vilka ingåtts mellan olika stater, Tjeckien och USA i det ena avtalet och Tjeckien och Nederländerna i det andra, talar mot att dessa rättsliga principer över huvud taget kan bli tillämpliga. Emellertid har det åberopats ett par skiljedomsavgöranden, varav det i vart fall framgår att själva tvisten ansetts vara i praktiken densamma vid skiljeförfaranden som inletts under två olika traktater.

Eftersom det under alla förhållanden inte helt kan uteslutas att principerna om lis pendens och res judicata kan bli tillämpliga i förhållandet mellan två olika internationella skiljeförfaranden, går hovrätten vidare i prövningen.

UNCITRAL-reglerna innehåller ingen bestämmelse till belysning av frågan. Republiken har påstått att tillämpning av engelsk rätt kan bli aktuell. Påståendet har dock inte underbyggts av någon utredning som närmare klargör engelsk rätts ståndpunkt och de rättsutlåtanden som lämnats har inte bidragit till att rättsläget klarnat. Med hänsyn härtill och då frågan om engelsk rätt skall tillämpas i någon utsträckning är oklar bortser hovrätten tills vidare från denna.

Hovrätten konstaterar till en början att enligt svensk rätt är i skiljeförfaranden lis pendens och res judicata s.k. sakprövningshinder som beaktas först efter det att part gjort invändning härom. Eftersom en invändning om lis pendens och res judicata är av dispositiv natur, torde ett eventuellt brott häremot inte kunna strida mot ordre public. Överträdelsen kan på grund härav inte medföra ogiltighet enligt 33 § lagen om skiljeförfarande. Saken är i stället att bedöma som en grund för klander enligt 34 § samma lag (jfr a. prop. s. 236). Av 34 § andra stycket följer att en part inte har rätt att åberopa en omständighet som han genom att delta i skiljeförfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande. Rätten att åberopa omständigheten har alltså i så fall prekluderats. Hovrätten övergår nu till att pröva om så är fallet.

I skiljeförfarandet uttalade Republiken i sitt "Sur-Reply" uttryckligen att den inte stödde sig på doktrinen om lis pendens och res judicata. Uttalandet gjordes i samband med att Republiken hävdade att skiljenämnden skulle förklara att CME:s talan inte var godtagbar och inte borde tas upp till prövning. Republiken åberopade i stället att den - även utöver skiljeförfarandet i London - utsatts för eller berörts av ett stort antal processer från Lauders och CME-bolagens sida och att detta innebar ett slags missbruk av rätten att väcka talan ("abuse of process") i likartade fall.

Republiken avstod alltså uttryckligen från att i skiljeförfarandet göra invändning om lis pendens eller res judicata. Detta talar starkt för att rätten att klandra Stockholmsdomen prekluderats när det gäller påståendet att Stockholmsnämnden förfarit felaktigt genom att inte beakta principerna om lis pendens och res judicata.

Republiken har i förevarande mål emellertid gjort gällande att invändningen under skiljeförfarandet om "abuse of process" är en invändning med en speciell innebörd som också innefattar principerna om lis pendens och res judicata. Genom att åberopa "abuse of process" har Republiken, som den framhållit, ändå inte avstått från invändningen om lis pendens eller res judicata. Republiken har därför ansett sig ha kvar rätten att åberopa förevarande grund i klander målet.

Begreppet "abuse of process" har inte någon direkt motsvarighet i svensk rätt och det har också ifrågasatts om det kan tillämpas vid internationella skiljeförfaranden. Med hänsyn till vad som upplysts i målet framstår det som tveksamt om en invändning härom innefattar en invändning om lis pendens och res judicata eller inte.

Mot bakgrund av det anförda väljer hovrätten av processekonomiska skäl att inte ta definitiv ställning i preklusionsfrågan utan prövar i stället om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda för att lis pendens och res judicata skall anses föreligga. Hovrätten prövar därvid först om identitet kan anses föreligga mellan kändeparterna i de olika skiljeförfarandena, nämligen Lauder och CME.

Det har framkommit i målet att Lauder, en enskild person som är medborgare i USA, har ett innehav om högst 30 procent av aktiekapitalet i CME:s moderbolag och är kontrollerande aktieägare i detta bolag. CME är en juridisk person med säte i Nederländerna. Det har inte ens påståtts att identitet i formell mening skulle föreligga mellan Lauder och CME. Republiken har emellertid gjort gällande att de ändå i praktiken skall anses vara samma part. Med utgångspunkt i att domstolen främst med tanke på målets internationella dimension inte bör anlägga ett alltför snävt synsätt vid bedömningen har Republiken som stöd för sin uppfattning bl.a. hänvisat till principer om s.k. genomsyn, vilket exempelvis kan innebära att aktieägare i vissa fall kan vara att jämställa med aktiebolaget, och till begreppet "privy" i engelsk rätt.

CME har ifrågasatt tillämpningen av engelsk rätt och bestritt att det föreligger en situation där någon form av genomsyn kan tillämpas. CME har bl.a. vidare an-

fört att Lauder inte skulle ha kunnat göra sitt krav gällande under Fördraget ens om han varit medborgare i Nederländerna och att inte heller CME skulle ha kunnat göra sitt krav gällande med åberopande av det mellan USA och Tjeckien gällande investeringsskyddsavtalet ens om bolaget haft säte i USA.

Hovrätten konstaterar att begreppet "privy" och vad det kan antas stå för - begreppets innebörd har inte helt klarlagts - saknar direkt motsvarighet i svensk rätt. Det saknas skäl att beakta detta begrepp vid prövningen.

När det gäller genomsyn har det inte i målet presenterats något internationellt rättsfall som i en aktualiserad situation med lis pendens eller res judicata jämsätter en kontrollerande minoritetsaktieägare med aktiebolaget.

Enligt svensk rätt är en av de grundläggande förutsättningarna för att lis pendens eller res judicata skall föreligga att det är fråga om samma parter i de båda målen. Såvitt känt gäller samma förutsättning enligt andra rättssystem som erkänner ifrågavarande principer. Identitet mellan en minoritetsaktieägare, låt vara en kontrollerande sådan, och själva bolaget kan enligt hovrättens mening i ett fall som detta inte anses föreligga. Denna bedömning gäller även om man skulle tillåta sig en extensiv bedömning av identitetsbegreppet.

Då alltså Lauder och CME inte kan anses vara samma parter brister en av förutsättningarna för att lis pendens och res judicata skall kunna göras gällande. Av det anförda följer att Republikens talan inte kan vinna bifall på den nu behandlade grunden.

Uppdragsöverskridande -joint tortfeasors

Republiken har gjort gällande att skiljenämnden överskridit sitt uppdrag genom att grunda skiljedomen på en tillämpning av begreppet "joint tortfeasors", vilket är en grund som CME inte hade åberopat i skiljeförfarandet och som inte hade omnämnts som någon omständighet eller hade varit föremål för juridisk argumentation av någon av parterna i skiljeförfarandet.

Republiken har hävdad att utan slutsatsen att det förelegat joint tortfeasors skulle utgången i målet med nödvändighet ha blivit en annan. Skiljenämnden hade nämligen varit tvingad att finna ett direkt orsakssamband mellan Zeleznys uppsägning av serviceavtalet, vilken var den direkta orsaken till skadan, och Medierådets agerande 1996 och 1999, vilket nämnden inte kunde. Nämnden introducerade därför joint tortfeasors och fann, utan att detta hade åberopats av parterna, att Republiken och Zelezný var joint tortfeasors. Att skiljenämnden känt sig tvingad att basera domen på "joint torts" stöds också av att detta begrepp introducerades i domen först på ett mycket sent stadium.

CME har invänt i första hand att domen inte har grundats på någon slags ansvarsprincip om joint tortfeasors eller på någon princip avseende solidariskt ansvar vid samordnat agerande mot ett gemensamt mål och att nämnden därmed inte överskridit sitt uppdrag och i andra hand att klandergrunden prekluderats. CME har anfört att domen grundats på att Republiken genom Medierådet har brutit mot investeringsskyddsavtalet och att Republiken genom Medierådet därigenom befunns ha orsakat CME skada.

Republiken har bestritt att klandergrunden prekluderats, eftersom nämndens tillämpning av joint tortfeasors blev känd först sedan domen meddelats.

Hovrättens bedömning

Uttrycket joint tortfeasors återfinns i st 581 i domen i det avsnitt som är rubricerat "Causation of damage by Council's actions and omissions". Avsnittet tar bl.a. upp om Medierådets handlande och underlåtenhet att handla har orsakat skada.

Det kan enligt hovrättens mening inte utläsas av domen annat än att skiljenämnden i enlighet med - som nämnden funnit - folkrättsliga principer, fann att det förelåg en länk mellan Medierådets handlande och underlåtenhet att handla och CME:s skada som, enligt nämndens bedömning av folkrätten, gjorde att det var skäligt att hänföra CME:s skada till Medierådets handlande och underlåtenhet att

handla, se t.ex. st 575 och 584-585 i domen. Skiljenämnden fann alltså att det förelåg ett orsakssamband mellan Medierådets handlande och underlåtenhet och CME:s skada. Skiljenämnden fann vidare att Medierådets handlande och underlåtenhet att handla utgjorde ett brott mot Fördraget och att Republiken till följd av brottet mot Fördraget var förpliktigad att fullt ut gottgöra den skada som orsakats av Medierådets olagliga handlande och underlåtenhet. Enligt hovrätten följer av det sagda att Republikens skadeståndsansvar inte grundades på att Republiken och Zelezný var joint tortfeasors.

Av domen kan inte heller utläsas annat än att nämnden - efter en invändning från Republiken om att ingen skada skulle ha uppstått på CME:s investering om det inte vore för Zeleznýs agerande och att Medierådet och Republiken inte hade något ansvar för vad som hände med CME:s investering - gjort bedömningen att en stat kan hållas fullt ansvarig för skada som ett utländskt investeringsföretag åsamkas, även när staten inte är ensam om att ha orsakat skadan. Av domen framgår vidare att nämnden lagt denna bedömning till grund för sin slutsats att Republiken, oavsett Zeleznýs handlande som medvållande till skadan, var fullt ansvarig i det aktuella fallet.

Med hänvisning till det anförda finner hovrätten det inte visat att skiljenämnden har överskridit sitt uppdrag genom att grunda domen på att det förelåg joint tortfeasors och Republikens talan kan därför inte bifallas på nu behandlad grund. Vid denna bedömning saknas anledning att ta ställning till om klandergrunden skulle vara prekluderad.

Uppdragsöverskridande - beslut rörande skadeståndets bestämmande

Republiken har gjort gällande att skiljenämnden överskridit sitt uppdrag genom att i strid med parternas instruktioner pröva frågor rörande skadeståndets storlek. Till stöd för sin talan i denna del har Republiken bl.a. framhållit att CME:s ursprungliga talan i skiljeförfarandet innefattade hela detta förfarande, inbegripet frågan om skadeståndets storlek baserad bl.a. på principen om "the fair market value". Sedan parterna överenskommit om att begränsa tvisten till att gälla en-

dast frågan om skadeståndsskyldighet förelåg, avsåg talan uteslutande vad som sålunda överenskommits; skadeståndets storlek skulle avgöras i en andra fas i skiljeförfarandet. Efter överenskommelsen argumenterade inte CME vidare utifrån begreppet fair market value och det var under alla förhållanden inte avtalat mellan parterna att beräkningssättet för ett eventuellt skadestånd skulle fastställas i den första fasen av förfarandet. Republiken har i sammanhanget påpekat att Fördraget inte innehåller något om fair market value utan i det används i stället begreppen "just compensation" och "genuine value".

CME har invänt att begreppet fair market value omfattades av såväl dess ursprungliga yrkande som det slutliga yrkande som CME skriftligen framställde under slutförhandlingarna. Klandergrunden har prekluderats genom att Republiken bemötte det slutliga yrkandet beträffande denna fråga utan annan invändning än att CME:s yrkande om ersättning baserad på fair market value skulle ogillas, eftersom CME inte hade någon grund för sin talan. Republiken motsatte sig således inte en prövning av yrkandet på den grunden att yrkandet skulle anses innebära en taleändring eller på någon annan processuell grund.

Hovrättens bedömning

Det har inte visats att Republiken - under påståendet om brott mot mellandomsöverenskommelsen - rest några invändningar mot yrkandet om ersättning enligt fair market value som CME skriftligen framställde under slutförhandlingen i skiljeförfarandet. Om Republiken ansett att yrkandet varit att uppfatta såsom ett nytt yrkande som gick utöver vad som parterna kommit överens om och därmed enligt Republiken skulle utgöra en otillåten taleändring, hade Republiken haft att protestera mot detta.

Av 34 § andra stycket lagen om skiljeförfarande följer, som tidigare anförts, att en part inte har rätt att åberopa en omständighet som han genom att delta i skiljeförfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande. Hovrätten finner att Republikens underlåtenhet att göra invändning mot CME:s yrkande i den vid slutförhandlingen ingivna skrivelsen medför att

Republikens rätt att nu göra gällande att skiljenämnden i denna del överskridit sitt uppdrag är prekluderad. Republikens talan kan alltså inte vinna bifall på nu behandlad grund.

Vid denna bedömning saknar hovrätten anledning att pröva om skiljenämndens bedömning av principen fair market value som grund för bestämmande av skadeståndet rätteligen ingick som en del av skiljemannauppdraget beträffande det första förfarandet eller om nämndens bedömning föregick vad som skulle prövas under det andra skedet av skiljeförfarandet och därigenom skulle kunna anses utgöra ett uppdragsöverskridande.

Uppdragsöverskridande - föregående investerare och tidigare överträdelser

Republiken har gjort gällande att skiljenämnden överskridit sitt uppdrag genom att bestämmelser i Fördraget tillämpats med avseende på påstådda överträdelser som skett då investeringen innehades av en annan investerare än den som förde talan i skiljeförfarandet. Närmare bestämt ger Fördraget enligt Republikens mening endast ett skydd när en investering görs; det skyddar inte en investering mot händelser som inträffat innan investeraren gjort sin investering.

CME har invänt att samtliga CME:s påståenden om överträdelser mot Fördraget omfattades av skiljeavtalet och att skiljemännen därför var behöriga att pröva frågan. I vart fall blev de behöriga genom att frågan fördes in i skiljeförfarandet utan att det från Republikens sida gjordes gällande att frågan inte omfattades av skiljeavtalet. Under alla förhållanden har Republiken enligt CME förlorat rätten att hävda att frågan inte omfattades av skiljeavtalet eller att en prövning av den skulle gå utöver skiljemännens uppdrag. Republiken framställde nämligen i sitt svaromål (Statement of Defence) ingen invändning om att skiljeavtalet inte omfattade tvistefrågan, vilket Republiken enligt artikel 8.5 i Fördraget och artikel 21(3) i UNCITRAL-reglerna varit skyldig att göra. Klandergrunden är prekluderad enligt 34 § andra stycket lagen om skiljeförfarande, eftersom Republiken

utan invändning om att frågan inte omfattades av skiljeavtalet deltagit i förfarandet.

Hovrättens bedömning

1 Av utredningen framgår att Republiken ifrågasatt om CME var behörigt att föra talan med stöd av Fördraget. Varken i sitt svaromål (Statement of Defence) eller i en senare inlägga (Sur-Reply) har Republiken emellertid uttryckligen angett att CME:s krav föll utanför Fördraget och därmed skiljemännens behörighet av det skälet att de påstådda händelserna inträffat innan CME var investerare och kravet inte överlätits på CME.

Det har vidare framkommit att Republiken under slutförhandlingen påtalade att CME framställde krav som grundades på händelser som inträffat innan CME gjort sin investering. Sedan CME ifrågasatt om Republiken härigenom gjort en behörighetsinvändning svarade Republiken att det inte var fråga om en sådan invändning utan endast om en invändning i sak. Republiken anförde efter slutförhandlingen skriftligen att CME endast hade rätt att göra krav gällande som grundades på överträdelser som inträffat efter maj 1997 och hänvisade till att anspråk som grundades på omständigheter som inträffat före maj 1997 inte omfattades av skiljeavtalet. Republiken anförde samtidigt att detta inte var någon invändning om skiljenämndens behörighet utan att den var hänförlig till Republikens försvar i sak.

Hovrätten konstaterar mot bakgrund av det anförda att Republiken, såsom dess uttalanden under skiljeförfarandet måste förstås, uttryckligen har avstått från att göra invändningen gällande som en behörighetsinvändning. Frågan är då om klandergrunden är prekluderad. Republiken har hävdade att, då Fördraget inte omfattar krav som hänförs till den tid då man inte är investerare, det inte skulle vara möjligt för parterna i skiljeförfarandet att avstå från att göra gällande en behörighetsinvändning av detta slag. Fördraget har nämligen ingåtts mellan två suveräna stater, varför parterna inte har någon möjlighet att genom ett avstående av nu aktuellt slag utvidga skiljeavtalets omfattning.

I Fördraget hänvisas till UNCITRAL-reglerna, vilka inklusive preklusionsbestämmelsen i artikel 21(3) alltså omfattas av partsviljan hos de fördragslutande staterna. Enligt hovrättens mening är det med hänsyn härtill knappast oförenligt med suveränitetsaspekten att part uttryckligen skulle kunna avstå från att göra en behörighetsinvändning gällande. Hovrätten finner därför inte att Republiken visat fog för påståendet att ett avstående inte kan beaktas.

Mot bakgrund av det anförda och i enlighet med vad som anförts i samband med att övriga klandergrunder bedömts får Republiken i förevarande sammanhang anses ha avstått från att göra gällande att skiljemännen skulle överskrida sitt uppdrag genom att tillämpa Fördraget med avseende på påstådda överträdelser som skett då investeringen innehades av en annan investerare än CME. Denna bedömning leder till att klandergrunden med stöd av 34 § andra stycket lagen om skiljeförfarande är prekluderad. Republikens talan kan alltså inte bifallas på nu behandlad grund.

Oavsett denna bedömning i preklusionsfrågan kan hovrätten inte underlåta att påpeka att de bedömningar som skiljenämnden gjort, såvitt nu är i fråga, torde vara av materiell natur och till följd härav inte angripbara genom klandertalan.

Ogiltighet i övrigt

Republiken har även gjort gällande att Stockholmsdomen och det sätt på vilket den har tillkommit uppenbart inte går att förena med grunderna för rättsordningen i Sverige. Vidare utgör enligt Republiken envar av grunderna rörande uteslutandet av en skiljeman från överläggningarna och avsaknaden av behörighet för Stockholmsnämnden till följd av lis pendens och res judicata, men också de olika av Republiken åberopade grunderna tillsammans, så allvarliga fel att de omfattas av 33 § lagen om skiljeförfarande.

Hovrätten finner inte att Republiken visat fog för att skiljedomen eller det sätt på vilket den tillkommit skulle strida mot ordre public och därmed vara ogiltig på den här anförda grunden. Republikens talan kan alltså inte heller här vinna bifall.

Rättegångskostnader

Vid angiven utgång i målet har Republiken att ersätta CME för rättegångskostnader.

CME har yrkat ersättning för rättegångskostnader med 38 miljoner kr, varav 30,3 miljoner kr avser ombudsarvode och 7,7 miljoner kr utlägg. Republiken har vitsordat ett belopp om 34 miljoner kr som skäligt i sig, vilket motsvarar det belopp som Republiken har yrkat som ersättning för sina rättegångskostnader.

Av 18 kap. 8 § rättegångsbalken följer att ersättning för rättegångskostnad skall fullt motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande jämte arvode till ombud eller biträde, såvitt kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt.

Ingendera parten har lämnat specificerade uppgifter avseende sitt yrkande i denna del; båda parter har muntligen angett sina kostnadsanspråk endast uppdelade på ombudsarvode och utlägg. Hovrätten kan inte finna att CME visat att ett belopp utöver vad Republiken vitsordat är skäligt. Hovrätten finner därför att CME får anses skäligen tillgodosett med 34 miljoner kr utan att beloppet delas upp mellan arvode och utlägg.

Hovrättens dom får inte överklagas

Enligt 43 § andra stycket lagen om skiljeförfarande får hovrättens avgörande avseende talan mot en skiljedom enligt 33 och 34 §§ samma lag inte överklagas. Hovrätten får dock, enligt samma stycke, tillåta att avgörandet överklagas, om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av

Högsta domstolen. Med de bedömningar hovrätten redovisat i domen finner hovrätten att det inte föreligger skäl att tillåta att avgörandet överklagas.

Ulla Erlandsson

Per Eklund Måns Edling

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Ulla Erlandsson samt hovrättsråden Per Eklund och Måns Edling, referent. Enhälligt.