



SVEA HOVRÄTT  
Avdelning 02  
Rotel 020103

**DOM**  
2019-11-27  
Stockholm

Mål nr  
T 10191-17

## **PARTER**

### **Kärande**

Public Joint Stock Company Gazprom  
Nametkina ulitsa 16  
Moskva, GSP-7, 117997  
Ryssland

### **Ombud**

Advokaterna Johan Sidklev och Shirin Saif  
Roschier Advokatbyrå AB  
Box 7358  
103 90 Stockholm

### **Svarande**

National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine  
Bohdana Khmel'nitskogo ulitsa 6  
01001 Kiev  
Ukraina

### **Ombud**

1. Advokaterna Björn Tude och Marcus Johansson  
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB  
Box 5747  
114 87 Stockholm

2. Advokaterna Dag Mjaaland och Aadne Martin Haga  
Wikborg Rein Advokatfirma AS  
Postboks 1513 Vika  
0117 Oslo  
Norge

## **SAKEN**

Klander av skiljedom meddelad i Stockholm den 31 maj 2017 och rättad  
den 9 augusti 2017

---

Hovrättens domslut, se nästa sida.

Dok.Id 1530164

---

**Postadress**  
Box 2290  
103 17 Stockholm

**Besöksadress**  
Birger Jarls Torg 16

**Telefon**  
08-561 670 00  
08-561 675 00

**E-post:** svea.hovratt@dom.se  
www.svea.se

**Telefax**

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
09:00–16:30

**HOVRÄTTENS DOMSLUT**

1. Hovrätten avslår Public Joint Stock Company Gazproms talan.
  2. Public Joint Stock Company Gazprom ska ersätta National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine för dess rättegångskostnad med 1 021 774,26 euro och 1 650 000 hryvnia, varav 1 000 000 euro avser ombudsarvode, samt betala ränta enligt 6 § räntelagen på de två förstnämnda beloppen från dagen för hovrättens dom till dess betalning sker.
  3. Hovrätten avslår Public Joint Stock Company Gazproms yrkande om ersättning för rättegångskostnad.
  4. Hovrätten avslår Public Joint Stock Company Gazproms begäran om sekretess.
-

## INNEHÅLL

<b>BAKGRUND</b> .....	<b>4</b>
Parterna.....	4
Parternas avtal.....	4
Skiljeförfarandet .....	5
<b>YRKANDEN I HOVRÄTTEN</b> .....	<b>8</b>
<b>GRUNDER M.M.</b> .....	<b>8</b>
Gazprom .....	8
Klandergrund 1: Skiljenämnden har gått utanför processramen .....	8
Klandergrund 2: Skiljenämnden har brustit i sin materiella processledning .....	13
Klandergrund 3: Skiljenämnden har underlåtit att ange fullständiga domskäl ....	15
Naftogaz .....	17
Klandergrund 1 .....	17
Klandergrund 2 .....	22
Klandergrund 3 .....	23
<b>UTREDNINGEN</b> .....	<b>27</b>
<b>HOVRÄTTENS DOMSKÄL</b> .....	<b>27</b>
Utgångspunkter för prövningen.....	27
Påståendet om överträdelse av processramen (klandergrund 1).....	28
Påståendet om bristande materiell processledning (klandergrund 2) .....	32
Påståendet om underlåtenhet att ange fullständiga domskäl (klandergrund 3) .....	34
Sammanfattande bedömning .....	35
Rättegångskostnader .....	35
Sekreteress.....	38
Överklagande.....	40

## BAKGRUND

### Parterna

Public Joint Stock Company Gazprom (Gazprom) är ett globalt energibolag som bedriver bl.a. geologisk prospektering, produktion, transport, lagring, bearbetning och försäljning av gas, gaskondensat och olja. Bolaget bildades år 1989 som en del av de ekonomiska reformerna i dåvarande Sovjetunionen av vad som då benämndes ministeriet för gasindustrin. År 1994 påbörjades en privatiseringsprocess av bolaget. För närvarande ägs drygt 50 procent av bolaget direkt eller indirekt av den ryska staten.

National Joint Stock Company Naftogaz of Ukraine (Naftogaz) är ett olje- och gasbolag som är helägt av den ukrainska staten. Bolaget grundades år 1998 och beviljades då äganderätt och kontroll över olje- och gastillgångar i Ukraina. Bolagets verksamhet omfattar gasfältsprospektering samt utveckling, produktion, transport, lagring och leverans av gas till slutkonsumenter.

### Parternas avtal

Gazprom och Naftogaz ingick den 19 januari 2009 ett leveransavtal avseende naturgas benämnt Contract No. KP for the purchase and sale of natural gas for the period 2009–2019 (Avtalet).

Två bestämmelser i Avtalet som är centrala för detta mål är §§ 2.2 (kontraktsvolymsklausulen) och 2.2.5 (take or pay-klausulen eller den årliga minimivolymen).

§ 2.2 hade följande innehåll.

2.2. [Gazprom] undertakes to deliver, and [Naftogaz] undertakes to accept, within the period from 1 January 2009 to 31 December 2019, 40 billion cubic meters of the Natural gas, DAF the border of the Russian Federation and Ukraine and/or the border of the Republic of Belarus and Ukraine (Incoterms 2000), at the Delivery Points in 2009, and from 2010 52 billion cubic meters of the Natural gas per year (the "Annual Contract Volume" or "ACV") and pay for all the Gas delivered in accordance with the terms and conditions hereof.

Take or pay-klausuler är vanliga i långvariga gasleveransavtal och ger köparen en skyldighet att avropa och betala för eller enbart betala för en viss volym gas varje år. Enligt § 2.2.5 utgjorde den volym gas som Naftogaz alltid behövde betala för, 80 procent av den totala årliga kontraktsvolymen.

§ 2.2.5 hade följande innehåll.

2.2.5 Within each Year of Delivery [Naftogaz] is obliged to offtake and pay for, or pay for, if the volume was made available by [Gazprom] but not off-taken by [Naftogaz], not less than the following Minimum Annual Volume (the "MAV") of the Natural gas:  
MAV = 0,8 x ACV.

Vidare innehåller Avtalet en skiljeklausul som föreskriver bl.a. att tvister som uppstår i anledning av Avtalet ska slutligt avgöras genom skiljedom enligt Skiljedomsregler för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (SCC-reglerna). Vidare har det angetts att sätet för skiljeförfarandet är Stockholm och att svensk rätt ska tillämpas.

### **Skiljeförfarandet**

Twist uppstod mellan parterna i anledning av Avtalet. Parterna påkallade skiljeförfarande mot varandra och käromålen kom att handläggas inom ramen för ett och samma skiljeförfarande (SCC mål V 2014/078/80). Skiljenämnden bestod av tre skiljemän: advokaten Jens Rostock-Jensen (utsedd av Naftogaz), f.d. justitierådet Johan Munck (utsedd av Gazprom) och ordföranden advokaten Tore Wiwen-Nilsson (utsedd av SCC).

I skiljeförfarandet yrkade Gazprom bl.a. att Naftogaz skulle förpliktas att betala ersättning enligt take or pay-klausulen i Avtalet. Naftogaz bestred yrkandet. Såvitt avser §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet yrkade Naftogaz enligt följande.

6.1) In relation to Articles 2.2 and 2.2.5, based on competition law or contract law

a) Declaring that with effect from 19 January 2009, or alternatively the earliest following date as determined by the Arbitral Tribunal, Article 2.2 is invalid or ineffective;

b) Declaring that with effect from the date of the award, Article 2.2 is replaced with a new provision which reads:

*“2.2. The Seller undertakes to deliver and the Buyer undertakes to accept the Natural Gas during the period until '31' December 2019 on DAF conditions at the border of the Russian Federation/Ukraine and/or border the Republic of Belarus/Ukraine ('Incoterms-2000') at the Points of Delivery in the quantity of 14.5 billion cub. m. per year (the 'Annual Contract Quantity' or 'ACQ') and pay for all the delivered Gas in accordance with the terms and conditions hereof;”*

c) Declaring that with effect from 19 January 2009, or alternatively the earliest following date as determined by the Arbitral Tribunal, Article 2.2.5 is invalid or ineffective; and

d) Subject to the Tribunal awarding any of the reliefs in 1.1) to and including 1.4.2), declaring that with effect from the date of the award, Article 2.2.5 is replaced with a new provision which reads:

*“2.2.5. During each Delivery Year, the Buyer shall take off and pay for, or only pay for, if the quantity was delivered by the Seller but not offtaken by the Buyer, at least the following Minimum Annual Quantity (the 'MAQ') of the Natural Gas:*

$$MAQ = 0.8 \times ACQ - D,$$

*Where D= the total sum of all quantities not made available for any reason by the Seller, and of all quantities not taken by the Buyer due to Force Majeure and/or agreed repair works in the Delivery Year.*

*The MAQ shall be paid for at a price equal to the arithmetic average of the factual prices 'Px' calculated according to Article 4 of this Contract and applicable in the relevant Delivery Year.*

*A quantity the Buyer has paid for but not taken pursuant to this Article 2.2.5 can be offtaken free of charge (made up) by the Buyer in the following Delivery Years, provided that the Buyer has offtaken the MAQ in the relevant Delivery Year. The first quantities to be made up are the quantities not offtaken in the Delivery Year which is furthest in time from the make-up year.”*

Gazprom bestred Naftogaz yrkande 6.1 a)–d). Vidare framställde Gazprom ett alternativt yrkande enligt följande.

Further, to the extent that Naftogaz were to succeed in any of its claims to invalidate any of the provisions of The Contract, Gazprom also makes a claim to limit the effects of any such invalidity as follows:

Gazprom requests that the Tribunal limits the effects of any invalidity as far as possible.

Den 8 maj 2017 beslutade skiljenämnden att meddela en särskild skiljedom i skiljeförfarandet (den Särskilda Skiljedomen) enligt följande.

The Tribunal has considered the possibility and advantages of a Separate Award in accordance with Article 38 of the Arbitration Rules (cf. Section 29 of the Swedish Arbitration Act). This question has arisen as the result of an invitation from Gazprom, with which Naftogaz concurred, that the Tribunal, if it considers it appropriate, could seek the assistance of the Parties (and in particular their experts) in making calculations in relation to the Parties' respective claims, and that such calculations could be made and scrutinised for accuracy by both Parties' experts, based on parameters or scenarios selected and defined by the Tribunal.

To that end the Chairperson has had a telephone conference with Counsel of the Parties on 21 March 2017, and, in subsequent emails, the Tribunal has answered requests for clarifications made by the

Parties. In such emails, Naftogaz has expressed its acceptance that a separate award be rendered, whereas Gazprom has expressed reservations.

In view of the above and of the advantages for the Parties of having as early as possible resolved the fundamental differences between them and of the enhanced reassurance that the numeric and quantifiable elements of the reliefs sought be correct, and, further, on the basis that the Tribunal has found that it has received from the Parties enough submissions on facts and law to render a Separate Award,

The Tribunal *decides* to render a Separate Award disposing of the issues of fact and law required to decide as regards the issues of principle:

- (i) Whether there is there [sic] a right to price revision;
- (ii) Whether there is a right to price determination;
- (iii) Whether Gazprom has a right to take or pay payments;
- (iv) What the price will be for off-taken gas but not paid for;
- (v) Whether one or more contractual provisions shall be declared void or ineffective.

The Tribunal intends to have resolved all relevant legal and factual issues for answering these questions, and to have responded to all relevant declaratory requests regarding these issues, except as to certain elements and/or values of a numeric or quantifiable nature. All remaining issues, and any resulting monetary claims, will be left to be resolved in the Final Award, either based on an agreement by the Parties with the support of their experts, or on determinations by the Tribunal after further submissions by the Parties.

Den 31 maj 2017 meddelade skiljenämnden den Särskilda Skiljedomen. Skiljedomen rättades den 9 augusti 2017. Såvitt avser §§ 2.2 och 2.2.5 löd domslutet som följer:

For the Reasons set out above in this Award, the Tribunal decides as follows:  
TO DECLARE

[...]

(4) That Articles 2.2. (“Volumes”) and 2.2.5. (“Take or Pay”) of the Contract are invalid as from 19 January 2009 and until the date of the Final Award;

(5) That from the date of the Final Award, in Article 2.2. (“Volumes”) of the Contract the Annual Contract Quantity (“ACQ”) shall be based on fifty per cent (50%) of Naftogaz’ estimated annual actual needs for each year of the remaining term of the Contract from the date of the Final Award, where the actual needs of Naftogaz shall be understood to mean the total volume of gas that Naftogaz requires to import for supply to its customers in Ukraine, including fuel gas; where Article 2.2.5. (MAQ) shall be based on eighty per cent (80%) of ACQ and where Article 2.2.5. shall include a make-up gas provision; the details of the Volume and the Take or Pay provisions to be determined by the Parties in agreement, or, failing such agreement, decided by the Tribunal after further proceedings in the Arbitration.

Den 22 december 2017 meddelade skiljenämnden en slutlig skiljedom i skiljeförfarandet (den Slutliga Skiljedomen). Den Slutliga Skiljedomen är föremål för en talan i Svea hovrätt om ogiltighet och klander (mål nr T 2826-18).

## YRKANDEN I HOVRÄTTEN

Gazprom har yrkat i första hand att hovrätten ska upphäva punkterna 4 och 5 i domslutet i den Särskilda Skiljedomen. Gazprom har i andra hand yrkat att hovrätten ska upphäva punkten 4 i domslutet i den Särskilda Skiljedomen.

Naftogaz har motsatt sig yrkandena.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

## GRUNDER M.M.

### Gazprom

*Klandergrund 1: Skiljenämnden har gått utanför processramen*

I skiljeförfarandet yrkade Naftogaz att § 2.2 i Avtalet skulle förklaras ogiltig eller utan verkan såvitt avser tiden före den Slutliga Skiljedomens meddelande. Naftogaz yrkade också att § 2.2 i Avtalet, såvitt avser tiden efter den Slutliga Skiljedomens meddelande, skulle förklaras ha ett innehåll som innebar att den årliga kontraktsvolymen skulle uppgå till 14,5 miljarder kubikmeter gas.

Vidare yrkade Naftogaz att § 2.2.5 i Avtalet skulle förklaras ogiltig eller utan verkan avseende tiden före den Slutliga Skiljedomens meddelande. Naftogaz yrkade också att § 2.2.5 i Avtalet, såvitt avser tiden efter den Slutliga Skiljedomens meddelande, skulle förklaras ha ett innehåll som innebar att den årliga minsta volym som Naftogaz skulle behöva avropa skulle bestämmas på ett liknande sätt som tidigare – dvs. 80 procent av den årliga kontraktsvolymen – men med den skillnaden att viss avräkning skulle ske för gas som inte gjordes tillgänglig eller som inte kunde avropas på grund av force majeure. Naftogaz skulle även ha en möjlighet att kostnadsfritt avropa den gas som det föregående år betalats för men som det inte tagit.



Naftogaz yrkande avseende § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet, benämndes i skiljeförfarandet som yrkande 6.1. Punkterna a)–d) i yrkande 6.1 var inte olika yrkanden utan utgjorde olika delar av ett och samma yrkande. Det var exempelvis aldrig fråga om att skiljenämnden först skulle kunna bifalla 6.1 a) och därefter inte ta ställning till 6.1 b). Punkten b) i yrkandet sätter en tidsgräns för ogiltigförklarandet (ogiltigförklarandet sker genom punkten a)) då punkten b) innebar att klausul 2.2 i Avtalet, från datumet för slutlig skiljedom, skulle innefatta en årlig kontraktsvolym om 14,5 miljarder kubikmeter gas. Inte någonstans framgår att punkten b) på något sätt framförs i andra hand eller som ett alternativ till punkten a). I vart fall var punkterna i yrkandet kumulativa.

När det gäller tiden efter den Slutliga Skiljedomens meddelande innebar Naftogaz yrkande 6.1 att de två klausulerna § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet skulle ersättas med klausuler som angav en avsevärt lägre årlig kontraktsvolym och en påstått skälig Take-or-Pay-klausul (dvs. minimivolymståtagandet).

Naftogaz yrkade att den årliga kontraktsvolymen skulle bestämmas till 14,5 miljarder kubikmeter gas och att Naftogaz minimivolymståtagande enligt § 2.2.5 i Avtalet skulle vara 80 procent av detta, vilket uträknat blir 11,6 miljarder kubikmeter gas.

Naftogaz yrkade att skiljenämnden skulle grunda sitt beslut på konkurrensrätt eller kontraktsrätt. Naftogaz var tydligt med att skiljenämnden inte hade någon möjlighet att avvika från utformningen av Naftogaz fastställelseyrkande avseende de två klausulerna.

Gazprom upplyste Naftogaz om att det var på detta sätt man hade uppfattat bolagets yrkande och Naftogaz gjorde inte gällande att Gazprom hade missuppfattat yrkandet.

Gazproms inställning var i första hand att § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet skulle bestå, dvs. att den årliga kontraktsvolymen fortsatt skulle vara 52 miljarder kubikmeter gas och att minimivolymståtagandet för varje år alltså skulle vara 80 procent av detta. I andra hand gjorde Gazprom gällande att klausulerna skulle justeras så lite som möjligt.

Följaktligen hade skiljenämnden att bestämma den årliga kontraktsvolymen (dvs. § 2.2) till en nivå mellan parternas yrkanden, dvs. ingen justering alls i enlighet med Gazproms inställning och 14,5 miljarder kubikmeter i enlighet med Naftogaz yrkande.

Processramen var alltså 14,5–52 miljarder kubikmeter gas för den årliga kontraktsvolymen och följaktligen 11,6–41,6 miljarder kubikmeter gas per år för minimivolymståtagandet (eftersom detta skulle vara 80 procent av den årliga kontraktsvolymen).

Skiljenämnden gick dock utanför parternas yrkanden och åberopade omständigheter. Skiljenämnden fastställde genom den Särskilda Skiljedomen såvitt avser § 2.2 och § 2.2.5 att den årliga kontraktsvolymen för varje år av återstoden av Avtalets löptid skulle bestämmas enligt en formel som ingen av parterna hade begärt, nämligen 50 procent av Naftogaz estimerade årliga faktiska behov ("estimated annual actual needs") av import av gas för leverans till ukrainska kunder, inklusive bränslegas. Den mängd gas som Naftogaz årligen minst skulle behöva avropa och betala för, eller endast betala för (dvs. minimivolymståtagandet), under Avtalet skulle utgöra 80 procent av denna mängd.

Skiljenämnden förklarade alltså att den årliga kontraktsvolymen skulle vara 50 procent av Naftogaz estimerade årliga faktiska behov för varje år av återstoden av Avtalets löptid. Detta hade ingen av parterna yrkat. Formeln kom som en överraskning för både Gazprom och Naftogaz.

Den formel som Skiljenämnden fastställde i den Särskilda Skiljedomen innebar både ett kvantitativt och kvalitativt uppdragsöverskridande.

Det kvantitativa överskridandet består i att skiljenämndens formel resulterade i en årlig kontraktsvolym, och således också ett minimivolymståtagande, som underskred den volym som följde av Naftogaz yrkande och Gazproms inställning, dvs. att Naftogaz estimerade årliga faktiska behov var lägre än vad Naftogaz självt hade yrkat.

Det kvalitativa överskridandet består i att skiljenämnden på eget initiativ formulerade en formel – trots att ingen av parterna yrkade eller åberopade detta.

Att kontraktsvolymen skulle baseras på Naftogaz estimerade årliga faktiska behov av import av gas för varje år av återstoden av Avtalets löptid, var en omständighet som ingen av parterna hade yrkat, åberopat, argumenterat för eller ens diskuterat i skiljeförfarandet. Det hade således inte åberopats några omständigheter eller någon bevisning emot eller till stöd för lämpligheten att utgå från Naftogaz estimerade årliga faktiska behov vid bestämmande av den årliga kontraktsvolymen för varje år av återstoden av Avtalets löptid.

För att skiljenämndens formel skulle kunna ge en årlig kontraktsenlig volym om 14,5 miljarder kubikmeter (dvs. i enlighet med Naftogaz yrkande) skulle Naftogaz import behöva vara lika med eller större än 29 miljarder kubikmeter. Naftogaz import av gas till Ukraina har dock varit lägre än 29 miljarder kubikmeter varje år sedan 2012. Detta var Naftogaz medvetet om, men valde trots det inte att justera sina yrkanden förrän efter meddelandet av den Särskilda Skiljedomen – utan fullföljde sitt yrkande 6.1 om en årlig kontraktsvolym på 14,5 miljarder kubikmeter gas per år. Detta trots att Naftogaz justerade sitt yrkande 6.1 i andra avseenden innan meddelandet av den Särskilda Skiljedomen. Skiljenämnden beslutade alltså att Naftogaz faktiska behov skulle estimeras, samt att estimeringen skulle göras för andra årtal än de Naftogaz åberopat (dvs. 2012–2013).

Punkten 5 i domslutet i den Särskilda Skiljedomen går utöver vad parterna yrkade och åberopade. Både punkten 4 och punkten 5 i domslutet är funktioner av parternas yrkanden i denna del av skiljeförfarandet. Parternas yrkanden avseende § 2.2 och § 2.2.5 utgjorde således processram för besluten i punkterna 4 och 5 i domslutet. Skiljenämndens klandergrundande fel har således träffat både punkten 4 och punkten 5. I vart fall finns det ett sådant samband mellan besluten i punkterna 4 och 5 att det vore olämpligt att inte upphäva båda punkterna.

Det är inte möjligt att endast upphäva den del av beslutet i punkten 5 som avser § 2.2 i Avtalet. § 2.2 och § 2.2.5 har ett sådant samband med varandra att detta inte är möjligt.

Skiljenämnden har gått utanför den processram som parternas yrkanden och åberopade omständigheter utgjort. Skiljenämnden har därmed överskridit sitt uppdrag (34 §, 1 st., 2 p., LSF), alternativt har skiljenämndens agerande utgjort ett handlägningsfel (34 § 1 st., 6 p., LSF).

Handlägningsfelet har skett utan Gazproms vållande och har, i vart fall sannolikt, inverkat på utgången eftersom beslutet innebär ett frångående från processramen.

Frågan om handlägningsfelet har inverkat på utgången ska göras i förhållande till den Särskilda Skiljedomen. Processramen inför den Slutliga Skiljedomen hade inte varit densamma utan uppdragsöverskridandet eller handlägningsfelet. Det faktum att parterna justerade sina yrkanden efter den Särskilda Skiljedomen berodde på att skiljenämnden fattat klandergrundande beslut i den Särskilda Skiljedomen. Parterna skulle inte justerat sina yrkanden om skiljenämnden hade hållit sig inom de ramar som uppställt av parternas respektive yrkanden och inställningar samt åberopade omständigheter.

Efter den Särskilda Skiljedomen meddelats var skiljenämnden bunden av att utgå från den i den Särskilda Skiljedomen fastställda formeln vid kvantifieringen av den årliga kontraktsvolymen för varje år av återstoden av Avtalets löptid. Före meddelandet av den Särskilda Skiljedomen hade ingen av parterna överhuvudtaget fört någon talan angående Naftogaz estimerade årliga faktiska behov för kommande år (och det fanns inte heller någon anledning för parterna att göra detta). Domslutet i den Särskilda Skiljedomen påverkade således direkt parterna till att justera yrkanden respektive inställning så att de överensstämde med den formel som skiljenämnden hade beslutat om.

Gazprom har inte förlorat rätten att göra de klandergrundande felen gällande. Efter meddelandet av den Särskilda Skiljedomen protesterade Gazprom tydligt mot skiljenämndens beslut och förbehöll sig rätten att klandra skiljedomen. Gazprom anförde i yttranden efter den Särskilda Skiljedomen bl.a. följande:

This Submission to the Tribunal, including the proposed contractual wording and calculations set out herein, is made without prejudice to Gazprom's position as set out in all pleadings submitted prior to the issue of the Separate Award.

For the avoidance of doubt, Gazprom reserves all its rights to challenge the Separate Award and any final or other award issued by the Tribunal. Neither this Submission, Gazprom's participation in without prejudice negotiations with Naftogaz regarding the outstanding issues from the Separate Award, nor Gazprom's participation in this final stage of the proceedings arising further to the issue of the Separate Award, should be taken as a waiver of Gazprom's rights to challenge either the Separate Award or any final or other award issued by the Tribunal in these proceedings.

Gazprom justerade sina yrkanden efter den Särskilda Skiljedomen eftersom beslutet i punkten 5 i domslutet omkullkastade parternas tidigare yrkanden. Detta var också skälet till att Naftogaz justerade sitt yrkande.

Orsaken till att Gazprom inte yrkade avvisning av Naftogaz justerade yrkanden avseende § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet var att skiljenämnden var bunden av vad som beslutats i den Särskilda Skiljedomen. Gazprom hade reserverat sig mot den Särskilda Skiljedomen och förbehållit sig rätten att klandra denna i rätt forum. Därefter deltog Gazprom lojalt i skiljeförfarandet. Det enda Gazprom kunde göra för att ändra punkterna 4 och 5 i den Särskilda Skiljedomen var att klandra dessa i allmän domstol.

Handläggningsfelet har inte bara inverkat på beslutet i punkten 5 i den Särskilda Skiljedomens domslut. Klandergrunden har träffat både punkten 4 och punkten 5 i den Särskilda Skiljedomens domslut. Skälen för detta är att både punkten 4 och punkten 5 dömer över samma yrkande, både punkten 4 och punkten 5 bygger på samma bedömning i domskälen samt att både punkten 4 och punkten 5 avser samma klausuler i Avtalet. I vart fall finns det ett sådant samband mellan besluten i punkterna 4 och 5 att det vore olämpligt att inte upphäva båda punkterna.

*Klandergrund 2: Skiljenämnden har brustit i sin materiella processledning*

Ingen av parterna hade yrkat eller åberopat den formel skiljenämnden fastslog för bestämmande av den årliga kontraktsvolymen, dvs. att den årliga kontraktsvolymen skulle fastställas till 50 procent av Naftogaz estimerade årliga faktiska behov.

I skiljeförfarandet yrkade Naftogaz att skiljenämnden skulle fastställa den årliga kontraktsvolymen till en specifik volym, nämligen 14,5 miljarder kubikmeter. Naftogaz hade baserat yrkandet på antagandet att den årliga kontraktsvolymen inte fick överstiga 50 procent av Naftogaz historiska importbehov åren 2012–2013 (med andra ord  $29 / 2 = 14,5$  miljarder kubikmeter gas). Den enda gång som Naftogaz förklarade yrkandet var i bolagets ”Statement of Claim”. Därefter berörde Naftogaz överhuvudtaget inte hur beräkningen av den årliga kontraktsvolymen som Naftogaz yrkade skulle gå till. Naftogaz gjorde aldrig gällande att skiljenämnden skulle fastställa en beräkningsmetod baserad på Naftogaz estimerade årliga faktiska behov eller fastställa volymen i enlighet med en sådan metod. Naftogaz hade själv beräknat och sedan yrkat vad bolaget ansåg vara en skälig årlig kontraktsvolym och till vilken procent av detta som det årliga minimivolymståtagandet skulle uppgå.

Oavsett om skiljenämnden har gått utanför den processram som parternas yrkanden och åberopade omständigheter utgjort, borde skiljenämnden ha upplyst parterna om att den avsåg att fastställa en formel för bestämmande av den årliga kontraktsvolymen i Avtalet som ingen av parterna hade yrkat. I så fall hade Gazprom kunnat argumentera för varför den inte är lämplig, vilket Gazprom nu inte fick möjligheten att göra. I stället kom formeln som en överraskning för både Gazprom och Naftogaz.

Skiljenämnden har därmed brustit i sin materiella processledning vilket berövat Gazprom möjligheten att på ett adekvat sätt utföra sin talan. Skiljenämnden har därmed överskridit sitt uppdrag (34 §, 1 st., 2 p., LSF) alternativt begått ett handläggningsfel (34 §, 1 st., 6 p., LSF).

Handläggningsfelet har skett utan Gazproms vållande och har, i vart fall sannolikt, inverkat på utgången. Frågan om handläggningsfelet har inverkat på utgången ska göras i förhållande till den Särskilda Skiljedomen.

Gazprom har inte förlorat rätten att göra det klandergrundande felet gällande. Gazprom åberopar i denna del samma omständigheter som åberopats under klandergrund 1.

Därtill har Gazprom inte förlorat rätten att göra felet gällande på grund av skiljenämndens uttalanden under förhandlingen i skiljeförfarandet att materiell processledning inte kunde förväntas av parterna. Det fanns ingen anledning för Gazprom att protestera mot skiljenämndens uttalande då det inte utgjorde ett handläggningsbeslut.

*Klandergrund 3: Skiljenämnden har underlåtit att ange fullständiga domskäl*

Klausulerna § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet reglerar den årliga kontraktsvolymen av gas som Gazprom måste leverera till Naftogaz och som Naftogaz måste acceptera och den minsta volym av gas som Naftogaz årligen måste avropa och/eller betala för (dvs. minimivolymstågandet). Bestämmelserna hade betydelse både för Naftogaz käromål och för Gazproms genkäromål i skiljeförfarandet.

När det gäller Naftogaz käromål beträffande § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet var Gazproms inställning i första hand att § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet skulle bestå i deras ursprungliga lydelse. I andra hand gjorde Gazprom gällande att klausulerna skulle justeras så lite som möjligt. Gazprom hade samma inställning såvitt avsåg tiden före som efter den Slutliga Skiljedomens meddelande.

När det gäller Gazproms genkäromål yrkade bolaget för egen del bl.a. att Naftogaz skulle förpliktas att betala för gas i enlighet med Take-or-Pay-klausulen (§ 2.2.5 i Avtalet) (Gazproms Yrkande 1). Gazproms fullgörelseykrande i denna del utgjorde merparten av Gazproms genkäromål.

Gazprom framställde också ett alternativt yrkande (Yrkande 2) för det fall Naftogaz skulle vinna framgång med sitt yrkande om ogiltigförklaring av § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet avseende tiden före meddelandet av skiljedom. Gazprom förtydligade yrkandet på följande sätt.

If, however, the Tribunal were to find that (contrary to Gazprom's position) certain provisions of Contract KP were, or should be declared to be, invalid or ineffective, Gazprom asks that the Tribunal should not reject the Take or Pay Claims, but should limit the effects of any alleged invalidity so far as possible. This request is made both as an alternative position in response to Naftogaz's defence, and as a separate claim as set out in claim (16) below.

Yrkandet innebar att för det fall skiljenämnden skulle finna att § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet var oskäligen och skulle jämkas enligt 36 § avtalslagen skulle Gazproms Take-or-Pay-krav inte ogillas helt utan bifallas till ett lägre belopp som skulle beräknas utifrån de nya volymer som skulle följa av de justerade § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet. Vidare inkom Gazprom med justerade betalningskrav som förklarade hur Gazproms Yrkande 2 skulle beräknas för det fall Naftogaz yrkande 6.1 skulle vinna bifall.

I skiljeförfarandet åberopade Naftogaz samma omständigheter till grund för sin talan som till grund för bestridandet av Gazproms genkärsmål. Dessa grunder har behandlats i domskälen, men endast beträffande Gazproms Yrkande 1.

Gazproms Yrkande 1 behandlades i styckena 3860–3861 i domskälen i den Särskilda Skiljedomen. I stycke 3860 i den Särskilda Skiljedomen fann skiljenämnden att § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet skulle förklaras ogiltiga från den 19 januari 2009 till tidpunkten för meddelandet av den Särskilda Skiljedomen. I punkten 3861 förklarade skiljenämnden att "[c]onsequently, Gazprom's claim for payment based on the Take- or-Pay provisions must fail." Därmed behandlade skiljenämnden Gazproms Yrkande 1 i domskälen.

Att skiljenämnden i punkten 3861 endast behandlade Gazproms Yrkande 1 framgår av den föregående punkten 3860: "[t]he Tribunal holds that Articles 2.2 and 2.2.5 as these articles are now formulated shall be declared invalid."

Efter detta hade Skiljenämnden att behandla Gazproms Yrkande 2.

I denna del finns dock – såvitt det får förstås – endast följande antecknat avseende Gazproms Yrkande 2: "[w]ith respect to past time, there is no need to complete the Contract further". Uttalandet utgör ett ställningstagande, vilket kräver att domskäl för detta redovisas. Motivering till ställningstagandet saknas emellertid. Det är uppseendeväckande med tanke på värdet av Gazproms Yrkande 2. Domskälen är så ofullständiga på denna punkt att Gazprom inte ens kunnat bedöma om Skiljenämnden överhuvudtaget prövat Gazproms Yrkande 2 (och det finns inte stöd i domskälen för att skiljenämnden har bedömt Gazproms Yrkande 2).



Enligt 36 § i SCC-reglerna ska en skiljedom innehålla domskäl. Skiljenämndens domskäl beträffande Gazproms Yrkande 2 är så ofullständiga att de kan likställas med att inga domskäl har lämnats. Skiljenämndens agerande utgör ett handläggningsfel (34 §, 1 st., 6 p., LSF).

Handläggningsfelet har skett utan Gazproms vållande och har sannolikt inverkat på utgången.

Frågan om handläggningsfelet har inverkat på utgången ska göras i förhållande till den Särskilda Skiljedomen. Handläggningsfelet har inte bara inverkat på beslutet i punkten 4 i den Särskilda Skiljedomens domslut. Det finns ett sådant samband mellan besluten i punkterna 4 och 5 i domslutet att det vore olämpligt att bara upphäva beslutet i punkten 4. Därmed har handläggningsfelet sannolikt inverkat även på utgången avseende punkten 5.

## **Naftogaz**

### *Klandergrund 1*

#### Skiljenämnden har inte gått utanför parternas yrkanden

När skiljenämnden beslutade att meddela den Särskilda Skiljedomen var skiljenämndens avsikt att på principiell nivå avgöra alla relevanta rätts- och sakfrågor som behövdes för att slutligt avgöra de frågor som angavs i beslutet. Skiljenämnden skulle dessutom adressera de fastställelseyrkanden (declaratory requests) som avsåg de frågor som listades i beslutet. I den Särskilda Skiljedomen gjorde skiljenämnden just detta och avgjorde dels vissa yrkanden, dels vissa principiella och tvistiga frågor av betydelse för yrkanden som inte prövades.

Skiljenämndens beslut i punkterna 4 och 5 i domslutet är inte en prövning av ett och samma yrkande. I skiljeförfarandet framställde Naftogaz i tiden före den Särskilda Skiljedomen fyra separata fastställelseyrkanden gällande § 2.2 (försäljningsåtagandet)

och § 2.2.5 (inköpsåtagandet) – yrkandena 6.1 a) och b) avsåg § 2.2 i Avtalet och yrkandena 6.1 c) och d) avsåg § 2.2.5 i Avtalet.

Yrkandena 6.1 a) och 6.1 c) innebar att § 2.2 respektive § 2.2.5 i Avtalet skulle förklaras ogiltiga från den 19 januari 2009. Yrkandena var inte begränsade till att § 2.2 och § 2.2.5 skulle förklaras ogiltiga i tiden före den Slutliga Skiljedomen utan gick ut på total ogiltighet dvs. de omfattade ogiltighet under hela kontraktperioden.

Yrkandena 6.1 b) och 6.1 d) innebar att § 2.2 respektive § 2.2.5 i Avtalet skulle förklaras ha ett visst innehåll från datumet för en skiljedom i målet. Naftogaz yrkanden avseende § 2.2 och § 2.2.5 var alltså partiellt överlappande; yrkandena i 6.1 a) respektive 6.1 c) kunde inte bifallas till fullo samtidigt som yrkandena i 6.1 b) respektive 6.1 d) bifölls till någon del. Sammantaget innebar yrkandena och Gazproms jämningsinvändning att processramen för § 2.2 var total ogiltighet, dvs. 0 kubikmeter till 52 kubikmeter, för hela kontraktperioden. För § 2.2.5 innebar yrkandena och Gazproms jämningsinvändning att processramen var 0 kubikmeter till 41,6 kubikmeter för hela kontraktperioden.

Genom punkten 4 i domslutet avgjorde skiljenämnden slutligt Naftogaz yrkanden 6.1 a) och c). Någon ytterligare dom i dessa frågor krävdes inte därefter och gavs inte heller. Punkten 4 i domslutet är således en deldom. Punkten 4 i domslutet går inte utöver parternas yrkanden.

Punkten 5 i domslutet relaterar till Naftogaz yrkanden 6.1 b) och d). Skiljenämnden avgjorde inte yrkandena 6.1 b) och d) slutligt genom punkten 5 i domslutet. I stället avgjorde skiljenämnden vissa frågor av principiell betydelse för yrkandena 6.1 b) och d), nämligen att bestämmelserna skulle jämkas samt vissa övergripande principer för hur avtalsinnehållet i § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet skulle utformas vid den kommande jämkningen. Punkten 5 i domslutet är således en mellandom. I mellandomsfall utgör parternas yrkanden inte någon processram. Beslutet i punkten 5 kan därför inte sägas utgöra varken ett kvantitativt eller ett kvalitativt överskridande av den processram som följde av parternas yrkanden.

För det fall det skulle vara relevant att jämföra beslutet i punkten 5 i domslutet med parternas yrkanden går beslutet under alla förhållanden inte utanför parternas yrkanden, varken i kvantitativt eller kvalitativt hänseende.

Skiljenämnden gick inte in på frågan om den numerära storleken av varken försäljningsåtagandet eller inköpsåtagandet. Eftersom punkten 5 i domslutet inte innehåller några numeriska värden kan beslutet inte gå utöver parternas yrkanden i kvantitativt avseende. Och även om beslutet i punkten 5 i domslutet skulle gå att översätta till numeriska värden låg beslutet hursomhelst mellan Naftogaz position (0 kubikmeter gas avseende såväl försäljningsåtagandet som inköpsåtagandet) och Gazproms förstahandsposition (52 kubikmeter gas avseende försäljningsåtagandet respektive 41,6 kubikmeter gas avseende inköpsåtagandet).

Skiljenämnden har inte dömt över en icke åberopad omständighet  
Gazproms påstående att skiljenämnden har dömt över en icke åberopad omständighet utgör en separat klandergrund.

Naftogaz bestrider att skiljenämnden har dömt över någon icke åberopad omständighet. Inför den Särskilda Skiljedomen åberopade Naftogaz flera omständigheter som enligt Naftogaz medförde att de aktuella bestämmelserna i Avtalet var oskäliga och därmed ogiltiga enligt sin dåvarande lydelse, bl.a. att kontraktsvolymen översteg 50 procent av Naftogaz estimerade faktiska behov. Naftogaz angav också att bestämmelserna var tvungna att jämkas så att kontraktsvolymen inte översteg 50 procent av Naftogaz estimerade faktiska behov.

I den Särskilda Skiljedomen beslutade skiljenämnden att § 2.2 och § 2.2.5 skulle förklaras ogiltiga för tiden fram till en slutlig skiljedom i målet. För tiden efter en slutlig skiljedom beslutade skiljenämnden genom punkten 5 i domslutet att § 2.2 skulle jämkas och angav principer för hur jämkningen skulle ske. I detta avseende angav skiljenämnden att ”from the date of the Final Award, in Article 2.2. (‘Volumes’) of the Contract the Annual Contract Quantity (‘ACQ’) shall be based on fifty per cent (50%) of Naftogaz’ estimated annual actual needs.” Domslutet svarade i denna del mot omständigheter som Naftogaz hade åberopat till stöd för att § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet

var oskälliga. Vidare svarade domslutet mot Naftogaz uppfattning att bestämmelserna var tvungna att jämkas så att kontraktsvolymen inte översteg 50 procent av Naftogaz estimerade faktiska behov.

Det påstådda uppdragsöverskridandet eller handläggningsfelet har inte inverkat på utgången

Punkten 5 i domslutet är en mellandom. För att det påstådda uppdragsöverskridandet eller handläggningsfelet ska ha kunnat inverka på utgången krävs också att den slutliga utgången har påverkats. Den Slutliga Skiljedomen baseras dock inte på den eventuella rättskraften av punkten 5 i domslutet. Den baseras på parternas processuella dispositioner efter den Särskilda Skiljedomen.

Hade Gazprom, efter den Särskilda Skiljedomen, vidhållit sina tidigare yrkanden hade skiljenämnden kunnat fastställa Gazproms försäljningsåtagande inom det intervall som följde av parternas yrkanden i tiden före den Särskilda Skiljedomen. Efter den Särskilda Skiljedomen och inför den Slutliga Skiljedomen justerade Gazprom dock sina yrkanden avseende § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet. Även Naftogaz justerade sina yrkanden. Gazprom yrkade att bolagets försäljningsåtagande skulle fastställas till någon av vissa alternativa volymer. Gazprom anpassade också sin argumentation efter att försäljningsåtagandet skulle fastställas till 50 procent av Naftogaz estimerade faktiska behov och argumenterade för att Naftogaz importbehov kunde bedömas till någon av vissa alternativa volymer. I och med parternas justeringar av talan efter den Särskilda Skiljedomen kom processramen för den Slutliga Skiljedomen att bli annorlunda jämfört med processramen inför den Särskilda Skiljedomen. Dessutom yrkade inte Gazprom avvisning av Naftogaz yrkanden och bevisning avseende § 2.2 och åberopade sig på rättskraften av punkt (5) i den Särskilda Skiljedomens domslut under förhandlingen efter den Särskilda Skiljedomen till stöd för att vissa av Naftogaz nya yrkanden skulle avvisas eller ogillas utan sakprövning. Därutöver underlät Gazprom att protestera mot något upplevt fel vad gäller skiljenämndens beslut om § 2.2 (utan bara såvitt gäller inköpsåtagandet i § 2.2.5) och avstod från att protestera mot den Särskilda Skiljedomen såvitt avser § 2.2 och inrättade sig istället efter skiljedomen i den delen. Processramen hade varit exakt densamma även utan det

påstådda uppdragsöverskridandet eller handlägningsfelet. Således hade även utgången blivit densamma.

Under alla förhållanden bestrids att det påstådda uppdragsöverskridandet eller handlägningsfelet sannolikt har inverkat på utgången avseende punkten 4 i domslutet eller punkten 5 i domslutet. I vart fall har det påstådda uppdragsöverskridandet eller handlägningsfelet sannolikt inte inverkat på de delar av punkten 5 i domslutet som avser inköpsåtagandet (§ 2.2.5). Således ska hovrätten under alla förhållanden låta domslutet kvarstå i den del som avser ett inköpsåtagande baserat på 80 procent av 50 procent av Naftogaz volymbehov och att inköpsåtagandet ska ha en make-up-bestämmelse, även om den del av beslutet som avser försäljningsåtagandet upphävs.

Om hovrätten skulle finna att ett uppdragsöverskridande eller handlägningsfel har inverkat på utgången, bestrider Naftogaz att det har inverkat på utgången i en för Gazprom negativ riktning avseende § 2.2. Den klausulen utgör ett åtagande för Gazprom. Om detta åtagande skulle ha blivit lägre än processramens lägsta numeriska värde har felet drabbat Naftogaz och inte Gazprom.

Gazprom har förlorat rätten att göra det påstådda uppdragsöverskridandet eller handlägningsfelet gällande

Gazprom har förlorat rätten att framföra klander mot punkten 4 i domslutet och mot punkten 5 i den del som beslutet avser försäljningsåtagandet i § 2.2.

Efter den Särskilda Skiljedomen vidtog Gazprom processhandlingar i skiljeförfarandet som är oförenliga med att den Särskilda Skiljedomen skulle vara annat än fullt giltig.

Gazprom framställde egna justerade yrkanden avseende § 2.2 och § 2.2.5 varvid Gazprom till stöd för dessa uttryckligen åberopade beslutet i punkten 5 i den Särskilda Skiljedomen. Dessutom ändrade Gazprom sin argumentation i sak så att parternas argumentation avseende innehållet i § 2.2 och 2.2.5 i princip sammanföll. Vidare valde Gazprom att inte yrka avvisning av Naftogaz yrkanden och bevisning i de delar dessa tog sikte på volymen för försäljningsåtagandet respektive inköpsåtagandet i § 2.2 respektive § 2.2.5. Dessutom yrkade Gazprom avvisning och ogillande av Naftogaz

yrkanden avseende § 2.2.2, § 2.2.3 och § 2.2.4 med åberopande av besluten i punkterna 4 och 5 i den Särskilda Skiljedomen. Vidare begärde Gazprom inte tolkning av den Särskilda Skiljedomen. Därutöver underlät Gazprom att protestera mot något upplevt fel vad gäller skiljenämndens beslut om § 2.2 (utan bara såvitt gäller inköpsåtagandet i § 2.2.5) och avstod från att protestera mot den Särskilda Skiljedomen såvitt avser § 2.2 och inrättade sig istället efter skiljedomen i den delen.

Gazproms protest avsåg inte punkten 4 i domslutet. Redan av detta skäl har Gazprom förlorat rätten att klandra punkt 4 i domslutet. Vad sedan gäller punkt 5 protesterade Gazprom inte mot det sätt på vilket principerna för dess eget försäljningsåtagande i § 2.2 hade fastställts och inte heller mot det skiljenämnden funnit såvitt gäller ”ACQ” utan bara mot slutet såvitt gäller inköpsåtagandet. Gazprom protesterade inte heller mot skiljenämndens hantering av grunder och åberopade omständigheter. Dessutom innebär Gazproms faktiska utnyttjande av besluten till sin fördel att bolaget genom konkludent handlande har förlorat rätten att göra det påstådda uppdragsöverskridandet eller handläggningsfelet gällande (preklusion enligt 34 §, 2 st., LSF).

### *Klandergrund 2*

#### Skiljenämnden har inte brustit i sin materiella processledning

Skiljenämnden har inte gått utanför processramen. Det kan heller inte ha varit överraskande att skiljenämnden kom att tillämpa den nu aktuella formeln. I skiljeförfarandet argumenterade Naftogaz för att försäljningsåtagandet inte fick överstiga 50 procent av Naftogaz estimerade faktiska behov. Gazprom bemötte även Naftogaz påståenden om att försäljningsåtagandet skulle bestämmas utifrån Naftogaz estimerade faktiska behov och hur Naftogaz hade beräknat denna volym. Frågan om försäljningsåtagandet skulle bestämmas utifrån Naftogaz ”estimerade faktiska behov” var således central i skiljeförfarandet. Beslutet i punkten 5 i domslutet var därför inte överraskande för någon av parterna.

Gazprom gör heller inte gällande att det skulle ha förekommit någon oklar processhandling från någon av parterna. Eftersom någon oklar processhandling inte har

förekommit i skiljeförfarandet har något behov av materiell processledning inte funnits.

I vilket fall som helst hade skiljenämnden bara en begränsad skyldighet att utöva materiell processledning i skiljeförfarandet. Gazprom företrädde av tre engelska barristers, DLA Pipers Londonkontor och Moskvakontor, Advokatfirman Vinge i Stockholm samt andra jurister. Såvitt bekant tog Gazprom hjälp också av professor Lars Heuman. Vidare upplyste skiljenämnden parterna om att någon materiell processledning inte kunde förväntas. Gazprom protesterade inte mot detta.

Mot bakgrund av det föregående kan Gazproms klandertalan inte vinna bifall på den grunden att skiljenämnden skulle ha brustit i sin materiella processledning.

Det påstådda uppdragsöverskridandet eller handlägningsfelet har inte inverkat på utgången

Naftogaz åberopar i denna del samma omständigheter som åberopats under motsvarande rubrik avseende klandergrund 1.

Gazprom har förlorat rätten att göra det påstådda uppdragsöverskridandet eller handlägningsfelet gällande

Naftogaz åberopar i denna del samma omständigheter som åberopats under motsvarande rubrik avseende klandergrund 1.

Därtill innebär Gazproms underlåtenhet att protestera mot skiljenämndens uttalande att någon materiell processledning inte kunde förväntas, att bolaget har förlorat rätten att göra det påstådda uppdragsöverskridandet eller handlägningsfelet gällande.

*Klandergrund 3*

Skiljenämnden har inte underlåtit att ange fullständiga domskäl

En skiljedom ska visserligen innehålla domskäl, men det finns inga krav på hur domskälen ska vara utformade. Den Särskilda Skiljedomen är 790 sidor lång, varav

620 sidor utgörs av recit och 80 sidor utgörs av domskäl och domslut. Innehållet håller hög kvalitet och är lättillgängligt. Skiljenämnden har behandlat parternas påståenden och bevisning, vilket framgår bl.a. av följande uttalande i skiljedomen.

In deciding the parties' claims, as set out in this Award, the Tribunal has carefully considered all of the submissions made and evidence adduced by the Parties, including allegations, witness/expert statements, legal authorities, and arguments not mentioned in the discussion below or otherwise in this Award. The reasoning given below summarizes what the Tribunal considers relevant for its decisions. If and to the extent that facts, witness/expert statements, legal authorities, or arguments advanced by the Parties are not addressed in the reasoning, they would not have changed the Tribunal's conclusions.

Naftogaz framställde i skiljeförfarandet ett fastställelseyrkande avseende § 2.2.5 (och även avseende § 2.2). Naftogaz ville att skiljenämnden skulle fastställa att bestämmelsen var ogiltig eller skulle jämkas från den 19 januari 2009. För perioden efter den Slutliga Skiljedomen yrkade Naftogaz jämkning på visst sätt, men bara under förutsättning att Naftogaz erhöll ett visst reviderat pris på gas. I annat fall yrkades full ogiltighet även i den delen. Naftogaz åberopade även i den delen att bestämmelsen var oskälig enligt 36 § avtalslagen och stred mot konkurrensrätten.

Gazproms genkärsmål bestod av ett yrkande om betalning enligt Take-or-Pay-klausulen (§ 2.2.5 i Avtalet) (Yrkande 1). Gazproms alternativa yrkande gick inte ut på att § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet skulle justeras eller jämkas så lite som möjligt. Yrkandet gick i stället ut på att skiljenämnden skulle begränsa effekten av eventuell ogiltighet så långt möjligt (Yrkande 2).

Naftogaz bestred Gazproms yrkanden och åberopade sju olika bestridande grunder. En av dessa var att själva Take-or-Pay-klausulen inte kunde tillämpas eftersom den var oskälig och därmed ogiltig enligt 36 § avtalslagen för den period som omfattades av genkärsmålet. Vidare åberopades bl.a. att bestämmelsen stred mot konkurrensrätten.

Således var konkurrensrättsgrunden och oskälighetsgrunden relevanta både för Naftogaz kärsmål och för Naftogaz bestridande av Gazproms genkärsmål. Grunderna var dubbelrelevanta.

Skiljenämnden har behandlat och redovisat sina bedömningar av Naftogaz fastställelseyrkande och Gazproms Yrkande 1 och Yrkande 2.



Först behandlade nämnden över tolv sidor Naftogaz dubbelrelevanta grund avseende brott mot tillämplig konkurrensrätt, se s. 751–763. Sedan behandlade skiljenämnden Naftogaz andra till sjätte bestridandegrund mot genkätromålet. Det gjordes över fem sidor, se s. 763–768.

Därefter behandlade skiljenämnden den andra dubbelrelevanta grunden oskälighet enligt 36 § avtalslagen. Denna diskuterades över ca fem sidor, se s. 768–772. Först redogjorde skiljenämnden för 36 § avtalslagen och dess tillämpningsområde. Sedan behandlade skiljenämnden de omständigheter som Naftogaz åberopat för oskälighet, ogiltighet och jämkning. Skiljenämnden drog därefter i punkten 3860 följande slutsats avseende frågan om klausulerna skulle förklaras ogiltiga eller överksamma för perioden innan skiljedomen.

Hence, the situation is that the Take or Pay provisions rules deviate from generally accepted principles of competition law, but there is no competition law to be applied. The Tribunal considers that this is such a special situation where the Section 36 would actually be applied in a commercial relation to achieve the balance that would otherwise have been obtained by applying the competition law provisions. The Tribunal holds that Articles 2.2 and 2.2.5 as these articles are now formulated shall be declared invalid. Even taking into account that the EnCT was not binding on Ukraine until February 2011 the Tribunal holds that the invalidity shall have effect from 19 January 2009 until the date for this Award.

Eftersom skiljenämnden kom fram till att § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet skulle förklaras helt ogiltiga från den 19 januari 2009 till den Slutliga Skiljedomen ogillades Gazproms krav på betalning enligt § 2.2.5 (Yrkande 1) och, såvitt gällde tiden före en slutlig skiljedom, Gazproms yrkande att begränsa effekten av eventuell ogiltighet så långt möjligt (Yrkande 2). I punkten 3861 uttalade skiljenämnden såvitt gäller Gazproms genkätromål ”Consequently, Gazprom’s claim for payment based on the Take-or-Pay provisions must fail.” Ogillandet avsåg alla Gazproms betalningskrav, dvs. Yrkande 1 eftersom skiljenämnden konstaterat att grunden för betalningskraven, § 2.2.5, bortfallit och Gazproms krav på att begränsa effekten av eventuell ogiltighet så långt som möjligt, dvs. Yrkande 2. Det fanns inget hinder för skiljenämnden att pröva giltigheten av § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet samtidigt som den prövade Gazproms samtliga betalningskrav, eftersom grunderna som berördes var dubbelrelevanta.

Vidare drog skiljenämnden i punkten 3862 följande slutsats såvitt gäller Naftogaz fastställelseyrkande. ”With respect to past time, there is no need to complete the Contract further. For the future, however, the Contract must be adjusted to obtain appropriate context. This is also what Naftogaz has requested.”

Därefter gick skiljenämnden i punkterna 3863 och 3864 in på justeringen av Avtalet för tiden efter den Slutliga Skiljedomen.

Den del av domskälen som Gazprom har hänvisat till, punkten 3862, avser således inte Gazproms genkärsmål utan Naftogaz kärsmål. Däremot prövade skiljenämnden Naftogaz samtliga sju bestridandegrunder avseende Gazproms genkärsmål och redogjorde för sin bedömning av den grund som sedermera vann framgång, dvs. 36 § avtalslagen.

Således har skiljenämnden över inte mindre än 21 sidor gått igenom hur den bedömt Gazproms genkärsmål, grunderna för Naftogaz bestridande – särskilt grunden enligt 36 § avtalslagen som sedermera vann framgång – och Naftogaz fastställelseyrkande. Skiljenämnden har också redogjort för de närmare skälen till att den ansåg § 2.2 och § 2.2.5 oskäliga och vilka konsekvenser det fått för Gazproms genkärsmål och Naftogaz fastställelsealan.

Skiljenämndens domskäl är således inte ofullständiga och något handläggningsfel har inte begåtts.

Det påstådda handläggningsfelet har inte inverkat på utgången

Utgången hade inte påverkats även om skiljenämnden hade lämnat mer utförliga skäl till varför Gazproms talan inte kunde bifallas.

Vidare, de yrkanden som Gazprom anser inte har behandlats i domskälen avser betalningar under perioden 2012–2016. Yrkandena relaterar alltså till frågan om § 2.2 och § 2.2.5 i Avtalet är giltiga för förfluten tid, dvs. fram till och med skiljedomen. Den frågan avgjordes genom punkten 4 i domslutet. Punkten 5 i domslutet rör dock

frågan om hur klausulerna ska tillämpas därefter. Det innebär att det påstådda handläggningsfelet över huvud taget inte har kunnat inverka på punkten 5 i domslutet.

Punkten 5 i domslutet är inte ett slutligt avgörande. I domslutet konstateras endast att klausulerna ska jämkas med beaktande av vissa angivna principer. Den slutgiltiga jämkningen och utformning för framtiden avgjordes först genom den Slutliga Skiljedom. Det innebär att det påstådda handläggningsfelet över huvud taget inte har kunnat inverka på punkten 5 i domslutet.

### **UTREDNINGEN**

Parterna har åberopat skriftlig bevisning.

### **HOVRÄTTENS DOMSKÄL**

#### **Utgångspunkter för prövningen**

En grundläggande utgångspunkt är att domstolen inom ramen för en klandertalan inte ska göra en materiell överprövning av skiljenämndens ställningstaganden. Det är alltså endast om det har förekommit fel i själva förfarandet som lett till att en parts intressen har blivit åsidosatta som det kan komma i fråga att upphäva en skiljedom efter klander. (Prop. 1998/99:35 s. 139.)

Enligt 34 § första stycket lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF), i dess lydelse före den 1 mars 2019 som är tillämplig i detta mål, ska en skiljedom upphävas på talan av en part bl.a. om skiljemännen har överskridit sitt uppdrag (punkt 2) eller om det annars, utan partens vållande, i handläggningen har förekommit något fel som sannolikt har inverkat på utgången (punkt 6). Enligt andra stycket i paragrafen har en part inte rätt att åberopa en omständighet som parten genom att delta i förfarandet utan invändning eller på annat sätt får anses ha avstått från att göra gällande.

Gazprom har gjort gällande att flera fel har förekommit i skiljeförfarandet, vilka är att bedöma som uppdragsöverskridande eller handläggningsfel. I fråga om vart och ett av de påstådda felen har Gazprom anfört att det sannolikt har inverkat på utgången och att Gazprom inte har förlorat sin rätt att göra felet gällande.

Hovrätten prövar först påståendet om att skiljenämnden har gått utanför processramen (klandergrund 1). Därefter prövar hovrätten påståendet om att skiljenämnden har brutit i sin materiella processledning (klandergrund 2). Slutligen prövar hovrätten påståendet om att skiljenämnden har underlåtit att ange fullständiga domskäl (klandergrund 3).

#### **Påståendet om överträdelse av processramen (klandergrund 1)**

Skiljenämnden bör anses ha överskridit sitt uppdrag om den har gått utöver parternas yrkanden (prop. 1998/99:35 s. 145 och t.ex. Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar, 2012, s. 871). Större försiktighet är påkallad i bedömningen av om skiljenämnden även bör anses ha överskridit sitt uppdrag om den i en internationell tvist har grundat sitt avgörande på ett rättsfaktum som inte har åberopats av en part (a. prop. s. 145 och NJA 2016 s. 51, punkt 14).

Den klandrade skiljedomen i det här fallet är en särskild skiljedom. Enligt § 38 i SCC-reglerna från år 2010 får skiljenämnden avgöra en särskild fråga eller en del av tvisten genom en särskild skiljedom. En motsvarande bestämmelse i 29 § första stycket LSF ger möjlighet för skiljenämnden att genom särskild skiljedom avgöra en del av tvisten eller en viss fråga av betydelse för tvistens bedömning.

Såväl Gazprom som Naftogaz framställde i skiljeförfarandet yrkanden som rörde §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet. När det gäller Naftogaz yrkande 6.1 a)–d) framgår det av såväl utformningen som de förklaringar som gavs av Naftogaz bl.a. vid den muntliga förhandlingen i skiljeförfarandet att det var fråga om fyra yrkanden som beroende på skiljenämndens prövning kunde ömsom bifallas och avslås. Detta innebär att skiljenämnden skulle kunnat t.ex. bifalla yrkande 6.1 a) och c) angående ogiltighet för

§§ 2.2 och 2.2.5, men avslå yrkande 6.1 b) och d) angående nytt avtalsinnehåll för §§ 2.2 och 2.2.5. Processramen rymde därmed att det inte längre skulle finnas någon årlig kontraktsvolym eller årlig minimivolym.

Punkterna 4 och 5 i domslutet i den Särskilda Skiljedomen avser §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet. I punkten 4 har skiljenämnden fastställt att §§ 2.2 och 2.2.5 är ogiltiga från och med den 19 januari 2009 till dess att en slutlig skiljedom meddelas. I punkten 5 har skiljenämnden gjort vissa ställningstaganden i fråga om avtalsinnehåll i §§ 2.2 och 2.2.5 från den tidpunkt när en slutlig skiljedom meddelas.

Hovrätten konstaterar att varken punkten 4 eller punkten 5 innebär att skiljenämnden slutligt har avgjort de yrkanden som avser §§ 2.2 och 2.2.5. I punkten 4 saknas t.ex. en bestämd uppgift om den bortre tidpunkten för ogiltighet, eftersom det i stället för ett datum enbart finns en hänvisning till tidpunkten för meddelandet av en slutlig skiljedom. På motsvarande sätt saknas det i punkten 5 en uppgift om från vilket datum ett nytt avtalsinnehåll ska gälla. Det framgår också av ytterligare uppgifter i punkten 5 att det inte är något slutligt ställningstagande av skiljenämnden.

Till att börja med innehåller punkten 5 formuleringar om att bl.a. den årliga kontraktsvolymen ska baseras på (shall be based on) en viss procentsats m.m. och utan att det angetts numerärt hur stor volymen ska vara. Vidare framgår det av punkten 5 att § 2.2.5 ska inkludera en kompensationsbestämmelse (make-up gas provision), men utan att det angetts hur en sådan bestämmelse ska utformas. Slutligen framgår det uttryckligen av punkten 5 att ytterligare detaljer i §§ 2.2 och 2.2.5 ska avgöras senare, antingen genom en överenskommelse mellan parterna eller genom ett avgörande av skiljenämnden.

Mot denna bakgrund bedömer hovrätten att innehållet i punkten 5 är alltför ofullständigt för att det ska kunna anses att skiljenämnden har fastställt någon ”formel”, såsom Gazprom har anfört. Hovrättens slutsats är att skiljenämnden i punkten 5 enbart har angett vissa utgångspunkter av betydelse för en slutlig prövning av ett jämkat innehåll i §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet.

Frågan är då om skiljenämnden i punkten 5 har gått utöver parternas yrkanden i skiljeförfarandet.

Gazprom har argumenterat för att punkten 5 avviker från processramen i kvalitativt avseende.

Som hovrätten har redogjort för har en skiljenämnd möjlighet att genom en särskild skiljedom avgöra bl.a. en särskild fråga. När en särskild fråga avgörs genom en särskild skiljedom är det mer regel än undantag att domslutet i den särskilda skiljedomens inte svarar direkt mot ett yrkande i huvudsaken. För att bedöma t.ex. ett skadeståndsyrkande kan det vara lämpligt att genom en särskild skiljedom först avgöra särskilda frågor som preskription eller om skadeståndsskyldighet föreligger. Det är då inte relevant om bedömningen av sådana frågor resulterar i ett domslut i den särskilda skiljedomens som kan sägas avvika från yrkandet i huvudsaken i kvalitativt avseende. En sådan avvikelse utgör inte något uppdragsöverskridande eller handläggningsfel.

På motsvarande sätt förhåller det sig här. Punkten 5 innehåller enbart vissa utgångspunkter av betydelse för en slutlig prövning av ett jämkat innehåll i §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet. Skiljenämnden har därför inte gått utöver parternas yrkanden i kvalitativt avseende.

Gazprom har även argumenterat för att punkten 5 leder till ett resultat som kvantitativt (volymmässigt) understiger processramen.

Som hovrätten redan har angett innehåller punkten 5 enbart vissa utgångspunkter av betydelse för en slutlig prövning av ett jämkat innehåll i §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet. Hovrätten bedömer att dessa utgångspunkter medger att skiljenämnden har utrymme för olika handlingsalternativ inom processramen vid en prövning i en slutlig skiljedom. Det går därför inte att utifrån punkten 5 dra någon säker slutsats om vilken årlig kontraktsvolym respektive minimivolym som skulle fastställas vid en slutlig prövning. Till detta kommer att processramen – som hovrätten har angett tidigare – rymde att det inte längre skulle finnas någon årlig kontraktsvolym eller minimivolym. Hovrätten

finner därför att skiljenämnden inte heller har gått utöver parternas yrkanden i kvantitativt avseende.

Nästa fråga att bedöma är om skiljenämnden i något annat avseende har avvikit från processramen. Gazprom har påstått att ingen av parterna skulle ha åberopat, argumenterat för eller ens diskuterat i skiljeförfarandet den omständigheten att kontraktsvolymen skulle baseras på Naftogaz estimerade årliga faktiska behov av import av gas för varje år av återstoden av Avtalets löptid.

De utgångspunkter av betydelse för en slutlig prövning som skiljenämnden har fastställt i punkten 5 förefaller vara en tillämpning av de principer som användes i det tyska s.k. E.ON-fallet.

Frågor om tillämpligheten av principerna i E.ON-fallet, valet av en procentsats om 50 procent och till vilken volym som Naftogaz faktiska behov av import av gas skulle uppskattas framstår som betydelsefulla för den del av skiljeförfarandet som rörde §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet. Hovrätten finner det utrett att parterna i skiljeförfarandet argumenterade uttryckligen angående dessa frågor i skriftliga yttranden före den muntliga förhandlingen, vid den muntliga förhandlingen och i skriftliga yttranden efter den muntliga förhandlingen.

Det framgår av t.ex. yttrande den 31 maj 2016 (Sur-reply and rejoinder to counter-claim, bl.a. punkterna 162 och 168) att Naftogaz i skiljeförfarandet anförde att den årliga kontraktsvolymen under återstoden av avtalsperioden från datumet för den Slutliga Skiljedomen, utifrån principerna i E.ON-fallet, skulle vara 50 procent av Naftogaz faktiska behov av import av gas.

Vidare framgår det av t.ex. yttrande den 15 november 2016 (Post-hearing submissions, punkterna 540 f. och 641 f.) att Gazprom i skiljeförfarandet motsatte sig en tillämpning av principerna i E.ON-fallet och att nivån för den årliga kontraktsvolymen skulle vara så låg som 50 procent av Naftogaz uppskattade faktiska behov av import av gas.

Hovrättens slutsats är alltså att skiljenämnden i punkten 5 inte har gått utöver parternas åberopanden.

Gazprom har även argumenterat för att skiljenämndens ställningstagande i punkten 5 innebär att en uppskattning av Naftogaz faktiska behov skulle göras för andra årtal än de som Naftogaz åberopade.

Hovrätten bedömer att skiljenämndens ställningstagande i den nu aktuella frågan är grundat på beräkningar och en värdering av åberopad bevisning, vilket utgör en del av den materiella prövningen. Även om skiljenämnden skulle ha gjort sig skyldig till fel i fråga om denna materiella prövning föreligger inte något sådant uppdragsöverskridande eller handläggningsfel som Gazprom har påstått. (Jfr NJA 2019 s. 171, punkt 49.)

Hovrättens sammantagna slutsats när det gäller klandergrund 1 är att det inte har förekommit någon sådan överträdelse av processramen som Gazprom har påstått. Därmed har det inte heller förekommit något uppdragsöverskridande eller handläggningsfel.

### **Påståendet om bristande materiell processledning (klandergrund 2)**

Det anses vara en öppen fråga om bristande processledning av en skiljenämnd kan utgöra grund för att upphäva en skiljedom (se NJA 1973 s. 740, jfr prop. 1998/99:35 s. 120 f.). Det kan i vart fall utgöra ett klanderbart fel, om den klandrande parten med fog kan hävda att han eller hon inte har beretts erforderligt tillfälle att utföra sin talan i något visst hänseende (se t.ex. Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar, 2012, s. 902 f., jfr NJA 2018 s. 291, punkt 16).

Enligt Gazprom borde skiljenämnden ha upplyst parterna om att den avsåg att fastställa en formel för bestämmande av den årliga kontraktsvolymen i Avtalet som ingen av parterna hade yrkat.



Hovrätten har redan vid prövningen av klandergrund 1 funnit att det inte kan anses att skiljenämnden har fastställt någon formel och att skiljenämnden inte har gått utöver parternas yrkanden eller åberopanden.

Vidare har hovrätten vid prövningen av klandergrund 1 funnit att Gazprom i skiljeförfarandet anförde att principerna i E.ON-fallet inte skulle tillämpas och att nivån för den årliga kontraktsvolymen skulle vara högre än 50 procent av Naftogaz uppskattade faktiska behov av import av gas. Därmed råder det ingen tvekan om att Gazprom faktiskt använde sig av möjligheten att utföra sin talan i nu aktuellt avseende.

Till detta kommer att skiljenämnden genom beslut den 8 maj 2017 upplyste parterna om att den avsåg att meddela en särskild skiljedom och vilka frågor som då skulle avgöras. Av beslutet framgår bl.a. att skiljenämnden avsåg att avgöra vissa frågor som hade principiell betydelse för om någon avtalsbestämmelse skulle förklaras ogiltig och om Gazprom hade rätt till betalning grundad på den s.k. take or pay-klausulen.

Enligt hovrättens bedömning har skiljenämnden genom beslutet den 8 maj 2017 processlett parterna i fråga om vilka frågor som skulle avgöras genom den särskilda skiljedomen. Gazprom borde därför ha förstått att ett möjligt resultat av skiljenämndens prövning var det som skiljenämnden kom att fastställa i punkten 5. Gazprom borde alltså inte ha blivit ”överraskad” av innehållet i punkten 5, såsom Gazprom har anförut. Skiljenämnden hade inte någon skyldighet att i förväg upplysa om hur dess prövning skulle komma att utfalla.

Hovrättens slutsats i denna del är att det inte har förekommit något sådant fel i förfarandet som Gazprom har påstått. Därmed har det inte heller förekommit något uppdragsöverskridande eller handläggningsfel.

**Påståendet om underlåtenhet att ange fullständiga domskäl (klandergrund 3)**

Enligt § 36 (1) i SCC-reglerna från år 2010 ska skiljenämnden meddela skiljedomen skriftligen och ska, om parterna inte har kommit överens om annat, ange domskäl. Det kan därför utgöra ett handläggningsfel om skiljenämnden inte har angett domskäl. I praxis har dock klargjorts att bara en total avsaknad av domskäl eller domskäl som med hänsyn till omständigheterna måste anses vara så ofullständiga att det kan likställas med att domskäl saknas kan medföra att ett handläggningsfel föreligger (se NJA 2009 s. 128).

Det framgår av punkten 3452 i den Särskilda Skiljedomen att Gazprom i skiljeförfarandet framställde ett alternativt yrkande om att skiljenämnden så långt som möjligt skulle begränsa effekterna av en eventuell ogiltigförklaring av någon bestämmelse i Avtalet.

Skiljenämnden har i punkten 3861 i domskälen i den Särskilda Skiljedomen uttalat att Gazproms betalningskrav grundade på take or pay-klausulen inte skulle bifallas. Punkten 3861 inleds med ordet ”Consequently”, vilket är en hänvisning till föregående punkter i domskälen som därmed har inkluderats i motiveringen till varför betalningskravet inte skulle bifallas. Genom att använda ordet Consequently har skiljenämnden alltså angett att samma domskäl som utgör en motivering angående ställningstagandet till Naftogaz yrkande 6.1 a) och c) om ogiltighet för §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet även avser ställningstagandet till Gazproms yrkanden i nu aktuella delar. Enligt hovrätten har det inte någon betydelse om skiljenämnden i detta sammanhang har angett betalningskravet i plural eller singular.

Vidare har skiljenämnden i punkten 3862 i domskälen uttalat att det inte fanns något behov (need) av att komplettera Avtalet för förfluten tid, men fortsatte därefter i de följande punkterna i domskälen med att motivera hur en komplettering av §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet borde ske för framtiden, dvs. återstoden av avtalsperioden. I dessa punkter får det anses att domskälen sammanfaller när det gäller Naftogaz yrkande 6.1 b) och d) samt Gazproms yrkande om att begränsa effekterna av en ogiltighet.

Det är inte hovrättens uppgift vid prövningen av en klandertalan att värdera om en skiljenämnds domskäl är juridiskt korrekta eller övertygande, eftersom det skulle vara en materiell överprövning.

Hovrätten konstaterar att det inte saknas domskäl såvitt gäller Gazproms yrkande om att begränsa effekterna av en ogiltigförklaring av §§ 2.2 och 2.2.5 i Avtalet. Vidare bedömer hovrätten att domskälen i detta fall inte kan anses vara så ofullständiga att det kan likställas med att domskäl saknas. Det har alltså inte förekommit något sådant handläggningsfel som Gazprom har påstått.

### **Sammanfattande bedömning**

Hovrätten har kommit fram till att det inte är visat att det har förekommit något uppdragsöverskridande eller handläggningsfel. Det finns därför inte anledning för hovrätten att pröva om de fel som Gazprom påstått har inverkat på utgången i skiljeförfarandet eller om Gazprom har förlorat rätten att göra felen gällande. Hovrättens ställningstaganden leder till att Gazproms talan ska avslås.

### **Rättegångskostnader**

Hovrätten konstaterar att Naftogaz har vunnit huvudsaken i målet, men har förlorat ett flertal processuella frågor. Detta förhållande medför inte någon annan fördelning av rättegångskostnaderna än enligt huvudregeln i 18 kap. 1 § rättegångsbalken (jfr NJA 2016 s. 87). Naftogaz är alltså att anse som vinnande part i målet som helhet, eftersom Gazproms talan i sak har avslagits.

Gazprom har emellertid yrkat viss ersättning även om Gazprom skulle förlora målet. Detta yrkande avser ersättning för arbete i anledning av delgivningsproblem (30 000 euro), sekretess (120 000 euro) och avvisningsyrkanden (200 000 euro).

Gazproms yrkande är grundat på påståenden om att Naftogaz har undandragit sig delgivning, motsatt sig sekretess i strid med uttryckliga bestämmelser och framställt

grundlösa avvisningsyrkanden. De omständigheter som Gazprom har åberopat kan rättsligt kvalificeras som ett påstående om att Naftogaz genom vårdslöshet eller försummelse har vållat kostnad för Gazprom (se 18 kap. 6 § rättegångsbalken). Hovrätten bedömer att Naftogaz inte har agerat vårdslöst eller försumligt. Vidare bedömer hovrätten att det inte heller finns någon annan laglig grund som skulle medge ett undantag från huvudregeln i 18 kap. 1 § rättegångsbalken eller på annat sätt medföra att Gazprom har rätt till ersättning i enlighet med sitt yrkande. Gazproms yrkande ska därför avslås.

Naftogaz har yrkat ersättning med 1 337 013,60 euro avseende ombudsarvode, 1 918 309,60 hryvnia avseende partens eget arbete samt 21 744,26 euro och 757 208,61 hryvnia avseende utlägg.

Gazprom har inte medgett något belopp som i och för sig skäligt. Det innebär att hovrätten måste bedöma skäligheten av yrkade belopp.

Hovrätten finner inte skäl att ifrågasätta att arbete motsvarande det yrkade beloppet för ombudsarvode har lagts ner i målet.

Vid bedömningen av om yrkad ersättning avseende ombudsarvode är skälig är det inte i första hand nedlagd tid som är avgörande. Hänsyn ska tas till bl.a. målets beskaffenhet och omfattning samt till den omsorg och skicklighet med vilken arbetet har utförts. Även sådana omständigheter som tvisteföremålets värde och den betydelse som målets utgång i övrigt haft för parten kan beaktas. (Se NJA 1997 s. 854.)

Till att börja med finner hovrätten att betydelsen för Naftogaz av målets utgång, inklusive det bakomliggande tvisteföremålets värde, talar för att det varit påkallat med ett avsevärt ombudsarbete i målet. Detta kan dock inte ensamt vara avgörande för frågan om skälighet.

Målet i hovrätten har pågått i cirka två års tid, men det ska beaktas att Naftogaz inte blev delgett stämning förrän efter några månader. I målet har hållits ett sammanträde för muntlig förberedelse och en huvudförhandling som pågick i fyra dagar.

Hovrätten bedömer att omständigheterna i målet i hovrätten har haft ett begränsat omfång, även om den skriftliga argumentation och utredning som parterna gett in har varit ansenlig. Naftogaz ombud måste dessutom ha varit väl insatta i såväl omständigheter som utredning, eftersom de deltog även i skiljeförfarandet. Till detta kommer att målet om klander inte har rört komplicerade rättsfrågor.

Det sätt på vilket Naftogaz har organiserat sina ombuds arbete – med fyra ombud och fem biträden vid två advokatbyråer – framstår i sig som en omotiverat stor bemanning för målet i hovrätten.

Hovrätten noterar att det i skriftväxlingen har funnits inslag – ett visst mått av upprepning, redogörelse för rättsreglers innehåll och plädering – som inte varit skäligen påkallade för tillvaratagande av Naftogaz rätt. Vidare har Naftogaz framställt flera yrkanden om avvisning på grund av preklusion, men bara vunnit ett av dessa. Det finns trots detta inte grund för att anse att arbetet inte skulle ha utförts med skicklighet.

Naftogaz har – utan giltig ursäkt – kort före huvudförhandlingen och efter det att förberedelsen i målet avslutats begärt ändringar i hovrättens sammanställning av parternas talan trots att Naftogaz vid upprepade tillfällen under nära ett års tid getts möjlighet att föreslå ändringar i sammanställningen så att den korrekt skulle återge Naftogaz talan. I detta avseende kan det inte anses att arbetet har utförts med tillräcklig omsorg, särskilt med hänsyn till att Naftogaz var medvetet om att sammanställningen skulle ligga till grund för hovrättens prövning.

Sammantaget gör hovrätten bedömningen att det inte varit skäligen påkallat att lägga ned ombudsarbete i den utsträckning som skett. Med särskilt beaktande av betydelsen av målets utgång för Naftogaz bedömer hovrätten att en skälig kostnad för ombudsarvode ska bestämmas till 1 000 000 euro.

När det gäller övriga poster gör hovrätten följande bedömning. Kostnaden för Naftogaz eget arbete framstår som omotiverat stor, även med beaktande av betydelsen av målets utgång. Vidare framstår vissa utlägg för hotell och flygresor som oskäligt

stora. Hovrätten finner att ersättningen till Naftogaz ska bestämmas till skäliga 1 300 000 hryvnia för Naftogaz eget arbete samt 21 774,26 euro och 350 000 hryvnia för utlägg.

Sammanfattningsvis innebär hovrättens bedömning att Gazprom ska ersätta Naftogaz för dess rättegångskostnad på det sätt som framgår av domslutet.

### **Sekretess**

Gazprom har begärt att hovrätten ska förordna att sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska vara fortsatt tillämplig på ett stort antal uppgifter som förekommer i handlingar som har getts in i målet och som har lagts fram vid huvudförhandlingen i hovrätten inom stängda dörrar. Uppgifterna rör bl.a. avtalsinnehåll. Enligt Gazprom utgör uppgifterna företagshemligheter, eftersom uppgifterna avser Gazproms affärs- eller driftförhållanden, som Gazprom håller hemliga och vars röjande är ägnat att skada Gazprom i konkurrenshänseende.

Naftogaz har motsatt sig begäran om sekretess och anfört bl.a. att uppgifterna redan är röjda eller att Gazprom i vart fall inte skulle lida avsevärd skada om de röjdes.

Hovrätten har under målets handläggning och huvudförhandling preliminärt bedömt att sekretess gäller för vissa uppgifter. I samband med att hovrätten skiljer målet från sig är den skyldig att bedöma om sekretess ska fortsätta att gälla för uppgifterna (se 43 kap. 5 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen).

Enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen gäller sekretess hos domstol i mål eller ärende i domstolens rättskipande verksamhet för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs. Sekretessbestämmelsens tillämplighet är begränsad till fall där behovet av sekretess verkligen är kännbart, eftersom det för att sekretess ska gälla krävs att den skada som kan antas uppkomma genom uppgifternas röjande ska vara

avsevärd. Sekretessbestämmelsen bör i regel kunna tillämpas i fall där en företags-hemlighet annars skulle röjas (se prop. 2017/18:200 s. 103). Sådana uppgifter om affärs- och driftförhållanden som affärsidkare gärna vill hålla för sig själva men vilkas röjande inte kan antas få några nämnvärda ekonomiska konsekvenser omfattas däremot inte av sekretess. (Se prop. 1979/80:2 del A s. 248.)

Hovrätten bedömer att flera av de uppgifter som Gazprom har begärt sekretess för i och för sig utgör sådana uppgifter om enskilda affärs- och driftförhållanden som avses i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen. Det har emellertid framkommit att flera av dessa uppgifter sedan länge är röjda. Exempelvis framgår det av rapporter som Naftogaz har åberopat att det i målet aktuella Avtalet offentliggjordes redan i början av år 2009 (se t.ex. *The Russo-Ukrainian gas dispute of January 2009: a comprehensive assessment*, Oxford Institute for Energy Studies, 2009). För de uppgifter som inte direkt har röjts kan det ändå ifrågasättas om det finns ett behov av sekretess. Uppgifter om Gazproms affärs- och driftförhållanden på närliggande marknader har offentliggjorts i bl.a. beslut av EU-kommissionen den 24 maj 2018 (Case AT.39816) och genom att Gazprom som part i ett annat av hovrättens mål har avstått från att begära sekretess (mål T 7931-16). Vidare konstaterar hovrätten att det är över tio år sedan Avtalet ingicks och att avtalsperioden inom kort är till ända. Hovrätten bedömer därför att för de uppgifter som inte redan har offentliggjorts är behovet av sekretess så begränsat att det inte kan antas att Gazprom skulle lida avsevärd skada om uppgifterna skulle röjas.

Hovrättens slutsats är således att ingen sekretessbestämmelse ska fortsätta att tillämpas på de uppgifter som förekommer i målet. Gazproms begäran om sekretess ska alltså avslås.

### **Överklagande**

Enligt 43 § andra stycket LSF får hovrättens avgörande överklagas bara om rätten anser det vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen.

Det finns enligt hovrätten inte skäl att tillåta att domen överklagas.

**Hovrättens dom får inte överklagas.**

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Kenneth Nordlander, Hanna Carysdotter och Adrian Engman, referent.