

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet  
Juridiska institutionen  
Programmet för juris kandidatexamen  
Tillämpade studier i processrätt, 30 hp



Handelshögskolan  
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

# EN FJÄRILS VINGSLAG

---

OM PÅSTÅENDEDOKTRINEN OCH SKILJEFÖRFARANDEN,  
SÄRSKILT I INVESTERINGSTVISTER

EN PROBLEMINVENTERING EFTER NJA 2008 s 406

**Författare:** Sebastian Wejedal Beijbom  
**Handledare:** Jur dr Eric Bylander



# FÖRORD

”Antag nu att domaren eller åklagaren eller advokaten upptäcker att det i JT finns en analys av det rättsfall han har hittat. Antag vidare att han finner att författaren där starkt kritiserat HD:s avgörande och rekommenderar en annan lösning. Ja, än sedan? Rättsvetenskapsmannen har inte betrotts med att vara normgivare. Han verkar främst genom den sakliga tyngden i de argument han framför. Men om man nu kan finna att de argument han framför faktiskt har underkänts av Högsta domstolen så måste den praktiskt verksamme juristen säga sig att det är HD:s ord som gäller, inte rättsvetenskapsmannens.”<sup>1</sup>

- Johan Lind -

Föremålet för föreliggande uppsats är en rättsgrundsats – en icke formellt stiftad men av Högsta domstolen etablerad rättsprincip – betecknad påståendedoktrinen, närmare bestämt dess betydelse i skiljetvister i allmänhet och i investeringstvister i synnerhet. Detta ämnesval kan framstå som limitativt om man väljer att anamma det före detta justitierådet Johan Linds syn på vett och etikett vid rättsfallsanalyser. Sådana får inte utgöra kritiska recensioner av Högsta domstolens verksamhet; en kritisk analys strider inte bara mot god ton utan saknar egenvärde. Rättsvetenskapsmannen har nämligen inte betrotts med att vara normgivare och en analys som utmynnar i en slutsats att Högsta domstolen dömt fel är därför meningslös: ”Vad tjänar de till?” frågar sig Lind.<sup>2</sup> Istället för att kritisera Högsta domstolen bör rättsvetenskapsmannen (och med all säkerhet därmed även den unge uppsatsstudenten) med domstolens helgd i minnet begränsa sin verksamhet till att ”... peka på möjligheterna att begränsa effekterna av avgörandet”<sup>3</sup> – till att försöka ”distinguish the case” – det vill säga argumentera för en insnävning av detsamma. Feldömt kan det dock per definition inte vara; Högsta domstolen ”... har sällan rätt, men aldrig fel.” skulle man möjligen något skämtsamt kunna säga, för att låna orden av Bruno K Öijer.

Såsom Suzanne Wennberg mycket riktigt påpekat har dock inte heller Högsta domstolen betrotts med att vara normgivare; domstolens främsta uppgift är istället att vara normprövare,<sup>4</sup> låt vara att Högsta domstolen, efter mitt tycke, såvitt möjligt bör verka också såsom en rättsskapande domstol.<sup>5</sup> Till skillnad från lagstiftarens ord som är lag är det dock ytterst den sakliga tyngden även i domstolens argumentation som avgör om ett visst rättsfall skall lända till efterrättelse eller ej;<sup>6</sup> gör sig Högsta domstolen skyldig till ett uppenbart olycksfall i arbetet är det inte *a priori* givet att underrätterna bör rätta in sig i ledet.

Wennberg frågar sig med rätta vad rättsvetenskapsmannen bör göra ”... om rättsfallet inte visar sig vara följdriktigt och inte ens den finaste lövsåg kan hjälpa honom att tillverka den felande pusselbiten ’to distinguish the case’.”<sup>7</sup> Är rättsvetenskapsmannen (liksom uppsatsstudenten) då inte fri att argumentera för att Högsta domstolen faktiskt dömt fel? Utgör Högsta domstolens verksamhet en skyddad verkstad? Personligen ansluter jag mig helt och fullt till vad som förefaller vara Wennbergs ståndpunkt – att Högsta domstolen, lika lite som någon annan samhällsinrättning med maktbefogenheter, bör vara fredad från kritik.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Lind (JT 1995/96) s 234.

<sup>2</sup> Lind (JT 1995/96) s 234.

<sup>3</sup> Lind (JT 1995/96) s 234.

<sup>4</sup> Wennberg (JT 1995/96) s 983.

<sup>5</sup> Jfr härtill Lindskog (JT 2002/03) s 68.

<sup>6</sup> Wennberg (JT 1995/96) s 983.

<sup>7</sup> Wennberg (JT 1995/96) s 984.

<sup>8</sup> Wennberg (JT 1995/96) s 984.

Efter att sålunda ha meddelat min avvikande mening i förhållande till Lind ämnar jag i den fortsatta framställningen försöka ta rygg på Stefan Lindskog. Lindskog är troligtvis den rättsdebattör som mest högljutt och rättframt kritiserat Högsta domstolens dömande verksamhet i kommersiella mål. Enligt Lindskog kan Högsta domstolen visst döma fel, nämligen i rättsmetodologiskt hänseende: "Alla kan tänka fel, även ett JR. Och om många JR tänker fel samtidigt blir också HDs avgörande fel."<sup>9</sup> Lindskog skiljer rentav mellan de avgöranden som är "lite feldömda" och de som är "mycket feldömda". Därutöver förekommer enligt Lindskog en "...superform av feldömda rättsfall, nämligen de som är alldeles [otryckbart] feldömda."<sup>10</sup> Kanske är det till denna superform Lindskog hänför de rättsfall som han i ett annat sammanhang betecknat såsom "brutalt feldömda"<sup>11</sup>.

Att Lindskog är av uppfattningen att även Högsta domstolen kan fela känns betryggande eftersom Lindskog numera är justitieråd och även var referent i det mål som jag inom ramen för denna uppsats kommer att påstå är just feldömt: NJA 2008 s 406. Att hävda detta känns därmed inte som något klavertramp i sig; att det står läsaren helt fritt att kritisera min slutsats på samma sätt som jag kritiserar Högsta domstolens dito är naturligtvis såväl självskrivet som välkommet.

Att rättsfallet är feldömt måste dock kvalificeras. Inspirerad av Lars Heuman framstår det enligt min mening som ändamålsenligt att här göra en distinktion mellan två olika delar av domskälen, nämligen mellan (1) den abstrakta rättsregel som Högsta domstolen formulerat och (2) den konkreta tillämpningen av densamma i det föreliggande fallet.<sup>12</sup> Utan att gå händelserna i förväg kan förutskickas att min uppfattning är att Högsta domstolen genom NJA 2008 s 406 formulerat en klar och koncis prejudikatregel samt motiverat denna regel synnerligen väl. I detta avseende menar jag att domstolen fullgjort sin funktion – att verka som en rättsskapande domstol – just *på grund av* den sakliga tyngden i dess argumentation. Jag menar dock att det finns skäl att ifrågasätta domstolens konkreta tillämpning av den abstrakta rättsregeln i den inför domstolen föreliggande tvisten, liksom argumentationen för regelns tillämplighet på den däri aktualiserade rättsfrågan. I detta avseende synes Högsta domstolen ha haft på sig skygglappar. Vid tillämpningen saknas det, menar jag, en förankring i relevanta rättsliga och samhällseliga förhållanden. Av dessa skäl kommer jag att förespråka en insnävning av regelns tillämpningsområde i den typ av tvist varom frågan var i NJA 2008 s 406 utan att fördenskill kritiserar regeln *per se*; en insnävning innebär ju indirekt en legitimering av den ifrågavarande rättsgrundsatsen inom ramen för det insnävade området!<sup>13</sup>

Att rättsfallet är feldömt är som synes en sanning med modifikation. Man skulle kanske kunna säga att domstolen förmått uppfylla en av två möjliga. Om man därigenom bör anse glaset vara halvfyllt eller halvtomt är naturligtvis en fråga om perspektiv.

Måhända kan man hänföra NJA 2008 s 406 till de lite feldömda rättsfallen. Mycket feldömt är det nog inte, förutom i ett litet men ack så betydelsefullt avseende. Att kategorisera det som ett brutalt feldömt rättsfall vore möjligen att föra för långt. Jag vill dock avhålla mig ifrån att ytterligare skriva läsaren på näsan. Istället överlämnar jag nu åt denne att, efter att ha tillgodogjort sig innehållet i föreliggande uppsats, själv och efter eget gottfinnande hänföra rättsfallet till någondera passande kategori. Min egen uppfattning i frågan kommer jag att tillkännage avslutningsvis. Med detta sagt får jag önska en trivsamt läsning som förhoppningsvis kan ge upphov till någon nyvunnen lärdom eller åtminstone föranleda viss kritisk eftertanke.

<sup>9</sup> Lindskog (2005) s 23 not 18.

<sup>10</sup> Lindskog (JT 2001/02) s 217.

<sup>11</sup> Lindskog (JT 2002/03) s 78 not 37.

<sup>12</sup> Heuman (JT 2006/07) s 596.

<sup>13</sup> Lindskog (2005) s 23 not 19.

# SLUTORD

Min ambition var att söka författa en slutuppsats inom ramen för min juris kandidatutbildning som skulle kunna vara av intresse jämväl för dem som vistas och verkar utanför det akademiska elfenbenstornet. Ämnet för uppsatsen kom därför att väljas i samråd och samarbete med advokaterna Robin Oldenstam och Fredrik Andersson; båda delägare och verksamma vid Mannheimer Swartlings processgrupp i Göteborg, båda med gedigen praktisk erfarenhet av tvistlösning och djupa teoretiska färdigheter inom detta rättsområde. Såväl advokaten Oldenstam som advokaten Andersson har mycket generöst delat med sig av sin begränsade tid liksom av sitt obegränsade kunnande. Jag har i detta avseende varit mycket privilegierad och för detta vill jag framföra min mest vördnadsfulla tacksamhet. Det sagda föranleder dock följande klargörande: Jag svarar naturligtvis själv och i eget namn för alla kritiska åsikter som jag ger uttryck för i uppsatsen, liksom för alla eventuella fel och brister i densamma; dessa skall på intet vis tillskrivas Mannheimer Swartling eller dess företrädare.

Att ämnet – påståendedoktrinen betydelse i skiljeförfarande – inte är helt självvalt innebär naturligtvis både möjligheter och farligheter. För att återigen citera Lindskog "... kan en anvisning om visst ämne ge anledning att pröva nya stigar. Men andra sidan av det myntet är att man kanske gör så utan tillräckligt fotfäste."<sup>14</sup> Innan jag tog mig för att skriva denna uppsats hade jag blott tagit några stapplande steg inom skiljedomsrättens värld, och Investment Arbitration var för mig helt ny mark. Att jag nu vågat mig på att kritisera Högsta domstolen (inklusive Lindskog – författaren till den 1 278 sidor långa (!) kommentaren till lagen om skiljeförfarande) kan tyckas övermodigt. Nåväl. Som Konfucius lär ha sagt: "Det är bättre att [åtminstone försöka, mitt tillägg] tända ett ljus än att förbanna mörkret."

Jur dr Eric Bylander har varit min handledare och hans brinnande intresse och engagemang för processrätt i alla dess former är en aldrig sinande källa till inspiration. Jag kan bara glädjas över att jag har haft förmånen att ha en sådan eldsjäl som lärare.

Jur kand Anna Wallerman – en av de skarpaste processrättare jag har haft äran att möta – har med ett kritiskt öga läst uppsatsen och lämnat många värdefulla synpunkter på dess innehåll och form som förbättrat densamma. För detta, liksom för alla våra givande diskussioner om processrättens små och stora frågor, vill jag framför min stora tacksamhet.

Jur kand Johanna Nilsson har svarat för korrekturläsning och gjort värdefulla påpekanden som förbättrat särskilt uppsatsens tillgänglighet. För detta är jag väldigt tacksam.

Jur stud Marcus Berglie har som alltid varit ett oförtröttligt bollplank under resans gång och aldrig hesiterat inför att inlåta sig i diskussion kring mina knäckfrågor och detta oavsett klockslag. För detta, för allt annat och för vår vänskap, är jag innerligt tacksam.

I övrigt har jag min familj att tacka för allt. Utan deras helhjärtade stöd för allt jag tagit mig för i mitt liv skulle ingenting ha varit möjligt.

Rättsfall och litteratur publicerad före den 11 maj 2009 har beaktats efter bästa förmåga.

Uppsatsen tillägnas Emilie och Lorentz.

Göteborg, senvåren 2009



Sebastian Wejedal Beijbom

---

<sup>14</sup> Lindskog (JT 2002/03) s 68.

# FÖRKORTNINGAR

AAA	American Arbitration Association
ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
AD	Arbetsdomstolen respektive Arbetsdomstolens domar
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Arb Int'l	Arbitration International
BIT	Bilateral Investment Treaty
ECJ	European Court of Justice
ECT	Energy Charter Treaty
ECR	European Court Reports
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapens officiella tidning
FIL	Foreign Investment Law
FIT	Foreign Investment Treaty
FT	Förvaltningsrättslig Tidskrift
Global Arb Rev	Global Arbitration Review
Geo Mason L Rev	George Mason Law Review
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ICC	International Chamber of Commerce
ICC-RoA	Rules of Arbitration of the ICC
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICJ	International Court of Justice
ICJ Rep	ICJ Reports
ICSID	International Center for the Settlement of Investment Disputes
ICSID Rev FILJ	ICISD Review Foreign Investment Law Journal
ICSID Rep	ICSID Reports
Int'l Inv L & Arb News	International Investment Law and Arbitration News
J Int'l Arb	Journal of International Arbitration
JR	Justitieråd
JT	Juridisk Tidskrift
LCIA	London Court of Arbitration
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
Mealey's Int'l Arb Rep	Mealey's International Arbitration Report
MIT	Multilateral Investment Treaty
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
Prop	Proposition
RevSek	Revisionssekreterare
RoA	Rule of Arbitration
RB	Rättegångsbalken (1942:740)

RH	Rättsfall från hovrätterna
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SCC-RoA	Rules of Arbitration of the SCC
SAR	Stockholm Arbitration Report
SIAR	Stockholm International Arbitration Review
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
Transnat'l Disp Mgmt	Transnational Dispute Management
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL-RoA	Rules of Arbitration of the UNCITRAL
UNCAD	United Nations Conference on Trade and Development

# INNEHÅLLSFÖRTECKNING

## DEL I: INLEDNING

---

<b>1.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR</b> .....	<b>1</b>
1.1.1 NÅGOT OM BETYDELSEN AV <i>LEX ARBITRI</i> .....	2
<b>1.2 BAKGRUND</b> .....	<b>4</b>
<b>1.3 PROBLEMFÖRMULERING</b> .....	<b>4</b>
1.3.1 PROBLEMTÄLLNINGAR.....	5
1.3.2 SYFTE & METOD.....	6
1.3.3 AVGRÄNSNINGAR.....	8
1.3.4 DISPOSITION.....	8
<b>1.4 PÅSTÅENDEDOKTRINEN I ALLMÄNHET</b> .....	<b>8</b>
1.4.1 NÅGOT OM SÅ KALLADE DUBBELRELEVANTA RÄTTSAKTA.....	8
1.4.2 DUBBELRELEVANTA RÄTTSAKTA VID PRÖVNING AV DOMSTOLS BEHÖRIGHET.....	9
1.4.3 PÅSTÅENDEDOKTRINEN – ETT PROCESSRÄTTSLIGT TROLLSPÖ?.....	10

## DEL II: PÅSTÅENDEDOKTRINEN OCH SKILJEFÖRFARANDE

---

<b>2.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR</b> .....	<b>12</b>
<b>2.2 SKILJENÄMNDIS BEHÖRIGHET</b> .....	<b>13</b>
2.2.1 ... ATT PRÖVA SAKEN.....	13
2.2.2 ... ATT PRÖVA BEHÖRIGHETEN.....	13
<b>2.3 KOMPETENSFÖRDELNING OCH –KONFLIKTER</b> .....	<b>14</b>
2.3.1 AVTALETS GILTIGHET.....	14
2.3.2 SKILJEAVTALETS OMFATTNING.....	15
2.3.3 HUVUDAVTALETS OMFATTNING.....	15
<b>2.4 PÅSTÅENDEDOKTRINEN OCH SKILJENÄMNDIS BEHÖRIGHET</b> .....	<b>16</b>
2.4.1 UTGÅNGSPUNKTER.....	16
2.4.1.1 <i>Kausalitetsteorin eller påståendedoktrinen?</i> .....	16
2.4.1.2 <i>NJA 1982 s 738</i> .....	18
2.4.1.3 <i>Kärandens eller svarandens påstående?</i> .....	19
2.4.1.4 <i>Blandad kompetens</i> .....	22
2.4.2 <i>NJA 2008 s 406</i> .....	24
2.4.2.1 <i>Referat</i> .....	24
A. <i>Bakgrund</i> .....	24
B. <i>Skiljeförfarande I</i> .....	24
C. <i>Skiljeförfarande II</i> .....	24
D. <i>Överprövningsförfarandena</i> .....	25
2.4.2.2 <i>Högsta domstolens dom</i> .....	26
2.4.2.3 <i>Kommentar</i> .....	26
2.4.3 <i>RÄTTSLÄGET EFTER NJA 2008 s 406</i> .....	28
2.4.3.1 <i>Påståendedoktrинens tillämpningsområde</i> .....	28



A. Skiljeavtalets omfattning.....	29
Skiljeavtalets objektiva omfattning.....	29
Skiljeavtalets subjektiva omfattning .....	29
B. Påståendedoktrinen undantag.....	30
"Uppenbarlighetsfallen" .....	31
"Sambands- och missbruksfallen" .....	35
C. Påståendedoktrinen och legala skiljeförfaranden .....	40

### **DEL III: PÅSTÅENDEOKTRINEN OCH INVESTERINGSTVISTER**

---

<b>3.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR.....</b>	<b>44</b>
<b>3.2 INTRODUKTION TILL INVESTMENT ARBITRATION.....</b>	<b>46</b>
3.2.1 SKILJEKLAUSULENS SYFTE.....	46
3.2.2 SKILJEKLAUSULENS STRUKTUR.....	47
<b>3.3 INVESTERINGSKRAVETS BETYDELSE.....</b>	<b>49</b>
3.3.1 INVESTERINGSKRAVET SOM PROCESSFÖRUTSÄTTNING.....	51
3.3.1.1 <i>The International Center for the Settlement of Investment Disputes</i> .....	53
3.3.1.2 <i>Commercial Investment Arbitration</i> .....	55
A. Investeringskravet och kravet på samtycke till skiljeförfarande .....	55
B. Prövningen av investeringskravet.....	55
3.3.1.3 <i>ICSID Arbitration</i> .....	57
A. Investeringskravet och kravet på samtycke till skiljeförfarande .....	57
B. Prövningen av investeringskravet.....	61
3.3.2 INVESTERINGSKRAVET SOM BIFALLSFÖRUTSÄTTNING .....	65
3.3.3 "JURISDICTION" OCH "ADMISSIBILITY" .....	70
3.3.3.1 <i>Prima facie-testet</i> .....	71
3.3.3.2 <i>Insnävning av prima facie-testet och påståendedoktrinen</i> .....	72

### **DEL IV: AVSLUTNING**

---

<b>4.1 PÅSTÅENDEOKTRINEN OCH SKILJEFÖRFARANDE.....</b>	<b>76</b>
4.1.1 PÅSTÅENDEOKTRINENS SYFTE.....	76
4.1.2 PÅSTÅENDEOKTRINENS INNEBÖRD OCH TILLÄMPNINGSSOMRÅDE .....	76
4.1.3 PÅSTÅENDEOKTRINEN – EN PANDORAS ASK?.....	77
<b>4.2 PÅSTÅENDEOKTRINEN OCH INVESTERINGSTVISTER.....</b>	<b>78</b>
4.2.1 NJA 2008 s 406 .....	78
4.2.2 EN FJÄRILS VINGSLAG .....	80

### **KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING**

---

<b>OFFENTLIGT TRYCK.....</b>	<b>84</b>
<b>PROPOSITIONER .....</b>	<b>84</b>
<b>STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR .....</b>	<b>84</b>
<b>LITTERATUR.....</b>	<b>84</b>
<b>ÖVRIGA KÄLLOR.....</b>	<b>94</b>

**AVGÖRANDE**

---

<b>HÖGSTA DOMSTOLEN.....</b>	<b>96</b>
<b>HOVRÄTTEN.....</b>	<b>96</b>
<b>ARBETSDOMSTOLEN .....</b>	<b>96</b>
<b>STOCKHOLMS HANDELSKAMMARENS SKILJEDOMSINSTITUT .....</b>	<b>97</b>
<b>INTERNATIONAL CENTER FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES .....</b>	<b>97</b>
<b>AD HOC (UNCITRAL) .....</b>	<b>99</b>
<b>INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE.....</b>	<b>99</b>
<b>EUROPEAN COURT OF JUSTICE .....</b>	<b>99</b>
<b>SØ- OG HANDELSRETTE</b> .....	<b>99</b>

# DEL I

# INLEDNING

”Equity bids us be merciful to the weakness of human nature; to think less about the laws than about the man who framed them, and less about what he said than about what he meant; not to consider the actions of the accused so much as his intentions, nor this or that detail so much as the whole story; to ask not what a man is now but what he has always or usually been. It bids us remember benefits rather than injuries, and benefits received rather than benefits conferred; to be patient when we are wronged; to settle a dispute by negotiation and not by force; to prefer arbitration to litigation – for an arbitrator goes by the equity of a case, a judge by the strict law, and arbitration was invented with the express purpose of securing full power for equity.”<sup>15</sup>

- Aristoteles -

## 1.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

---

”There is a constant reminder in modern times that the age of globalisation has dawned.”<sup>16</sup>

I kommersiella rättsförhållanden har skiljeförfarande länge utgjort ett attraktivt alternativ till domstolsförfarande.<sup>17</sup> Förklaringen härtill är flerfaldig: skiljeförfarandet anses utgöra ett effektivt, flexibelt och konfidentiellt tvistlösningsförfarande, karaktäristika som tydligen inte anses vara förbundna med ett domstolsförfarande.<sup>18</sup> Således konstaterades i förarbetena till lagen (1999:116) om skiljeförfarande (”LSF”) att ”... en inte obetydlig del av näringslivets tvister löses genom skiljeförfarande.”<sup>19</sup>

I takt med tiden har emellertid internationaliseringen och integreringen av den ekonomiska samfärdseln accentuerats. Antalet civilrättsliga rättsförhållanden med gränsöverskridande karaktärsdrag har blivit otaliga, en utveckling som naturligtvis även givit upphov till ett ökat antal affärstvister med internationella inslag.<sup>20</sup> I denna internationella kontext ligger det troligen närmare sanningen att påstå att endast en obetydlig del av näringslivets tvister *inte* löses genom skiljeförfarande; det kan konstateras att ”[a]rbitration is the preferred method of dispute resolution for international commercial disputes.”<sup>21</sup>

I internationella förhållanden har skiljeförfarande – obeaktat dess allmänna fördelar – framförallt två överordnade förklaringar.<sup>22</sup> Har parterna hemvist i olika länder kommer för det första ”[t]he ‘home court’ of one party be a foreign court of the other party.”<sup>23</sup> Stämmer käranden in svaranden vid *forum domicilii* – vilket alltsomoftast torde utgöra *forum generale* i tvistemål – kommer svaranden följaktligen att få ett ”home field advantage”.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> Aristotle, *Rhetoric* (Book I, Chapter 13, 1374b).

<sup>16</sup> Sornarajah (2000) s 1.

<sup>17</sup> Se t ex Hassler (1966) s 11.

<sup>18</sup> Se t ex prop 1998/99:35 s 40 f. Se även Lindskog (2005) s 46 f, Heuman (1999) s 27 ff och Madsen (2005) s 30 ff.

<sup>19</sup> Prop 1998/99:35 s 36. Se härtill SOU 1995:65 s 47 ff, särskilt s 49 ff samt Kvart & Olsson (1999) s 27.

<sup>20</sup> Born (1999) s 1 och Hirsch (1993) s 1 f. Se även prop 1998/99:35 s 44.

<sup>21</sup> Tweeddale & Tweeddale (2005) s 39. Kursiverat här. Se även Madsen (2005) s 35, Redfern & Hunter (2004) s 26, Born (1999) s 2, Heuman (1999) 20, Lindskog, (2005) s 36, 46 och 57 vid not 153, Ramberg (2004) s 75 samt Ramberg (2006) s 53 och 103.

<sup>22</sup> Redfern & Hunter (2004), s 26.

<sup>23</sup> Redfern & Hunter (2004), s 26.

<sup>24</sup> Jfr Berglie (2009) s 3 ff.

En rättegång på bortaplan är som regel förenad både med betydande osäkerhet och med ökade kostnader och framstår därför sällan som ett särskilt tilltalande tvistlösningsalternativ.<sup>25</sup> Det sagda gäller kanske särskilt försåvitt motparten inte blott har hemvist i en främmande stat utan *är* en främmande stat eller ett därav helägt statsbolag. I länder där de demokratiska värdena sviktar och Montesquieus maktfördelningslära är främmande för makthavarna kan det ibland med fog befaras att landets domstolar inte utgör någonting annat än statens förlängda arm.<sup>26</sup> Till skillnad från domstolsförfarandet erbjuder dock ett internationellt skiljeförfarande en neutral tvistlösningsform.<sup>27</sup>

Av betydelse är för det andra att New York-konventionen<sup>28</sup> utgör "... one of the most successful instruments in the history of international treaties."<sup>29</sup> Konventionen har till dags dato ratificerats av över 120 stater vilket medför att en skiljedom utgör en långt mer internationellt erkänd exekutionstitel än en domstolsdom.<sup>30</sup> Således kan ett internationellt skiljeförfarande vara en förutsättning, inte bara för att få rätt, utan också för att slutligen kunna utkräva densamma.

Mot bakgrund av det inledningsvis anförda torde det inte behöva spillas många fler ord för att belysa skiljeförfarandets betydelse som alternativ till – eller rent av som substitut för – domstolsförfarandet som tvistlösningsform för slitande av kommersiella tvister, särskilt sådana med internationella inslag.<sup>31</sup>

### 1.1.1 Något om betydelsen av *lex arbitri*

"Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of the international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of States have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further."<sup>32</sup>

I kontrast till den materiella rätten – över vilken den internationella rättsutvecklingen kommit att utöva ett betydande inflytande – har den ekonomiska integrationen alltjämt lämnat den formella rätten relativt orörd.<sup>33</sup> Några enhetliga regler med avseende på skiljeförfaranden har exempelvis inte har utformats inom ramen det europeiska lagstiftningsarbetet och skiljedomsrätten utgör därmed ett utav de fåtal rättsområden som överhuvudtaget inte kommit att beröras av integrationen inom den Europeiska unionen.<sup>34</sup>

<sup>25</sup> Park (1995) s 15 och Redfern & Hunter (2004) s 31.

<sup>26</sup> Se Horn (2004) s 25 och Redfern & Hunter (2004) s 31.

<sup>27</sup> Se även Heuman (1999) s 715 och Sutton, Kendall & Gill (1997) s 10.

<sup>28</sup> *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Done at New York, 10 June 1958; entered into force, 7 June 1959 United Nations, Treaty Series, vol 330, p 38, No 4739 (1959).

<sup>29</sup> Pietro & Platte (2001) s 11.

<sup>30</sup> Prop 1998/99:35 s 36 f. Se vidare Redfern & Hunter (2004) s 27.

<sup>31</sup> Mot bakgrund av det ovanstående är det föga förvånande att skiljedomsinstitutionen kunnat notera en kontinuerligt ökad måltillströmning med toppnoteringar år 2008. Se t ex SCC Statistical Report (2008) s 1, ICC Statistical Report (2008) och ICSID Annual Report (2008) s 5.

<sup>32</sup> *Barcelona Traction Case*, Judgment (ICJ Rep 1970 s 3).

<sup>33</sup> Hunter (2000) s 4.

<sup>34</sup> Således undantas uttryckligen skiljedomar från såväl Bryssel I-förordningens som Brysselkonventionens tillämpningsområde. Se *Rådets förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område*, EGT 2001 L 12/1 ("Bryssel I-förordningen") art 1.2.d respektive *Konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område* ("Brysselkonventionen") art 1.II.4. Detta har motiverats av att de internationella konventionerna om skiljeförfarande ansetts "... tillräckliga även för EG-staternas behov." Se Pålsson (2008) s 68. Genom det så kallade *Atlantic Emperor-fallet* fastslog även ECJ att inte heller judiciella förfaranden i anslutning till skiljeförfaranden omfattas av konventionens bestämmelser. Se Case C-190/89, *Marc Rich and Co AG v Società Italiana Impianti PA* [1991] ECR I-3855. Se härtill prop 1998/99:35 s 38 f och Cars (2000) s 17.

I ett globalt perspektiv har det visserligen skett en viss frivillig harmonisering av den autonoma skiljedomsrätten genom att den av UNCITRAL utarbetade modellagen<sup>35</sup> anknutits till New York-konventionens krav, vilka därigenom samfällt vunnit vidsträckt anslutning.<sup>36</sup> Ehuru modellagen tjänat som utgångspunkt vid utformningen av ett flertal nationella lagstiftningar om skiljeförfarande – däribland den svenska<sup>37</sup> – kvarstår emellertid i mångt och mycket de problem vilka modellagen ursprungligen syftade till att överbrygga:

*“Problems and undesired consequences, whether emanating from mandatory or non-mandatory provisions or from a lack of pertinent provisions, are aggravated by the fact that national laws on arbitral procedure differ widely. The differences are a frequent source of concern in international arbitration, where at least one of the parties is, and often both parties are, confronted with foreign and unfamiliar provisions and procedures. For such a party it may be expensive, impractical or impossible to obtain a full and precise account of the law applicable to the arbitration.”<sup>38</sup>*

I förarbetena till lagen om skiljeförfarande uttalas att det ”... i modern tid på skiljedomsrättens område [föreligger] två parallella och delvis motsägelsefulla utvecklingstendenser: å ena sidan en starkt tilltagande internationalisering och å andra sidan en klart markerad nationell profilering.”<sup>39</sup> Skiljedomsrätten är således långt ifrån globalt harmoniserad; tvärtom har nationella särdrag kommit att prägla den legislativa utvecklingen.<sup>40</sup> Avsaknaden av likformig nationell reglering medför att platsen för ett internationellt skiljeförfarande kan ha ”... profound legal and tactical consequences [which] can materially alter the course of the dispute resolution.”<sup>41</sup> Platsen för ett internationellt förfarande bestämmer nämligen, utöver skiljedomens nationalitet, *lex arbitri*, det vill säga vilket lands lag som är tillämplig på förfarandet, en fråga som inte sällan kan få stor betydelse. Inom tillämpningsområdet för *lex arbitri* faller nämligen de fundamentala frågorna hur skiljenämndens behörighet skall hanteras, liksom när och under vilka förutsättningar en skiljedom kan upphävas av domstol, exempelvis av det skälet att skiljenämnden saknat behörighet.<sup>42</sup>

I sin medvetna strävan att undvika tvist inför motpartens nationella domstolar tycks parterna i ett internationellt skiljeförfarande dock från stund till annan vara mer eller mindre omedvetna om vad valet av plats kan komma att få för betydelse – frånsatt förstås tillgången till ett välrenommerat kök – nämligen vad *lex arbitri* föreskriver.<sup>43</sup> Ett förbiseende härvidlag kan naturligtvis få för båda parter överraskande och för den tappande parten ödesdigra konsekvenser.

Ett illustrativt exempel på det inledningsvis sagda utgör rättsfallet NJA 2008 s 406, i vilket den vinnande parten i skiljeförfarandet till sitt förtret fick se skiljedomen upphävd av Högsta domstolen med hänvisning till att skiljenämnden felat vid sin tillämpning av just *lex arbitri*. Det nämnda rättsfallet bildar också utgångspunkten för, liksom bakgrunden till, föreliggande uppsats.

<sup>35</sup> *Model Law on International Commercial Arbitration*, United Nations documents A/40/17, annex I and A/61/17, annex I, as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985, and as amended by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006.

<sup>36</sup> Sanders (1999) s 13.

<sup>37</sup> Prop 1998/99:35 s 47 och 309.

<sup>38</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, s 25.

<sup>39</sup> Prop 1998/99:35 s 37.

<sup>40</sup> Prop 1998/99:35 s 39. Se även Nathan (2000) s 40.

<sup>41</sup> Born (2001) s 573.

<sup>42</sup> LSF 46 §. För en strukturerad redogörelse för tillämpningsområdet för *lex arbitri*, se Redfern & Hunter (2004) s 95.

<sup>43</sup> Heuman (1999) s 715.

## 1.2 BAKGRUND

---

Bakgrunden till den problemställning varom föreliggande uppsats handlar står att finna i Högsta domstolens avgörande NJA 2008 s 406. Till detta rättsfall kommer vi att få anledning att återvända framgent med en mer vidlyftig redogörelse. I korthet var omständigheterna följande:

Den 23 februari 1998 träffade det på Gibraltar registrerade oljebolaget Petrobart Limited ("Petrobart") avtal med det av Republiken Kirgizistan ("Republiken") helägda statsbolaget Kyrgyzgazmunaizat Joint Stock Company ("KGM"), om att på kredit leverera 200 000 ton kondenserad gas. Sedan Petrobart levererat gasen utan att erhålla betalning väckte bolaget talan mot KGM inför lokal domstol i Republiken. Sedan detta visat sig fruktlöst initierade Petrobart under början av 2000-talet två internationella skiljeförfaranden mot Republiken under åberopande dels av kirgizisk Foreign Investment Law – som erbjöd tvistlösning enligt bland annat UNCITRAL-RoA – dels av det multilaterala fördraget The Energy Charter Treaty – som erbjöd tvistlösning enligt SCC-RoA. Skådeplatsen för båda förfarandena var Stockholm och svensk lag var därmed tillämplig på förfarandena i enlighet med *lex arbitri*. Sedan skiljenämnden i det första förfarandet förklarat sig obehörig och avvisat Petrobarts talan medan skiljenämnden i det andra förfarandet förklarat sig behörig och bifallit Petrobarts talan, överklagade respektive klandrade båda parterna respektive skiljedom till Svea hovrätt. I förfarandena inför hovrätten fastslog domstolen i båda fallen skiljenämndernas domar; hovrätten fann att skiljenämnderna prövat sin behörighet på ett korrekt sätt och att grund för upphävande därför saknades. I det förra fallet, men inte i det andra, tillät hovrätten emellertid att dess dom överklagades till Högsta domstolen. Petrobart överklagade sedermera avvisningsdomen med yrkande Högsta domstolen skulle upphäva densamma. Den 28 mars 2008, det vill säga ett decennium – under vilket parterna genomdrivit två skiljeförfaranden och fyra domstolsförfaranden – efter det att Petrobart och KGM ursprungligen undertecknade leveransavtalet, meddelade Högsta domstolen dom i målet som sedermera kom att refereras såsom NJA 2008 s 406.

Med undanröjande av skiljenämndens dom gjorde Högsta domstolen i det ifrågavarande fallet följande synnerligen intressanta uttalande:

*"Det är en etablerad grundsats i svensk rätt att skiljemännen vid [behörighetsprövningen] skall tillämpa påståendedoktrinen. Dock råder viss oklarhet om vad denna doktrin innebär och hur långt den sträcker sig."*<sup>44</sup>

Att den så kallade påståendedoktrinen i enlighet med *lex arbitri* skulle ha tillämpats av skiljenämnden vid behörighetsprövningen var således enligt Högsta domstolen klart – ja, rentav en etablerad grundsats i svensk rätt! Vad detta innebar, liksom *hur långt* denna doktrin egentligen sträckte sig var emellertid, enligt samma domstol, oklart.

## 1.3 PROBLEMFÖRMULERING

---

"The care by which the new Act has been drafted manifests the recognition by the Swedish legislator of well-established principles of international commercial arbitration. Parties choosing arbitration in Sweden need not worry about coming across any *national peculiarities* ..."<sup>45</sup>

Det finns idag ett närmast oöverblickbart antal internationella avtalsförhållanden som omfattas av skiljeklausuler och följaktligen en mångfald privaträttsliga rättssubjekt som förbundet sig att slita sina tvister i enlighet med förfarandelandets processuella regelverk. Sådana materiella avtal sträcker sig vanligtvis över långa tidsrymder och som bekant är skiljeavtal att hänföra till den sällsamma skaran "eviga avtal"; de kan endast undantagsvis ensidigt sägas upp till upphörande och kan därför vanligtvis alltid åberopas i tvist avseende den fråga som omfattas av detsamma.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Emfas här.

<sup>45</sup> Magnusson (SCC 2/2004) s 3. Kursiverat här.

<sup>46</sup> Lindskog (2005) s 144 och Heuman (1999) s 133. Se även SOU 1994:81 s 109.

Vid sidan av dessa privaträttsliga avtal finns det även ett stort antal nationella lagar genom vilka stater samtycker till att underkasta sig skiljeförfarande i vissa fall, liksom en mångfald bi- och multilaterala fördrag med samma innebörd. En särställning i sammanhanget intar de internationella investeringslagarna i allmänhet, samt i synnerhet de över 2 400 bilaterala investeringsavtal som träffats mellan i princip alla världens länder. Dessa lagar och fördrag stipulerar i princip undantagslöst tvistlösning genom internationellt skiljeförfarande.<sup>47</sup>

Utifall Sverige utgör platsen för ett internationellt förfarande – vilket inte är helt ovanligt<sup>48</sup> – är svensk processrätt tillämplig på processuella frågor i enlighet med *lex arbitri*. Följaktligen finns det ett stort antal såväl löpande som avslutade avtalsförhållanden mellan utländska och inhemska privata och statliga rättssubjekt som omfattas av skiljeavtal varpå svensk skiljedomsrätt äger eller kommer att äga tillämpning. Sådana parter har å sin sida fullt berättigade krav på att den svenska skiljedomsrätten inte utvecklar sig dithän ingen på förhand kunnat förutse.<sup>49</sup> Om så sker – om den svenska rättsutvecklingen betraktas som nyckfull och därmed oförutsebar – kommer naturligtvis Sverige å sin sida att tappa sin attraktionskraft som skiljedomsland liksom den svenska skiljedomsrätten kommer att förlora sin attraktionskraft som tvistlösningsmekanism för utländska parter.<sup>50</sup> Mot denna bakgrund ligger det förstås i allas intresse att autonom svensk skiljedomsrätt utvecklas i överensstämmelse med den internationella skiljedomsrätten för att därigenom såvitt möjligt harmonisera med vedertagna internationella processprinciper.<sup>51</sup> I enlighet med det anförda sades i förarbetena till lagen om skiljeförfarande att den internationella utvecklingen "... i inte ringa utsträckning [bör] präglade den nya lagen."<sup>52</sup> Detta principiella ställningstagande måste naturligtvis alltjämt äga aktualitet och likaledes avse tolkningen och tillämpningen av lagen.<sup>53</sup>

### 1.3.1 Problemställningar

Den av Högsta domstolen i NJA 2008 s 406 anvisade påståendedoktrinen är en rättsgrundsats vars fulla tillämpningsområde alls icke har klarlagts;<sup>54</sup> doktrinen har inte gjorts till föremål för någon systematisk översyn utan är endast underkastad sporadisk och styvmoderlig behandling i litteraturen.<sup>55</sup> Antalet vägledande avgöranden vari doktrinen uttryckligen har tillämpats i skiljetvister är få till antalet och i viss mån svårtillgängliga till sin karaktär. Till yttermera visso förefaller det inte föreligga någon enhetlig begreppsbestämning utan snarare råda viss begreppsförvirring.<sup>56</sup> Av dessa skäl synes ifrågavarande problemkomplex – den processrättsliga påståendedoktrинens betydelse i skiljeförfaranden – utgöra ett lämpligt studieobjekt, särskilt emedan denna doktrin tycks ge upphov till ett flertal intressanta problemställningar.

<sup>47</sup> Broches (1995) s 447 och Wong (Geo Mason L Rev 2006) s 136.

<sup>48</sup> Exempelvis hade i hälften av de av SCC administrerade skiljeförfarandena 2008 en part hemvist utom Sverige. Noteras bör även att SCC sedan 2001 handlagt 27 investeringstvister vilket placerar institutet på en andra plats efter ICSID. Se SCC Statistical Report (2008) s 2. Se även Rubins & Hory (SIAR 2005:1) s 50.

<sup>49</sup> Prop 1998/99:35 s 45.

<sup>50</sup> Magnusson (SCC 2/2004) summerar exempelvis (s 3) "the principles of a wellfunctioning arbitral jurisdiction" enligt följande: (a) a high degree of respect by local courts for the autonomy of the arbitral process; (b) maximum effectiveness of awards; and (c) law and practice which creates a certainty as to the arbitral proceedings." Kurs här.

<sup>51</sup> Jfr prop 1998/99:35 s 46.

<sup>52</sup> Prop 1998/99:35 s 43. Se även a prop s 45 ff.

<sup>53</sup> Att detta, av delvis andra skäl än de här anförda, särskilt gäller i investeringstvister kommer att utvecklas nedan.

<sup>54</sup> Se, utöver HD:s domskäl, särskilt föredraganden, RevSek Thornefors, betänkande i NJA 2008 s 406. Se även Heuman & Westberg (1995) s 31.

<sup>55</sup> Det närmaste en systematisk framställning som står att finna torde vara Schöldströms *Kärandens påstående som grund för domstols behörighet*, nedan cit: Schöldström (2007).

<sup>56</sup> Se exempelvis Heuman (JT 2007/08) s 835 som gör gällande att förarbetena till lagen om grupptalan bygger på en missuppfattning av doktrinen. Jfr häremot prop 2001/02:107 s 71 ff. Se vidare Reldén & Nilsson (JT 2007/08) s 749 not 50 som gör åtskillnad mellan "principen om dubbelrelevanta rättsfakta" och "påståendedoktrinen".

En första övergripande frågeställning som uppställs till besvarande inom ramen för föreliggande uppsats – dess ”bottom line” om man så vill<sup>57</sup> – lyder:

*Vad innebär det att påståendedoktrinen, i enlighet med NJA 2008 s 406, skall läggas till grund för bedömningen av skiljenämnds behörighet enligt svensk rätt?*

Att söka besvara ovanstående fråga har förvisso ett egenvärde eftersom den framstår som förhållandevis oklar. Dess besvarande är dock i huvudsak instrumentellt i förhållande till uppsatsens andra överordnade problemställning – som närmast utgör ett utflöde av ovanstående problemformulering – vilken kan formuleras enligt följande:

*Utgör tillämpning av påståendedoktrinen, i enlighet med NJA 2008 s 406, en icke önskvärd ”national peculiarity” och kan i så fall NJA 2008 s 406 karaktäriseras som ytterligare ett skiljedomsrättsligt ”olycksfall i arbetet”?*<sup>58</sup>

### 1.3.2 Syfte & metod

”[D]e flesta av dagens processrättsforskare [ägnar sig] nästan uteslutande åt att försöka fånga innehållet i gällande rätt. Lagen sägs vara frusen politik och gällande rätt liknas vid ett väldigt block av frusen erfarenhet. Det låter vackert med stagnerat. Man föreställer sig att det är gott om tid – allt medan vattnet forsar fram under Fyris broar och dagarna mörknar minut för minut. När analysen av ’gällande rätt’ äntligen är klar har den ofta förvandlats till oavsiktlig rättshistoria. [...] ’Historien utspelar sig i skuggan av samtiden.’”<sup>59</sup>

Problemformuleringen och de därur härledda problemställningarna höljer sammantaget ett tudelat syfte med föreliggande uppsats: (1) att söka klarhet i påståendedoktrинens betydelse *de lege lata* för skiljenämnds behörighetsprövning enligt NJA 2008 s 406 och (2) att problematisera Högsta domstolens tillämpning av doktrinen delvis *de lege ferenda* utifrån de rättsliga premisser som var aktuella i rättsfallet. Det rör sig således om en rättsfallsanalys på två nivåer: Först en analys av den abstrakta prejudikatregel som Högsta domstolen ställt upp i det ifrågavarande fallet och skälen som anförts till stöd för regel i allmänhet. Därefter en analys av domstolens konkreta tillämpning av rättsregeln på omständigheterna i det föreliggande fallet och skälen för denna tillämpning. Det sistnämnda, delvis normativt präglade syftet, bör således inte sammanblandas med, utan istället betraktas som en fortsättning på, den förstnämnda klarläggande undersökningen.<sup>60</sup>

Syftet med uppsatsen torde vara att beteckna såsom rättsdogmatiskt, ehuru det måhända går utöver vad som traditionellt brukar intolkas härunder, det vill säga att tolka och systematisera ”gällande rätt”.<sup>61</sup> Som dess undertitel vittnar om har uppsatsen huvudsakligen en problemorienterad eller -inriktad ansats; ambitionen är i första hand att företa en probleminventering efter NJA 2008 s 406.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Ramberg (2003) s 11 ff.

<sup>58</sup> Utöver, naturligtvis, RH 2005:1 (”Titan-målet”), som har karaktäriserats just som ett skiljedomsrättsligt ”olycksfall i arbetet”. Se därom Bagner (ICC-nytt 2005) s 6 samt Reldén & Nilsson (JT 2005/06) s 913 f. Se även Shaughnessy (SIAR 2005:2) särskilt s 269 ff samt Jarvin & Dorgan (Mealey’s Int’l Arb Rep 2005) s 42 ff.

<sup>59</sup> Lindblom (2006) s 111.

<sup>60</sup> Lindblom & Rylander (1979) s 18.

<sup>61</sup> Peczenik (2005) s 312. Se även Hellner (2001) s 22.

<sup>62</sup> En strävan mot en rättsvetenskap mer koncentrerad på öppnare problembehandlingar och mindre orienterad kring gällande rätt har förespråkats av flera forskare, bland andra Asp (2004) s 48, Agell (1997) s 51 och 48, Ramberg (2003) s 56 och Westberg (1992) s 436 ff. Jfr även exempelvis Lindskog som beskriver syftet med sina lagkommentarer som just probleminriktad. Se t ex Lindskog (2005) s 19. Jfr dock Lindblom & Rylander (1979) s 20, som inpassar probleminventeringen under studiet av gällande rätt.



Till fullgörande av det rättsdogmatiska syftet finns som bekant en därmed korrelerande metodik att tillgå som lakoniskt brukar betecknas "traditionell juridisk metod". Denna metod utgår ifrån, eller utgör en synonym till, den så kallade rättskälleläran – en hierarkiskt uppbyggd problemlösningssmall genom vilken rättsföljden "gällande rätt" deduceras ur rättskällorna vars tillförlitlighet i princip tas för given. Perspektivet är domarens sålunda att gällande rätt anses liktydigt med den rättsföljd som en domstol, företrädesvis den högsta, skulle utdöma på grundval av givna rättsfakta.<sup>63</sup> Syftet med en traditionell rättsdogmatisk utsaga kan därför närmast betraktas som ett försök till att prognostisera domstolens förväntade beteende,<sup>64</sup> och validiteten hos densamma prövas till syvende och sist mot domstolens faktiska beteende.<sup>65</sup> Emedan påståendedoktrinen utgör en rättsgrundsats, det vill säga en icke formellt stiftad rättsregel utan istället en av den högsta instansen etablerad rättsprincip,<sup>66</sup> ger det sagda vid handen att gällande rätt och rättspraxis i förevarande fall närmast bildar en identisk enhet. Sökandet efter "gällande rätt" måste därför i princip ske medelst rättsfallanalys och -tolkning, göromål som därför kommer uppta en inte oväsentlig del av studien.<sup>67</sup>

Eftersom jag inte förbehållslöst anslutit mig till det rättsdogmatiska paradigmatets klassiska mål – att fastställa "gällande rätt" – kan jag dock inte utan reservation anamma dess medel – rättskälleläran. Syftet bestämmer som bekant metoden, och den klassiska rättsdogmatikens metodologiska ramverk ter sig alltför snäva för uppsatsens överordnade syfte. Även om Högsta domstolens avgöranden naturligtvis är vägledande bildar de inte lag. Finns det skäl att argumentera för att Högsta domstolen dömt fel, antingen av det skälet att den av domstolen uppställda rättsgrundsatsen ter sig felaktig, eller därför att rättsgrundsatsen förvisso framstår som välmotiverad *per se*, men felaktigt tillämpad av domstolen, står det enligt min mening rättsvetenskapsmannen såväl som uppsatsstudenten fritt att söka påvisa detta.<sup>68</sup>

Med att Högsta domstolen enligt min uppfattning bör fungera också som en rättsskapande domstol följer krav på det som Lindskog betecknat som ett "holistiskt förhållningssätt", det vill säga att domstolen domar bör vara väl förankrade i relevanta samhällsförhållanden.<sup>69</sup> En kritik av Högsta domstolens dömande verksamhet kan därför enligt min mening hämta stöd, inte bara ur de traditionella rättskällorna – lag, förarbeten, prejudikat och eventuellt juridisk doktrin – utan även annorstädes. Således kommer NJA 2008 s 406 att analyseras bland annat i ljuset av den omfattande skiljedomspraxis som vuxit fram under det till Världsbanken knutna *International Center for the Settlement of Investment Disputes* ("ICSID"), trots att denna praxis inte kan betecknas som någon egentlig rättskälla. I så måtto kan uppsatsen sägas innefatta även ett komparativt inslag, vilket förhoppningsvis kan bidra till att "... bryta ned förutfattade meningar och [avsätta] fruktbarande impulser de lege ferenda."<sup>70</sup> Till intäkt för tillåtligheten av ett dylikt, mer förbehållslöst förhållningssätt, tar jag följande uttalande av Rune Lavin: "... en forskare använder vilket material som helst alltefter de syften han har med sin undersökning."<sup>71</sup>

<sup>63</sup> Asp (2004) s 47. Se även Lindskog (2005) s 21 f.

<sup>64</sup> Efter Ross välkända "prognosteori". Se Ross (1953) s 55 ff.

<sup>65</sup> Hydén (2002) s 24 f, Hellner (2001) s 22 f och Töllborg (JT 1995/96) s 356.

<sup>66</sup> Strömholm (1996) s 234 ff. Begreppets innebörd är omdiskuterad, se Agell (1997) s 51. Peczenik använder termerna princip och grundsats som synonymer. Se Peczenik (2005) s 446.

<sup>67</sup> Jfr Lindblom & Rylander (1979) s 21.

<sup>68</sup> Jfr Lindskog (2005) s 23.

<sup>69</sup> Lindskog (JT 2002/03) s 72.

<sup>70</sup> Lindblom & Rylander (1979) s 17.

<sup>71</sup> Lavin (FT 1990) s 73. Se även Lavin (FT 1989) s 119. Jfr dock Peczenik (FT 1990) s 47 samt Peczenik (2005) s 315. Den intressanta polemiken mellan Lavin och Peczenik sammanfattas väl i Bergholtz (1997).

### 1.3.3 Avgränsningar

En tillämpning av påståendedoktrinen tycks framför allt aktualiseras vid prövningen av processhinder, företrädesvis sådana som är att hänföra endera till parterna – föreligger talerätt? – eller till domstolen respektive skiljenämnden – föreligger behörighet?<sup>72</sup> Av det föregående har det säkert redan framgått att föremålet för föreliggande uppsats är påståendedoktrins betydelse för skiljenämnds behörighet. Påståendedoktrins innebörd vid prövning av domstols behörighet kommer att behandlas ytterst schematiskt i förklarande syfte, dess betydelse för övriga processhinder inte alls.

Blott jurisdiktionsfrågan rymmer dock ensamt "... tillräckligt med problematik för att fylla en traditionell monografi."<sup>73</sup> För att möjliggöra en någotsånär djuplodande och stringent genomlysning av det tilltänkta ämnet framstår det därför såsom tvunget att snäva in föremålet för uppsatsen ytterligare. Jag kommer därför uteslutande att behandla behörighetsfrågor i förmögenhetsrättsliga tvister vari åtminstone en utav parterna är ett privaträttsligt rättssubjekt. Detta innebär bland annat att framställningen avgränsas till tvister vari parterna förfogar över tvisteföremålet sålunda att de med bindande verkan kunnat sluta avtal därom. Inom ramen för denna avgränsning faller uppenbarligen endast tvister som är dispositiva och därmed skiljedomsmässiga.<sup>74</sup>

### 1.3.4 Disposition

Den fortsatta framställningen kommer att disponeras enligt följande. I nästföljande avsnitt kommer helt kort en introducerande redogörelse för påståendedoktrins innebörd i allmänhet att lämnas i syfte att skapa en grund att ta avstamp ifrån. Därefter kommer i uppsatsens Del II – *Påståendedoktrinen & skiljeförfarande* – den abstrakta prejudikatregel som Högsta domstolen formulerat att analyseras i syfte att klarlägga påståendedoktrins närmare innebörd i skiljeförfaranden. Därefter skiftar uppsatsen perspektiv för att i dess Del III – *Påståendedoktrinen & investeringstvister* – söka problematisera domstolens konkreta tillämpning av doktrinen i den föreliggande investeringstvisten. Till sist, i uppsatsens Del IV – *Avslutning* – kommer några sammanfattande slutsatser att redovisas.

## 1.4 PÅSTÅENDEDOKTRINEN I ALLMÄNHET

---

Påståendedoktrinen innebär schematiskt att domstolen emellanåt skall inskränka processhindringsprövningen till att endast avse parts påstående om existensen av relevanta rättsfakta, närmare bestämt när prövningen avser så kallade *dubbelrelevanta rättsfakta*.

### 1.4.1 Något om så kallade dubbelrelevanta rättsfakta

Av tradition görs som bekant inom den dualistiskt systematiserade svenska rättsordningen, liksom i flertalet främmande rättsordningar, åtskillnad mellan materiell och formell rätt.<sup>75</sup> Till denna dikotomi anknuter skillnaden mellan materiella och processuella frågor.<sup>76</sup> Den materiella frågan – saken i målet – är avhängig förefintligheten av och betydelsen hos materiella (civilrättsligt relevanta) rättsfakta sålunda att viss eftersträvd rättsföljd anknutits därtill i för

<sup>72</sup> Heuman & Westberg (1995) s 25 ff. Se även Heuman (1999) s 76.

<sup>73</sup> Lindblom (1974) s 14.

<sup>74</sup> LSF 1 §. Se även prop 1998/99:35 s 178 samt Ekelöf I s 59, Lindskog (2005) s 67 och 226 ff och Kvart & Olsson (1999) s 39.

<sup>75</sup> Till den materiella rätten hänförs regler om innehållet i ett rättsförhållande – regler om rättigheter och därmed korresponderande skyldigheter. Till den formella rätten hänförs regler om formerna för rättskipningen – regler om förfarandet vid domstol och inför skiljenämnd.

<sup>76</sup> Ekelöf I s 51 och Lindell (2003) s 31.

målet relevant civilrättslig lagstiftning.<sup>77</sup> Processuella frågor – däribland frågan om processhinder<sup>78</sup> föreligger – prövas på grundval av formella (processrättsligt relevanta) rättsfakta på så vis att aktuell rättsföljd bestäms av på förfarandet tillämplig processrättslig lagstiftning.<sup>79</sup> Mellan processuella och materiella frågor föreligger i teorin vattentäta skott. Sanningen har dock som alltid en tendens att överträffa dikten. Processuella frågor kan nämligen emellanåt komma att avgöras helt eller delvis på grundval av samma faktaunderlag som den materiella frågan varom tvisten handlar.<sup>80</sup> Ett och samma rättsfaktum kan följaktligen vara av betydelse såväl för frågan om talan skall avvisas eller målet upptas till sakprövning som för frågan om talan skall bifallas eller ogillas efter sakprövning. Ifrågavarande rättsfaktum blir därmed samtidigt relevanta både som formell processförutsättning och som materiell bifallsförutsättning. Rättsfakta som på angivet vis äger dubbel formell och materiell relevans betecknas *dubbelrelevanta rättsfakta*.<sup>81</sup>

#### 1.4.2 Dubbelrelevanta rättsfakta vid prövning av domstols behörighet

Alltsomoftast saknar behörighetsgrundande rättsfakta betydelse för saken i målet.<sup>82</sup> Ibland kan det dock inträffa att det materiella rättsfaktum varpå kändanden grundar sin talan i sak tillika är av formell betydelse för domstolens behörighet att sakpröva tvisten ifråga. Om detta rättsfaktum bestrids av svaranden blir det tydligen relevant både som process- och bifallsförutsättning, det vill säga ett dubbelrelevant rättsfaktum, vilket vållar vissa problem.<sup>83</sup> Betraktas och behandlas dessa som formella rättsfakta, sålunda att prövningen därav avser förekomsten eller avsaknaden av processförutsättningar, medför detta uppenbarligen att även den materiella tvistefrågan – saken – dras in i processhindersprövningen och kan komma att avgöras inom ramen för den för processuella frågor stadgade handläggningsordningen.<sup>84</sup> Alldenstund den formella prövningen av processförutsättningarna sammanfaller med den materiella prövningen av bifallsförutsättningarna tycks parterna alltså vara nödgade att processa i sak utan vetskap om huruvida domstolen är behörig eller ej. Det sagda illustreras väl av rättsfallet NJA 2005 s 586.

I NJA 2006 s 586 ansökte A om stämning på det i Danmark domicilierade företaget Rambøll med yrkande att Rambøll skulle förpliktigas att till A utge visst belopp. Till grund för sin talan i sak åberopade A att han enligt ett mellan parterna föreliggande avtal var berättigad att utfå det yrkade beloppet. Som grund för domstolens behörighet åberopade A Brysselkonventionens artikel 5(1) och det i första ledet stipulerade forum solutionis – ”The Unruly Horse of the Brussels Convention”<sup>85</sup> tillika konventionens viktigaste specialfora för avtalsrättsliga tvister – enligt vilken en talan som avser avtal får väckas vid domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser skall uppfyllas. Rambøll invände att något avtal inte förelåg parterna emellan.<sup>86</sup>

<sup>77</sup> Dyliga materiella rättsfakta, som är avgörande för om käromålet skall bifallas eller ogillas, betecknas framgent bifallsförutsättningar.

<sup>78</sup> I RB begagnas som bekant härför termen rättegångshinder medan den vedertagna beteckningen inom skiljedomsrätten tycks vara sakprövningshinder. Se Lindblom (1974) s 12, Ekelöf II s 11 f och Heuman (1999) s 356. Rättsföljden är dock densamma – att talan avvisas utan prövning i sak.

<sup>79</sup> Ekelöf I s 40 f och Nordh (2008) s 12. Sådana formella rättsfakta, vars förhandenvaro är avgörande för om käromålet skall avvisas eller upptas till sakprövning, benämns i det följande processförutsättningar. Härmed förstås i princip avsaknad av processhinder. Se Ekelöf II s 11 och Hassler (1963) s 57 ff. Inom skiljedomsrätten används ibland termen sakprövningsförutsättningar, varmed således avses avsaknad av sakprövningshinder. Se Heuman (1999) s 355.

<sup>80</sup> Heuman & Westberg (1995) s 27.

<sup>81</sup> Termen härrör från tyskans *doppelrelevante Tatsachen*. Se t ex Pålsson (SvJT 1999) s 315.

<sup>82</sup> Svaranden stäms väl i allmänhet in vid *forum generale*, det vill säga vid det i RB 10 kap 1 § stipulerade *forum domicilii*, och det är svårt att överhuvudtaget föreställa sig hur dennes hemvist skulle kunna vara av betydelse för saken i målet. Jfr Ekelöf II s 43 och NJA 2005 s 586.

<sup>83</sup> Lindblom (1974) s 12 och 20, samt Lindblom (1993) s 21. Se även Ekelöf V s 198 ff samt Bylund (SvJT 1975) s 334.

<sup>84</sup> Heuman & Westberg (1995) s 27.

<sup>85</sup> Pålsson (1997) s 259.

<sup>86</sup> Pålsson (1997) och (SvJT 199 s 319 ff) behandlar utförligt problematiken förknippad med denna situation.

Eftersom svaranden bestred att avtal hade träffats var denna fråga avgörande såväl för domstolens behörighet som för saken i målet, det vill säga ett dubbelrelevant rättsfaktum. Den av Högsta domstolen formulerade prejudikatfrågan i målet var huruvida sådana rättsfakta skulle "... behöva bevisas redan inom ramen för behörighetsprövningen."<sup>87</sup>

### 1.4.3 Påståendedoktrinen – ett processrättsligt trollspö?

Som en allmänt formulerad huvudregel anses gälla att käranden har att behörighetsgöra domstolen, det vill säga visa sådana formella rättsfakta som grundlägger dess behörighet och som därmed utgör processförutsättningar.<sup>88</sup> Svaret på den av Högsta domstolen resta frågan skulle således vara det i normalfallet inte är tillfyllest att behörigheten blott är av käranden *påstådd*; det krävs att käranden bevisar att domstolen verkligen *är* behörig.<sup>89</sup>

Högsta domstolen konstaterade följaktligen att käranden "i princip" har bevisbördan för sådana omständigheter som grundar rättens behörighet vilket, för att citera Lindskog, är "... ett uttryckssätt som numera har vunnit Högsta domstolens synnerliga gillande och som såvitt jag förstår uttrycker ungefär att man inte riktigt menar det man säger utan bara nästan."<sup>90</sup> Så även i detta fall. Domstolen menade nämligen att "ändamålsskäl" och "processekonomiska skäl" mycket starkt talade för "... att domstolen inte skall behöva ge sig in i sakfrågan i målet för att avgöra om den är behörig." Enligt domstolen var det rimligt att, när förekomsten av avtal bestrids "... domstolen vid prövningen av sin behörighet godtar de omständigheter käranden åberopar till stöd för att avtal har ingåtts." En förutsättning för detta var dock enligt domstolen att det inte redan av vad käranden anfört eller av andra skäl var uppenbart att påståendet saknade grund. Högsta domstolen lämnade med denna motivering med tillämpning av påståendedoktrinen Rambølls invändning utan bifall och ansåg sig behörig att i sak pröva A:s påstående om att avtal hade ingåtts mellan parterna endast på grundval av dennes påstående därom.

Högsta domstolens dom i NJA 2005 s 586 är väl förenlig med tidigare rättspraxis där samma principfråga aktualiserats,<sup>91</sup> och i litteraturen tycks påståendedoktrinen i denna skepnad anses vara vedertagen.<sup>92</sup> Detsamma kan dock inte sägas om dess betydelse inom skiljedomsrätten, där doktrinen betydelse är omdiskuterad och framstår som långt mer komplicerad.

<sup>87</sup> Denna frågeställning är förvisso inte ny. Exempelvis reste redan Kallenberg frågan om det "... för att en domstol skall vara kompetent är tillräckligt, att kompetensgrunden av käranden *påstås* föreligga, eller det fordras, att kompetensgrunden *verkligen* föreligger." Kallenberg (1923) s 270 f. Kursivering i original.

<sup>88</sup> Jfr RB 42 kap 2 § 1 st 4 p. Se härtill Gärde (1994) s 98 och Ekelöf II s 15 f. Se även NJA 2005 s 586 och AD 1995 nr 120.

<sup>89</sup> Rambøll hävdade i enlighet härmed att det inte var tillräckligt med "ett i det närmaste blankt påstående" om att avtal hade ingåtts för att tingsrätten skulle anses vara behörigt forum enligt konventionens art 5(1). A hade enligt Rambøll att styrka eller i vart fall göra sannolikt att avtalsgrundande rättsfakta förelåg.

<sup>90</sup> Lindskog (JT 2001/02) s 217.

<sup>91</sup> Den processprincip som nutilldags betecknas "påståendedoktrinen" är således förhållandevis djuprotad inom ramen för den allmänna svenska processrätten med rötter som sträcker sig åtskilliga decennier tillbaka i tiden. Se Schöldström (JT 2008/09) s 140. Principen kom tidigt till uttryck vid tillämpningen av somliga regler rörande domstols sakliga behörighet för att lösa behörighetskonflikter mellan allmän domstol och specialdomstol. Redan tidigt inskränktes därvid prövningen av domstolens behörighet till att blott avse kärandens eget påstående. Det prejudicerande rättsfall vartill doktrinen tycks kunna härledas, NJA 1973 s 1 (I-III), avsåg fastighetsdomstols behörighetsprövning. I detta rättsfall uttalade HD att eftersom käranden "... påstått, att skadorna orsakats genom miljöfarlig verksamhet, tillhör målet fastighetsdomstols prövning." Denna formulering har HD sedermera återanvänt i ett flertal senare rättsfall. Se t ex NJA 1973 s 527 och NJA 1976 s 422. Se även NJA 1978 s 113 och NJA 2005 N 12. Beträffande arbetsdomstolens behörighet, se särskilt AD 1995 nr 120 samt AD 1984 nr 147, AD 1977 nr 82, AD 1981 nr 64 och NJA 1984 s 705.

<sup>92</sup> Exempelvis har Lindblom (2001) s 42, konstaterat att det får anses fastslaget i rättspraxis att "... forumprövningen inskränks till att avse frågan om rätten är behörig enligt kärandens egna yrkanden och grunder (åberopanden och påståenden) och att man på detta stadium undviker att gå in på en prövning av i vilken mån han har stöd för sin talan." Även Ekelöf II s 44, har uttryckt att "... vid forumfrågans bedömning fäster man sålunda enbart avseende vid

I all sin enkelhet innebär således påståendedoktrinen synbarligen att parts nakna påstående om förhandenvaron av ett rättsfaktum skall godtas i processuellt hänseende utan krav på bevisning, dock troligtvis under förutsättning att dessa rättsfakta är dubbelrelevanta i målet.<sup>93</sup> Kärandens talan skall annorlunda uttryckt upptas till sakprövning så snart denne *påstår* att erforderliga processförutsättningar är uppfyllda; denne behöver alltså inte *visa* att relevanta behörighetsgrundande rättsfakta är för handen. För att vinna bifall till sitt påstående måste käranden emellertid, enligt allmänna bevisbörderegler, inom ramen för målets sakprövning styrka de materiella bifallsförutsättningarna för vilka han bär bevisbördan, dock vid äventyr att talan annars *ogillas* och inte att den *avvisas*.<sup>94</sup>

Sammanfattningsvis har domstolen således att pröva sin behörighet att sakpröva en tvist endast på av käranden åberopade rättsfakta och rättsliga kvalifikationer därav utan att ta hänsyn till vad svaranden gör gällande.<sup>95</sup> Svarandens påståenden – dennes bestridande av kärandens åberopade rättsfakta eller dennes invändningar beträffande kärandens rättsliga kvalifikation därav – kan alltså endast leda till ogillande i sak men inte till avvisning.<sup>96</sup> Detta dock under förutsättning att det inte, endast på grundval av vad käranden påstått, är uppenbart att domstolen inte är behörig att sakpröva dennes påstående. Om så är fallet skall den alltså inte lägga kärandens påstående till grund för sin behörighet utan istället avvisa talan.<sup>97</sup>

Genom en tillämpning av påståendedoktrinen undviks som synes det mödosamma göromålet att utstaka gränsen mellan process- och bifallsförutsättningar när dessa är att bedöma helt eller delvis på grundval av samma faktiska omständigheter. Kanske kan påståendedoktrinen därmed betecknas som ett processrättsligt trollspö med tillämpning av vilket alla intrikata behörighetsproblem, likt kaninen i hatten – *simsalabim* – går upp i rök.<sup>98</sup> Eller?

---

kärandens egen kvalificering av grunden för sin talan i stämningsansökan."Se härtil NJA 2004 s 743. Se även Heuman (2007) s 16, som anfört att "behörigheten [ofta bestäms] med ledning av kärandens grund, det vill säga hans påstående i stämningsansökningen, och sålunda inte med ledning av vad rätten senare kan finna vara utrett i målet."

<sup>93</sup> Att påståendedoktrинens tillämpningsområde är begränsat till rättsfakta som är dubbelrelevanta vinner stöd i såväl positiv som negativ bemärkelse. Att doktrinen *kan* tillämpas på rättsfakta som *är* dubbelrelevanta, se särskilt Heuman (JT 2007/08) s 835 samt AD 1995 nr 120 och NJA 2005 s 586. Att doktrinen *inte* kan tillämpas på rättsfakta som *inte är* dubbelrelevanta, se särskilt Pålsson (SvJT 1999) s 329 och Göta hovrätts dom i mål nr Ö 3163-07.

<sup>94</sup> Heuman & Westberg (1995) s 27 f.

<sup>95</sup> Schöldström (2007) s 172.

<sup>96</sup> Reldén & Nilsson (JT 2007/08) s 749 not 50.

<sup>97</sup> Ändamålsenligheten i denna ordning kan naturligtvis med visst fog sättas ifråga. Utifrån svarandens perspektiv vore det kanske mer praktiskt om domstolen ogillade kärandens talan utan kommunikation jämlikt RB 42 kap 5 § 1 st. Jfr härtil JR Ulveson, som i ett särskilt yttrande i NJA 1973 s 1 (I) framförde att domstolen även i uppenbara fall borde vara "... oförhindrad att ta upp kärandens talan till prövning i sak – och då naturligtvis ogilla den genom dom."

<sup>98</sup> Jfr Lindblom (2001) s 165, som betecknat talerättsprövning som "osynlig" eller "fiktiv". Se även Ekelöf II s 75 och 156.

## DEL II

# PÅSTÅENDEOKTRINEN & SKILJEFÖRFARANDE

## 2.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

---

De kommersiella aktörernas överordnade intresse – i allmänhet liksom vid tvist – är av ekonomisk natur.<sup>99</sup> Att tvista är alltid, oavsett sakens utgång, förenat med kostnader. Parterna har därför alltsomoftast ett berättigat intresse av att avgörandet inte onödigtvis fördröjs. I kommersiella förhållanden är många gånger ett snabbt avgörande – vilket som helst – kanske rentav viktigare än ett i alla avseenden materiellt korrekt avgörande; sen rättvisa är som bekant ingen rättvisa. Till skillnad från domstolsförfarandet har skiljeförfarandet också utformats för att, såvitt möjligt, garantera en skyndsam handläggning av tvisten; skiljeförfarandet utgör ett eninstansförfarande – ett "one shot opportunity" – utan möjlighet till överprövning på materiell grund. Syftet med denna ordning är naturligtvis att hastigt nå ett rättskraftigt avgörande av tvisten så parterna därigenom kan återgå till sin normala handel ochandel.<sup>100</sup>

Ett skiljeförfarande förutsätter dock i likhet med ett domstolsförfarande med nödvändighet förefintligheten av två processsubjekt: dels tvistande parter, dels en skiljenämnd som är behörig att uppta den ifrågavarande tvisten till sakprövning.<sup>101</sup> Att identifiera rätt – i bemärkelsen behörigt<sup>102</sup> – forum med avseende på tvisten kan dock vara förenat med betydande svårigheter. Är skiljenämnden inte behörig att sakpröva tvisten skall den avvisa käromålet; sakprövar den käromålet trots att den saknat behörighet därtill föreligger grund för att klandra skiljedomen på formell grund.<sup>103</sup> Att skiljenämndens behörighet inte sällan är svårbedömd medför en risk för att tvisten inte låter sig begränsas till den materiella tvistefrågan utan istället utvidgas till att också avse behörighetsfrågan; att denna är av central betydelse kastar naturligtvis ytterligare olja på elden. I skiljeförfaranden i allmänhet och i internationella skiljeförfaranden i synnerhet är det av dessa skäl mycket vanligt förekommande att part framställer invändningar mot skiljenämndens behörighet eller söker få den sedermera meddelade skiljedomen undanröjd på formell grund. Seglivade behörighetstvister riskerar därmed att förta skiljeförfarandet dess effektivitet.<sup>104</sup>

Mot denna bakgrund är det förstas särskilt angeläget att i skiljeförfaranden göra en distinktion mellan materiella och processuella frågor.<sup>105</sup> Medan en skiljedom alls icke kan överprövas av domstol på materiell grund föreligger vid processuella fel en rätt för parten att klandra respektive överklaga och för domstol en rätt att överpröva och eventuellt undanröja en meddelad skiljedom. En sammanblandning av formella och materiella rättsfakta kan i denna kontext medföra att ett och samma rättsfaktum underkastas både skiljenämnds och domstols prövningskompetenser i strid med skiljeförfarandets ratio.

---

<sup>99</sup> Madsen (2005) s 30 och Roos (JT 1994/95) s 495 ff.

<sup>100</sup> Madsen (2005) s 31 f. Det har rentav uttryckts att skiljeförfarandet inte ens bör betraktas primärt som en alternativ form för rättskipning utan "... more closely resembles a business service." Se Coulson (J Int'l Arb 1992) s 39.

<sup>101</sup> Se Kallenberg (1923) s 122, Ekelöf (1956) s 27 och Ekelöf I s 36 f.

<sup>102</sup> Se Ekelöf II s 20.

<sup>103</sup> Heuman (1999) s 355.

<sup>104</sup> Heuman (1999) s 355 och 587. Se vidare prop 1998/99:35 s 172.

<sup>105</sup> Heuman (1999) s 586 och 641 ff.

## 2.2 SKILJENÄMNDS BEHÖRIGHET

Signifikant särskiljande vis-à-vis domstols behörighet är att skiljenämndens behörighet att sakpröva en tvist, till skillnad från domstols dito, härflyter ur ett mellan parterna träffat skiljeavtal.<sup>106</sup> Förefintligheten av ett giltigt avtal som omfattar den aktuella tvisten är följaktligen i skiljetvister den kanske mest grundläggande processförutsättningen, tillika den mest svårbedömda och förmodligen den mest omtvistade.<sup>107</sup>

### 2.2.1 ... att pröva saken

Skiljeavtalet anger gränserna för skiljenämndens prövningskompetens och måste, för att vara behörighetsgrundande, därför avse ett bestämt rättsförhållande.<sup>108</sup> Detta rättsförhållande konstitueras och konkretiseras vanligtvis av ett huvudavtal som reglerar parternas civilrättsliga rättsförhållande, vartill skiljeavtalet fogats som en avtalsklausul – en så kallad skiljeklausul.<sup>109</sup>

Den hos skiljeavtalet mest centrala rättsföljden är att det ”... innebär en omstyrning av tvistlösningsformen från rättegång till skiljeförfarande.”<sup>110</sup> Här ligger att skiljeavtalet, såvitt avser det rättsförhållande som omfattas därav, dels har en positiv rättsföljd – det behörighetsgör skiljenämnden – dels en negativ rättsföljd – det utsläcker domstols behörighet. Annorlunda uttryckt: skiljeavtalet utgör en förutsättning för ett skiljeförfarande och ett hinder – om än ett dispositivt sådant<sup>111</sup> – för ett domstolsförfarande.<sup>112</sup> En domstol äger således inte mot parts bestridande uppta en skiljetvist till sakprövning eller överpröva en skiljedom på materiell grund.<sup>113</sup> Domstolen får därmed överhuvudtaget inte taga befattning med den materiella tvistefråga som omfattas av skiljeavtalet; innehållet i det civilrättsliga rättsförhållandet är exklusivt förbehållet skiljenämnden att pröva i sak, det vill säga rättskraftigt uttala sig om.

### 2.2.2 ... att pröva behörigheten

I enlighet med doktrinen om behörighetskompetens är skiljenämnden, utöver det civilrättsliga rättsförhållandet, jämväl kompetent att pröva sin egen behörighet att sakpröva den ifrågavarande tvisten.<sup>114</sup> Denna skiljenämndens behörighetskompetens omfattar frågan om skiljebundenhet föreligger för parterna och ger därmed skiljenämnden rätt att likaledes pröva skiljeavtalets giltighet och omfattning.<sup>115</sup> Emedan skiljenämndens behörighet tillika är avhängigt förekomsten av ett giltigt skiljeavtal som omfattar den aktuella tvisten är det svårt att logiskt förklara doktrinen om behörighetskompetens; tvärtom synes denna inbjuda till ett rättsligt moment-22.<sup>116</sup>

Skiljenämndens behörighetskompetens skall dock inte förstås som något annat än blott en praktiskt motiverad tankekonstruktion som ger skiljenämnden kompetens att driva processen trots invändning mot dess behörighet, vilket lindrar effekterna av och stävjar eventuella försök till obstruktion.<sup>117</sup> Skiljenämnden är därför endast tillfälligt men inte slutligt behörig att pröva sin egen behörighet och kan därmed inte, genom eget avgörande, så att behörighetsgöra sig

<sup>106</sup> LSF 1 §. Här bortses för stunden från legala skiljeförfaranden.

<sup>107</sup> Heuman (1999) s 355.

<sup>108</sup> RB 10 kap 16 § och LSF 1 § samt SOU 1994:81 s 257 och prop 1998/99:35 s 212.

<sup>109</sup> Lindskog (2005) s 202, Heuman (1999) s 47 och Schöldström (JT 2007/08) s 470.

<sup>110</sup> Lindskog (2005) s 96.

<sup>111</sup> LSF 4 § 1 st och RB 10 kap 17 a §. Se även Heuman (1999) s 175 ff.

<sup>112</sup> Lindskog (2005) s 96 och Heuman (1999) s 46 f och 175 ff.

<sup>113</sup> LSF 34 §. Se även Heuman (1999) s 586 och Kvart & Olsson (1999) s 116.

<sup>114</sup> LSF 2 § 1 st 1 mom. Se Heuman (1999) s 363 ff och Lindskog (2005) s 278 ff.

<sup>115</sup> Prop 1998/99:35 s 76 och 213 f. Se även Heuman (1999) s 364 f och Lindskog (2005) s 287.

<sup>116</sup> Lindskog (2005) s 98 och 292 samt Heuman (1999) s 368 f.

<sup>117</sup> Se t ex Heuman (1999) s 364 f.

själv.<sup>118</sup> Till skillnad från Baron von Münchhausen, som enligt myten var i stånd att lyfta sig själv i håret, är skiljenämnden alltså inte kapabel till samma konststycke.<sup>119</sup>

Om skiljenämnden, å ena sidan, finner sig obehörig och avvisar talan genom skiljedom, kan den meddelade skiljedomen överklagas vid domstol.<sup>120</sup> Om skiljemännen, å andra sidan, finner sig behörig och sakprövar tvisten, kan den sedermera meddelade skiljedomen likaså angripas genom klandertalan inför domstol.<sup>121</sup> Därutöver äger part när som helst påkalla domstols prövning av skiljenämndens behörighet genom såväl positiv som negativ fastställsetalan.<sup>122</sup> Domstolens avgöranden i behörighetsfrågan äger rättskraft och således ankommer det till syvende och sist utslutande på domstol att, vid tvist därom, rättskraftigt avgöra frågan om och fastslå gränserna för skiljenämndens prövningskompetens.<sup>123</sup>

## 2.3 KOMPETENSFÖRDELNING OCH -KONFLIKTER

”[A]rbitration agreements are deceptive creatures. Although often brief, and superficially simple, they can raise complex legal issues.”<sup>124</sup>

Mellan skiljenämnds och domstols respektive prövningskompetenser att rättskraftigt avgöra saken respektive behörigheten föreligger som synes i teorin vattentäta skott: att pröva huvudavtalets materiella innebörd är exklusivt förbehållet skiljenämnden medan att slutligt fastställa skiljeklausulens giltighet och omfattning utslutande ankommer på domstol.

Skiljeklausuler – populärt betecknade ”midnight clauses” – är dock av minst sagt varierande kvalitet och utformade med en högre eller lägre grad av stringens.<sup>125</sup> Likaså kan en uppkommen tvist ha en varierande grad av samband med och anknytning till det huvudavtal som omfattas av den sålunda ibland bristfälligt utformade skiljeklausulen.<sup>126</sup> Detta kan föranleda meningsskiljaktighet vad avser såväl skiljeavtalets som huvudavtalets innebörd och utsträckning. Att i en sådan situation identifiera ett relevant avgränsningskriterium för skiljenämnds respektive domstols behörighet möter inte sällan betydande svårigheter; det är näppeligen *a priori* givet om en tvist skall prövas av skiljenämnd eller av domstol!

### 2.3.1 Avtalets giltighet

Att avgöra avtalets – huvudavtalets liksom skiljeklausulens – giltighet per se ger sällan upphov till kompetensfördelningsproblem. Med tillämpning av den så kallade separabilitetsdoktrinen skall skiljeavtalet som bekant särskiljas ifrån och anses utgöra ett självständigt avtal i förhållande till huvudavtalet. Frågorna om huvudavtalets respektive skiljeavtalets giltighet skall därmed alltid prövas separat.<sup>127</sup>

<sup>118</sup> LSF 2 § 2 st och Lindskog (2005) s 98.

<sup>119</sup> Jfr Heuman (1999) s 368.

<sup>120</sup> LSF 36 § 1 st. Se härom Heuman (1999) s 535 ff.

<sup>121</sup> LSF 34 §. Se även Heuman (1999) s 604.

<sup>122</sup> LSF 2 § 1 st 2 mom. Se även Lindskog (2005) s 297.

<sup>123</sup> Se t ex Heuman (1999) s 368. Om möjligheten att avvika från denna ordning genom avtal, se Lindskog (2005) s 283 f, särskilt not 17. Se även Lindskog (2005) s 98 och 297 f, särskilt not 67.

<sup>124</sup> Born (2001) s 55.

<sup>125</sup> Se t ex Magnusson (SAR 2000:2) s 1: ”A frequent problem in international commercial arbitration is poorly drafted arbitration clauses [...] A party wishing to start an arbitration proceeding with a contract containing a ambiguous clause may have to file requests for arbitration at a number of different venues, possibly in several jurisdictions before an arbitral tribunal, or a public court of law, finally finds itself competent to resolve the dispute.”

<sup>126</sup> Jfr Cars (2000) s 38 och Heuman (1999) s 75.

<sup>127</sup> LSF 3 §. Enligt lagtextens ordalydelse träffar doktrinen endast skiljenämndens behörighetsprövning. Den anses dock även bindande för domstol, exempelvis vid klandertalan. Se härtill och till det följande Lindskog (2005) s 306 ff och Heuman (1999) s 62 ff.



Eftersom skiljeavtalets giltighet avgör skiljenämndens behörighet prövas och avgörs alltid denna fråga vid domstol. Finner domstolen att skiljeavtalet är ogiltigt är den oförhindrad att sedermera pröva huvudavtalets giltighet och innebörd, ty då föreligger ju inte något rättegångshinder i form av ett giltigt skiljeavtal. Om däremot domstol finner att skiljeavtalet är giltigt inträder hinder för domstolen att pröva huvudavtalets giltighet och innebörd.

Är det ostridigt eller rättskraftigt avgjort att ett giltigt skiljeavtal föreligger prövas och avgörs huvudavtalets giltighet alltid av skiljenämnd. Det sagda innebär att en part aldrig kan få till stånd en materiell överprövning av huvudavtalet genom att klandra en skiljedom på den grunden att skiljeavtalet var ogiltigt till följd av att huvudavtalet var ogiltigt. Att uttala sig om det civilrättsliga rättsförhållanden förbehålls därmed effektivt skiljenämnden som inom ramen för sin prövning kan komma fram till att något giltigt huvudavtal inte föreligger och detta utan att därigenom samtidigt förklara sig själv obehörig.<sup>128</sup>

### 2.3.2 Skiljeavtalets omfattning

Situationen kan dock vara den – och det tycks vanligen vara härom tvist uppstår<sup>129</sup> – att det visserligen föreligger ett giltigt och otvistigt skiljeavtal, men att parterna är oense kring spörsmålet huruvida detta täcker den aktuella tvisten. Meningsskiljaktigheterna avser då inte skiljeavtalets giltighet utan dess objektiva respektive subjektiva omfattning.

Vad och vem som omfattas av ett skiljeavtal är, liksom frågan om dess giltighet, avgörande för skiljenämndens behörighet. Avser en skiljedom något eller någon som faller utanför dess omfattning föreligger således, liksom vid fråga om giltighet, grund för klander.<sup>130</sup> Ehuru dessa spörsmål tillfälligt kan prövas av skiljenämnden inom ramen för dess behörighetskompetens, ankommer de därför på allmän domstol att, vid tvist därom, slutligt avgöra.<sup>131</sup>

I objektivt hänseende måste en skiljeklausul omfatta ett bestämt rättsförhållande.<sup>132</sup> Det rättsförhållande som omfattas av skiljeavtalet måste därmed identitetsbestämmas vilket sker genom tolkning av skiljeklausulen.<sup>133</sup> Vid denna tolkning äger allmänna avtalsrättsliga tolkningsprinciper tillämpning.<sup>134</sup> I subjektivt hänseende gäller likaså allmänna avtalsrättsliga principer om kontraktuell partsbegränsning; skiljebundenhet gäller endast inter pares och förutsätter därmed ett avtalsåtagande.<sup>135</sup>

### 2.3.3 Huvudavtalets omfattning

Liksom i förhållande till skiljeklausulen kan tvistens samband med huvudavtalet vara mer eller mindre påtagligt. Parterna kan därför ha delade meningar om huruvida tvisten omfattas av huvudavtalet och om den därför omfattas av skiljeklausulen, varvid meningsskiljaktighet kan uppstå kring frågan om formerna för tvistens slitande.<sup>136</sup> Det spörsmål som framställs till besvarande är således hur den krets av tvistefrågor skall avgränsas som skall anses falla inom

<sup>128</sup> I teorin kan därmed utfallet bli att domstol finner skiljeklausulen vara giltig medan skiljenämnden anser huvudavtalet vara ogiltig.

<sup>129</sup> Lindskog (2005) s 124.

<sup>130</sup> LSF 34 § 1 st 1 p. Se Lindskog (2005) s 923 f.

<sup>131</sup> Om den mot vilken skiljeförfarande påkallats rättskraftigt anses bunden av skiljeavtalet följer dock av separabilitetsdoktrinen att det uteslutande ankommer på skiljenämnd att pröva om han också är bunden av huvudavtalet. I teorin kan därmed utfallet bli att domstol anser svaranden vara part i skiljeavtalet, men skiljenämnden anser part inte vara bunden av huvudavtalet. Se t ex Lindskog (2005) s 159 not 245.

<sup>132</sup> RB 10 kap 16 § och LSF 1 § samt SOU 1994:81 s 257 och prop 1998/99:35 s 212.

<sup>133</sup> Cars (2000) s 37.

<sup>134</sup> Lindskog (2005) s 122 f och 198. Se även Hassler (1966) s 80 samt Cars (2000) s 37.

<sup>135</sup> Lindskog (2005) s 96 och 158.

<sup>136</sup> Jfr Cars (2000) s 38 och Heuman (1999) s 75.

tillämpningsområdet för huvudavtalet och därmed även den däri intagna skiljeklausulen.<sup>137</sup> De kompetensfördelningsproblem som härigenom uppstår är som synes intimt förbundna med frågorna om skiljeavtalets objektiva och subjektiva omfattning; det rör sig "... snarast om två olika infallsvinklar på samma problem."<sup>138</sup>

Betraktas och behandlas huvudavtalets innebörd som en processförutsättning sålunda att den rätta tolkningen därav tillmäts relevans för skiljenämndens behörighet, och avtalets innebörd tillika är en bifallsförutsättning – sålunda att den rätta tolkningen därav tillmäts relevans även i sak – blir huvudavtalets innebörd som synes dubbelrelevant. Därmed följer en risk för kompetenssammanblandning mellan domstol och skiljenämnd i och med att samma omständighet läggs till grund såväl för prövningen av behörigheten (som ytterst avgörs av domstol) som för prövningen av saken (som ytterst avgörs av skiljenämnd). Frågan är alltså om och i så fall hur man skall särskilja (den åt skiljenämnden förbehållna) materiella prövningen av huvudavtalets innehåll och innebörd från (den på domstol ankommande) processuella prövningen av skiljeklausulens omfattning.<sup>139</sup> Det sagda för oss in på påståendedoktrins betydelse vid prövning av skiljenämnds behörighet.

## 2.4 PÅSTÅENDEDOKTRINEN OCH SKILJENÄMNDS BEHÖRIGHET

I förhållande till domstolstvister har påståendedoktrins betydelse i skiljetvister länge varit jämförelsevis oviss sålunda att olika och ibland oförenliga förklaringar av doktrinen framförts i litteraturen. Att Högsta domstolen tog sig an uppgiften att söka klargöra rättsläget får därför betecknas som välkommet. Högsta domstolen valde också att inte hemfalla åt kasuistik domskrivning utan formulerade istället en prejudikatregel med ett mycket vidsträckt tillämpningsområde. Påståendedoktrinen skall enligt domstolen ges samma innebörd oavsett om skiljeförfarandet grundas på lag eller om det grundas på avtal. Avgörandets principiella räckvidd är därmed inte begränsad *in casu* utan är enligt dess ordalydelse vägledande i alla typer av skiljeförfaranden. Att jag kommer att argumentera för en insnävning av doktrins tillämpning är en annan fråga.

Påståendedoktrinen har utvecklats genom en serie prejudikat och för att kunna bilda sig en uppfattning om dess fulla innebörd framstår därför en kortfattad rättsfallsexposé vara nödvändig; gällande rätt förstås troligen endast i ljuset av dess rättshistoriska bakgrund.

### 2.4.1 Utgångspunkter

#### 2.4.1.1 Kausalitetsteorin eller påståendedoktrinen?

Utvecklingen mot en skiljedomsrättslig påståendedoktrin tar avstamp i två rättsfall från 1940-talet: NJA 1941 s 198 och NJA 1948 s 590.<sup>140</sup>

I 1941 års fall hade två makar slutit avtal om sina ekonomiska mellanhavanden och försett avtalet med en skiljeklausul. Hustrun väckte talan vid domstol och yrkade att utfå ersättning av maken för vissa utgifter, under åberopande av att hon enligt gällande lag ägde rätt att få dessa ersatta; hon grundade således inte sin talan på avtalet parterna emellan. Maken invände mot domstolens behörighet under åberopande av skiljeavtalet, som enligt honom reglerade makarnas samtliga ekonomiska mellanhavanden. Högsta domstolen fann att den av käranden väckta talan inte grundade sig på parternas avtal och därför inte omfattades av den däri intagna skiljeklausulen.

<sup>137</sup> Bolding (1962) s 99.

<sup>138</sup> Lindskog (2005) s 98.

<sup>139</sup> Jfr Welamson (SvJT 1964) s 278 och Schöldström (2007) s 180.

<sup>140</sup> Rättsfallens betydelse för påståendedoktrinen behandlas bl a av Heuman (1999) s 75 ff och Schöldström (2007) s 180.

I 1948 års fall hade en egnahemsförening slutit avtal med ett bolag om att detta skulle ställa en person, A, till föreningens förfogande och försett avtalet med en skiljeklausul. Sedan A tillgodogjort sig medel från föreningen påkallade föreningen skiljeförfarande med yrkande att bolaget skulle ersätta föreningen vad A använt för egen räkning. Bolaget invände mot skiljenämndens behörighet under anförande av att medelsförvaltning låg utanför avtalet mellan föreningen och bolaget och att tvisten därmed inte omfattades av skiljeklausulen. Skiljenämnden förklarade sig behörig och biföll föreningens talan, varvid bolaget klandrade skiljedomen. Föreningen vidhöll att skiljenämnden var behörig under anförande av att "... tvisten gällde huruvida kontraktet mellan parterna skulle tolkas så, att bolaget hade ekonomiskt ansvar för [A]. Varje yrkande som grundade sig på kontraktet skulle avgöras av skiljemän." Ifråga om skiljenämndens behörighet uttalade Högsta domstolen följande: "Det måste antagas, att avgörande för föreningens beslut att anförtro [A] ifrågavarande penningmedel och för [A:s] omhändertagande av desamma väsentligen var det förhållandet att bolaget genom återopade kontrakt ställt [A] såsom arbetsledare till föreningens förfogande; och enär under sådana omständigheter den mellan parterna uppkomna tvisten, huruvida bolaget gentemot föreningen har att svara för den förlust som [A:s] underlåtenhet att redovisa medlen tillskyndat föreningen, är beroende av hur parternas mellanhavanden enligt kontraktet äro att bedöma, samt detta bedömande jämlikt kontraktet icke ankommer på domstol utan på skiljemän vadan skiljemännen ej på sätt bolaget påstått kunna anses hava överskridit sitt uppdrag."

I inget utav rättsfallen förefaller Högsta domstolen direkt ha tillämpat påståendedoktrinen för att pröva skiljenämndens behörighet utan istället kom avgörandena att utgöra en katalysator genom den debatt som följde i deras kölvatten. I anslutning till dessa framförde nämligen Per Olof Bolding ståndpunkten att avgränsningsproblemet, såvitt avser vilka frågor som skall anses falla inom en i ett kontrakt intagen skiljeklausul, borde lösas medelst ett "kausalitetsresonemang" sålunda att om huvudavtalet utgjort en betingelse för tvistens uppkomst skulle den anses omfattas av skiljeklausulen och förty prövas av skiljenämnd och vice versa.<sup>141</sup> I 1941 års fall ansåg Bolding att tvisten var av ett mer "sidoordnat slag" vilket skulle förklara att skiljeklausulen inte ägde tillämpning på tvisten mellan makarna.<sup>142</sup> I 1948 års fall var tvisten däremot direkt avhängig avtalets förekomst, vilket förklarade att skiljeklausulen ägde tillämpning på tvisten mellan egnahemsföreningen och bolaget.<sup>143</sup>

I polemik med Bolding och dennes "kausalitetsteori" kom Lars Welamson att utveckla och förfäktat en skiljedomsrättslig påståendedoktrin.<sup>144</sup> Enligt Welamson skulle kausalitetsteorin – försåvitt jag förstår honom korrekt – med nödvändighet medföra att domstolen, för att överhuvudtaget kunna komma fram till att tvisten var avhängig avtalet eller av "sidoordnat slag", vara tvungen att först pröva den materiella innebörden av det mellan parterna föreliggande huvudavtalet, trots att prövningen därav enligt skiljeklausulen exklusivt tillkom skiljenämnd.<sup>145</sup> Detta illustrerade, enligt Welamson:

*"... en både viktig och intressant fråga, nämligen om man i fall där ena parten grundar sin ståndpunkt omedelbart på ett avtal med skiljeklausul och motparten påstår att avtalet icke äger tillämpning och tvisten förty icke omfattas av skiljeklausulen, kan undgå att fullständigt identifiera den på domstol ankommande prövningen av skiljeklausulens räckvidd med en sådan bedömning av huvudavtalets materiella innebörd, som enligt skiljeklausulen skulle vara förbehållen skiljemän."<sup>146</sup>*

<sup>141</sup> Bolding (1962) s 99 ff, särskilt s 101. Jfr Heuman (1999) s 75.

<sup>142</sup> Bolding (1962) s 103.

<sup>143</sup> Bolding (1962) s 99. Det finns dock skäl att ifrågasätta om rättsfallet verkligen ger stöd för kausalitetsteorin. Se Heuman (1999) s 76. Jfr dock Hassler (1966) s 40 f och Cars (2000) s 38, som tycks mena att så är fallet.

<sup>144</sup> Welamson (SvJT 1964) s 278 ff. Se även Lindskog (2005) s 199 not 365.

<sup>145</sup> Welamson anför att Boldings synpunkter synes "... innefatta ett ställningstagande i negativ riktning till mannens påstående om den sakliga innebörden av det kontrakt, vars tolkning och tillämpning vid tvist skulle enligt skiljeklausulen ankomma på skiljemän." Se Welamson (SvJT 1964) s 278.

<sup>146</sup> Welamson (SvJT 1964) s 278.

Vad Welamson förefaller ha noterat är den risk för sammanblandning ("identifikation") av domstols och skiljenämnds prövningskompetens som föreligger om huvudavtalets materiella innebörd tillmäts betydelse både i formellt och materiellt hänseende, det vill säga dubbel rättslig relevans.<sup>147</sup> Till undvikande av en sådan fullständig identifikation angav Welamson två valmöjligheter, antingen:

- a) "... att part som grundar sin ståndpunkt omedelbart på ett avtal med skiljeklausul, antages ha en obetingad rätt att få sin ståndpunkt prövad av skiljemän", eller
- b) "... att parts åberopande av avtalet och skiljeklausulen finge anses motivera slutgiltig bedömning av skiljemän, om domstolen funne åberopande av avtalet ha åtminstone någon grad av fog, medan domstol skulle vara behörig om hänvisningen till kontraktet vore uppenbart ogrundad."<sup>148</sup>

För egen del var Welamson tveksam till det förstnämnda alternativet; en ordning där ett anspråk, utan minsta sakliga anknytning till huvudavtalet, skulle kunna komma att slutligt avgöras av skiljenämnd "... efter ett kanske alldeles huvudlöst påstående att anspråket bedömande vore att härleda ur avtalet."<sup>149</sup> Däremot menade Welamson att den andra lösningen representerade en rimlig medelväg och därför allvarligt borde övervägas.

Härigenom hade Welamson introducerat påståendedoktrinen i skiljeförfarande: om part som grund för sin förmenta rätt åberopar ett avtal som omfattas av en skiljeklausul skall påståendet prövas av skiljenämnd. Skiljesvaranden är således skyldig att underkasta sig skiljeförfarande beträffande varje rättighet som skiljekäranden påstår att huvudavtalet ger honom. Att parten inte har den rätt han påstår sig ha skall alltså inte betraktas och behandlas som en behörighetsfråga;<sup>150</sup> "... avgörande [är] *tvistens* - icke den rätta lösningens - relation till huvudavtalet."<sup>151</sup> Denna relation bestäms utifrån parternas påståenden i sak och skall därmed avgöras inom ramen för målets sakprövning och inte inom ramen för skiljenämndens behörighetsprövning.<sup>152</sup> Samtidigt försågs påståendedoktrinen i Welamsons tappning med en säkerhetsventil även i skiljeförfarande sålunda att skiljenämnden saknar behörighet om skiljekärandens hänvisning till huvudavtalet är uppenbart ogrundad.

#### 2.4.1.2 NJA 1982 s 738

Welamson kom sedermera att driva igenom den av honom förordade lösningen genom att Högsta domstolen i rättsfallet NJA 1982 s 738 - med Welamson som referent! - avgjorde ett mål i enlighet det av Welamson skisserade andra alternativet.<sup>153</sup>

I rättsfallet yrkade käranden, en licensgivare, inför domstol skadestånd på grund av mönsterintrång under åberopande dels av att svaranden, licenstagaren, överskridit licensens omfattning, dels av att det mellan parterna träffade licensavtal hade upphört att gälla till följd av licenstagarens kontraktsbrott. Licensavtalet innehöll en skiljeklausul. Svaranden invände både mot kärandens talan i sak och mot domstolens behörighet att sakpröva kärandens talan. I sak invände svaranden att licensavtalet alltså var gällande och att samtliga åtgärder var förenliga med licensavtalet, varför något intrång inte förelåg. Mot domstolens behörighet invände svaranden att tvisten avsåg

<sup>147</sup> Jfr Schöldström, (2007) s 180 f.

<sup>148</sup> Se Welamson (SvJT 1964) s 278 f.

<sup>149</sup> Welamson (SvJT 1964) s 279.

<sup>150</sup> Jfr Lindskog (2005) s 199.

<sup>151</sup> Welamson (SvJT 1964) s 279. Kursivering i original. Jfr även Heuman, som instämmande konstaterar att det är "... tvistens påstådda relation till huvudavtalet, inte den rätta lösningens anknytning, som blir avgörande." Se Heuman (1999) s 76. Jfr även Heuman (2007) s 16 där Heuman, beträffande gränsdragningen mellan domstols och specialdomstols behörighet, uttalar att behörigheten skall bestämmas med ledning av kärandens påstående "... och sålunda inte med ledning av vad rätten senare finner vara utrett i målet."

<sup>152</sup> Jfr Runesson (JT 2002/03) s 678.

<sup>153</sup> Jfr Heuman (1999) s 76 och Schöldström (2007) s 181.

licensavtalets omfattning och licensgivarens rätt att säga upp detsamma; frågor som enligt avtalets skiljeklausul ankom på skiljenämnd att pröva, varför det förelåg rättegångshinder. Högsta domstolen beslutade att återförvisa målet till tingsrätten med anmärkningen att tingsrätten borde förelägga kändanden att inom viss tid visa att skiljeförfarande inletts, vid äventyr att käromålet annars skulle avvisas. Därefter skulle tingsrätten vilandeförklara målet i väntan på skiljenämndens dom.

Hur motiverade då domstolen att kändanden, det vill säga den part som inte åberopat skiljeavtalet, förelades att påkalla skiljeförfarande mot svaranden? Jo, uppenbarligen var frågan om licensavtalet fortfarande gällde en prejudiciell fråga i förhållande till kändandens skadeståndsyrcande.<sup>154</sup> Vid sidan härav drog domstolen ett antal slutsatser av särskilt intresse, nämligen: (1) att svarandens åberopande av licensavtalet inte till någon del uppenbart saknade fog och att skiljeklausulen därför inte kunde fränkännas betydelse för tvistefrågorna i målet; (2) att kändandens talan inte i något avseende var grundad på licensavtalet och att svarandens åberopande av skiljeklausulen därför inte kunde leda till att käromålet omedelbart avvisades; samt (3) att domstolen inte kunde meddela ett avgörande som var villkorat av vad som kan följa av en senare meddelad skiljedom. Därefter yttrade Högsta domstolen:

*”Den möjlighet som återstår är att bereda part tillfälle att utverka en skiljedom innan vidare prövning av målet äger rum. Det kan därvid synas naturligt att det blir den part som åberopar skiljeavtalet som blir förelagd att inom viss tid visa att skiljeförfarande inletts. När det är svaranden som åberopar skiljeavtalet måste emellertid påföljden för underlåtenhet att iakttaga föreläggandet då bli att målet prövas utan hinder av skiljeavtalet. Även om en sådan påföljd kan anses i och för sig rimlig kan den inte accepteras, eftersom lagstiftningen inte erbjuder stöd för att ett skiljeavtal kan av sådan anledning som nu nämnts i visst fall betagas sin verkan som rättegångshinder. Föreläggande att visa att skiljeförfarande inletts måste därför riktas mot kändanden och förknippas med äventyret att käromålet avvisas.”*

#### 2.4.1.3 Kändandens eller svarandens påstående?

NJA 1982 s 738 har ingående kritiserats av Patrik Schöldström som betecknat rättsfallet som ”märkligt” och ”djupt otillfredsställande”. I rättsfallet lade Högsta domstolen nämligen svarandens – inte kändandens! – icke uppenbart ogrundade påstående till grund för prövningen av sin behörighet.<sup>155</sup> Avgörande strider därför, menar Schöldström ”... mot den princip som varit vägledande ... nämligen att det *endast är kändandens påstående, inte svarandens*, som grundar behörighet för domstolen att sakpröva kändandens talan.”<sup>156</sup> Enligt Schöldström bör påståendedoktrinen ges samma innebörd i skiljeförfaranden som i domstolsförfaranden; ”... samma kriterier bör tillämpas för att avgöra båda slagen av kompetenskonflikter.”<sup>157</sup> Domstolen borde därmed ha lagt kändandens – inte svarandens! – påstående till grund för sin bedömning och eftersom kändanden påstod sig ha ett anspråk som vilade på utomkontraktuell grund borde han ha fått detta påstående sakprövat av allmän domstol ”... på samma sätt som andra kändanden i de flesta ... avgörandena fick de anspråk, som de gjorde gällande, sakprövade av den domstol som hade behörighet att sakpröva sådana anspråk.”<sup>158</sup> Detta skulle ha åstadkommit genom att domstolen anslöt sig till NJA 1973 s 527, vari Högsta domstolen hade uttalat att kändanden ”... påstått, att ersättningen grundar sig på ett avtal om förvaring, och det är [kändandens] anspråk på denna grund målet gäller. Målet tillhör därför tingsrättens prövning.”

<sup>154</sup> Jfr Hassler (1966) s 50 f.

<sup>155</sup> Schöldström (2007) s 182 ff. Se även Schöldström (JT 2007/08) s 467 f.

<sup>156</sup> Schöldström (2007) s 183 f. Kursiverat här.

<sup>157</sup> Schöldström (JT 2007/08) s 472. Se även Schöldström (JT Nr 3 2008/09) s 691.

<sup>158</sup> Schöldström (2007) s 183. Se även Schöldström (JT 2007/08) s 472 och 470.

Genom att ansluta till ovanstående formulering menar Schöldström att domstolen kunde ha anfört följande: "Yrkad ersättning grundar sig inte på det av svaranden åberopade licensavtalet, utan vilar på utomkontraktuell, och det är kärandens anspråk på denna grund målet gäller. Målet tillhör därför allmän domstols prövning."<sup>159</sup> Inom ramen för sakprövningen borde domstolen sedan enligt Schöldström "prejudiciellt" ha prövat frågan om huvudavtalets giltighet, det vill säga huruvida den på utomobligatorisk grund förda talan skulle ogillas därför att licensavtalet inte hade upphört att gälla.

Innan vi återgår till den av Högsta domstolen faktiskt valda lösningen i NJA 1982 s 783 ämnar jag parentetiskt framlägga några argument mot den av Schöldström förespråkade. För att äga sakpröva det av skiljeklausul omfattade huvudavtalets innebörd och giltighet, trots svarandens invändning om rättegångshinder, måste ju domstolen enligt separabilitetsdoktrinen först finna att skiljeavtalet som omfattar huvudavtalet som sådant är ogiltigt. Hävningsgrunden måste därför antingen avse skiljeklausulen per se,<sup>160</sup> eller utgöra en sådan defekt som med nödvändighet träffar såväl huvudavtalet som skiljeavtalet.<sup>161</sup> Kärandens hävningsgrund i här aktuellt hänseende<sup>162</sup> – att svaranden gjort sig skyldig till kontraktsbrott genom att överträda licensens omfattning – var ju dock näppeligen av någondera slag. Att käranden hävt huvudavtalet torde således inte medföra att skiljeavtalet också skulle anses hävt.<sup>163</sup> Om domstolen därmed, utan att först kunna finna att skiljeklausulen var ogiltig, låt vara "prejudiciellt", prövade huvudavtalets materiella innebörd skulle den ha gjort intrång på skiljenämndens exklusiva prövningskompetens vilket ger upphov till flera intressanta följdverkningar. Frågan är nämligen hur fri skiljenämnden skulle vara vid en egen prövning av samma fråga som redan, ehuru ej rättskraftigt, prövats av domstol, närmare bestämt huvudavtalets bestånd.

Antag, å ena sidan, att domstolen inom ramen för sin sakprövning, skulle finna att licensavtalet alltså var gällande mellan parterna och därför ogillade kärandens talan. Käranden skulle i denna situation, enligt Schöldström, vara hänvisad till att påkalla skiljeförfarande mot svaranden för få denne förpliktigad på kontraktuell grund. Antag dock att skiljenämnden, till skillnad från domstolen, skulle finna att licensavtalet visst hade upphört att gälla och att kärandens talan därför ånyo ogillades. Detta skulle väl i så fall rimligtvis innebära factum superveniens som möjliggjorde för käranden att på nytt väcka talan vid domstol för att få svaranden förpliktigad eftersom licensavtalet – tvärt emot vad domstol funnit – upphört att gälla. Den ogillande domen från tingsrätten skulle därmed ge svaranden föga rättstrygghet; tvärtom skulle den ur svarandens perspektiv framstå som "tämligen meningslös"<sup>164</sup>.

Antag, å andra sidan, att domstolen inom ramen för sin sakprövning, skulle finna att licensavtalet inte längre var gällande mellan parterna och att domstolen därför var fri att pröva och bifalla kärandens talan. Frågan är då om svaranden skulle kunna påkalla skiljeförfarande om den fråga som rätteligen ankom skiljenämnd att pröva, det vill säga frågan om huvudavtalets innebörd och bestånd, samt om skiljenämnden i så fall skulle kunna finna att huvudavtalet visst gällde. I så fall skulle parternas rättsförhållande regleras av två motstridiga domar: "[e]n domstolsdom som angav att mönsterintrång förelåg, och en skiljedom som innebar att svaranden hade rätt att utföra den handling som av domstol ansetts utgöra mönsterintrång."<sup>165</sup>

Oavsett hur domstolen skulle döma skulle som synes problem kunna uppstå. Schöldström menar dock att det är lösningen i NJA 1982 s 738 som utgör "... en tydlig illustration av faran att inom ramen för behörighetsprövningen ge sig in på en preliminär bedömning av svarandens invändningar."<sup>166</sup> Rättsfallet ger dock enligt min mening ingalunda stöd för att domstolen därvidlag gjort en "preliminär bedömning" av svarandens invändningar – tvärtom!

<sup>159</sup> Schöldström (2007) s 184.

<sup>160</sup> Heuman (1999) s 67.

<sup>161</sup> Lindskog (2005) s 317.

<sup>162</sup> Käranden yrkade även att skiljeklausulen skulle lämnas utan avseende med stöd av AvtL 36 §. HD tog dock inte ställning till detta yrkande.

<sup>163</sup> Heuman (1999) s 64 och Lindskog (2005) s 323.

<sup>164</sup> Jfr Lindskog (2005) s 224 not 445 *in fine*.

<sup>165</sup> Jfr Forsell & Wallin (JT 2007/08) s 945.

<sup>166</sup> Schöldström (2007) s 184.

I NJA 1982 s 783 prövade Högsta domstolen endast och allenast om svarandens åberopande av huvudavtalet såsom ett materiellt motfaktum var uppenbart ogrundat. Någon närmare prövning gjorde inte domstolen. Detta är inget annat eller mer än en sedvanlig tillämpning av påståendedoktrinen, ehuru på svarandens påstående! Eftersom domstolen fann att svarandens påstående inte var uppenbart ogrundat lades detta till grund för behörighetsprövningen och eftersom påståendet grundade sig på ett huvudavtal som omfattades av ett skiljeavtal ansåg sig domstolen obehörig att pröva påståendet, det vill säga huvudavtalets materiella innebörd.<sup>167</sup> Någon "preliminär bedömning" därav torde därmed överhuvudtaget inte ha aktualiserats. Jag är därför snarare benägen att påstå att det är Schöldströms lösning som utgör en tydlig illustration av faran att låta domstol göra en "preliminär bedömning" av svarandens invändning när denna är av prejudiciell betydelse för kärandens grunder och tillika stödjer sig på ett avtal som omfattas av ett skiljeavtal, det vill säga att inte differentiera den åt skiljenämnd förbehållna prövningen av huvudavtalets innebörd från den på domstol ankommande prövningen av skiljeklausulens räckvidd.<sup>168</sup>

Domskålen i NJA 1982 s 738 är under alla omständigheter väl förenliga med det av Welamson uppställda andra alternativet. Emedan svarandens åberopande av huvudavtalet "inte uppenbart saknade fog" motiverade detta att licensavtalets materiella innebörd blev föremål för "slutgiltig bedömning av skiljemän" i enlighet med vad Welamson förespråkade.<sup>169</sup> Det ansågs således inte ankomma på domstol att pröva den materiella frågan när denna omfattades av skiljeklausul.<sup>170</sup>

Det ovan anförda ger sammantaget vid handen att påståendedoktrinen inte kan sägas ha den allmängiltiga innebörd som Schöldström förespråkade – att det räcker med att pröva kärandens påstående – ty detta vore en grov förenkling. Det är inte nödvändigtvis kärandens påstående som skall läggas till grund för hela prövningen av behörighetsfrågan; svarandens påståenden är likaledes styrande. Högsta domstolens lösning – att låta den utomobligatoriska grunden prövas av domstol och den kontraktsträttsliga invändningen av skiljenämnd – ger vid handen att det ankommer på skiljenämnd att pröva parts påstående om han till stöd härför åberopar en kontraktuell grund som omfattas av en skiljeklausul. På motsvarande sätt ankommer det på domstol att pröva parts påstående om han till stöd härför åberopar en utomkontraktuell grund eller en kontraktuell grund som inte omfattas av skiljeklausul och detta även om anspråket förefaller emanera ur ett huvudavtal som omfattas av ett skiljeavtal. Påståendedoktrinen kan således tillämpas i båda riktningarna och på båda parternas påståenden.<sup>171</sup> Det sagda kan avslutningsvis med fördel illustreras med följande exempel:

Antag att i ett avtal som omfattas av en skiljeklausul, A åtagit sig att, under vissa förutsättningar, till B utge visst belopp. B påkallar skiljeförfarande och påstår att vissa rättsfakta, som omfattas av skiljeavtalet, föreligger och att dessa berättigar honom att utfå beloppet av A. Eftersom B grundar sitt påstående på avtalet och avtalet omfattas av skiljeklausul är skiljenämnden enligt påståendedoktrinen behörig att pröva anspråket. Antag dock att A invänder och påstår dels att av B åberopade rättsfakta inte föreligger eller inte äger den rättsföljd som B påstått, dels att rättsfakta som inte omfattas av skiljeavtalet befriar honom från betalningsskyldighet, till exempel därför att A genom ett annat kontrakt, som inte omfattas av skiljeavtalet, frånfallit sitt anspråk. Eftersom A grundar det ena påståendet på omständigheter som faller innanför skiljeavtalet skall detta enligt påståendedoktrinen prövas av skiljenämnd medan det andra påstående enligt påståendedoktrinen skall prövas av domstol eftersom det grundar sig på omständigheter som faller utanför skiljeavtalet.<sup>172</sup>

<sup>167</sup> Jfr Lindskog (2005) s 567 not 9.

<sup>168</sup> Jfr härtill Schöldströms replik i JT Nr 3 2008/09 s 690 f: "Ja, domstolen skulle ha dömt över intrånget, utan hänsyn till licensavtalet .... Ja, svaranden skulle sedan kunna 'utverka en skiljedom, innebärande att licensavtalet gällde', t.ex. fastställelse av licensavtalets giltighet. Ja, detta skulle i någon mening innebära två motstridiga domar, men den risken finns alltid vid prejudiciella prövningar ..."

<sup>169</sup> Jfr Heuman (1999) s 76 och Schöldström (2007) s 184.

<sup>170</sup> Jfr Lindskog (2005) s 567 not 9.

<sup>171</sup> Se även Heuman (1990) s 69.

<sup>172</sup> Exemplet är baserat på Lindskog (2005) s 200 not 368.

Ovanstående innebörd hos påståendedoktrinen finner stöd av senare rättsfall,<sup>173</sup> och äldre rättspraxis som strider mot påståendedoktrinen med dess här skisserade innebörd torde genom NJA 1982 s 738 ha förlorat sitt prejudikatvärde.<sup>174</sup> Att denna tillämpning leder till att tvisten kan komma att prövas av olika organ får lösas i enlighet med reglerna om *blandad kompetens*.

#### 2.4.1.4 Blandad kompetens

Huvudregeln är att om en tvist endast delvis omfattas av ett skiljeavtal – exempelvis därför att part till stöd för sitt yrkande åberopar flera grunder varav endast vissa är kontraktsrättsliga och omfattas av ett skiljeavtal – skall en uppdelning av tvisten ske mellan olika fora i enlighet med reglerna om blandad kompetens.<sup>175</sup>

Heuman behandlar frågan om blandad kompetens delvis i anslutning till påståendedoktrinen.<sup>176</sup> I polemik häremot har Lindskog framhållit att det saknas ett principiellt samband mellan dessa två spörsmål.<sup>177</sup> För egen del är jag benägen att ansluta mig till Lindskogs mening. Blandad kompetens kan förvisso följa av påståendedoktrinen men även utan tillämpning av densamma. Principiellt synes frågan närmast vara att betrakta som ett utflöde av skiljeavtalets rättsverkningar.<sup>178</sup> Ett sakligt samband mellan påståendedoktrinen och fall av blandad kompetens föreligger dock eftersom det inte sällan torde vara tillämpningen av just påståendedoktrinen som ger upphov till blandad kompetens. Detta kan ske antingen (1) genom att part alternativt grundar sitt påstående till viss del på kontraktuell, till viss del på utomkontraktuell, grund eller (2) genom att parts påstående om att ett kontrakt som omfattas av ett skiljeavtal innebär en relevant invändning mot motpartens yrkande i fall då motpartens påstående inte grundas på det ifrågavarande kontraktet eller vice versa. Behörighetsfrågan skall i samtliga dessa fall prövas och avgöras med tillämpning av påståendedoktrinen sålunda att om part som grund för sitt påstående åberopar ett av skiljeavtal omfattat huvudavtal är det förbehållet skiljenämnd att pröva påståendet och omvänt, om part som grund för sitt påstående åberopar ett huvudavtal som inte omfattas av skiljeklausul eller en utomobligatorisk grund, skall påståendet prövas av domstol.<sup>179</sup> Detta leder understundom med nödvändighet till en uppdelning av tvisten på olika fora varvid domstol äger pröva vissa påståenden och skiljenämnd andra påståenden.

Ett illustrativt rättsfall såvitt avser den första situationen utgör NJA 1973 s 480, vari A väckte talan mot B om bättre rätt till en uppfinning. B framförde därvid två alternativa invändningar, varav den ena – att han var uppfinnaren och därför hade bäst rätt – var utomobligatorisk medan den andra – att han i vart fall förvärvat A:s rätt att söka patent genom ett avtal – var kontraktsrättslig och omfattades av skiljeavtal. Högsta domstolen fann, i enlighet med påståendedoktrinen,<sup>180</sup> att domstol ägde pröva den första frågan – huruvida B rätteligen var att anse som uppfinnare – under det att det ankom på skiljemän att pröva den andra frågan – huruvida B förvärvat A:s rätt.<sup>181</sup>

<sup>173</sup> Se t ex RH 1991:16. Jfr även NJA 1973 s 480.

<sup>174</sup> Welamson angav själv att hans lösning var ”ny” och att Högsta domstolen inte tidigare varit inne härpå. Se Welamson (SvJT 1964) s 279. Se även Heuman (1999) s 77 not 158, som menar att 1941 års fall inte är vägledande längre och att 1948 års fall inte är helt förenligt med påståendedoktrinen. Jfr dock Schöldström (2007) som tycks vara av en annan mening.

<sup>175</sup> Prop 1998/99:35 s 71 f. Se även Heuman (1999) s 188, Heuman (1990) s 68 ff samt Lindskog (2005) s 216 med där anmärkt litteratur.

<sup>176</sup> Heuman (1999) s 76 ff, särskilt s 81 och 83.

<sup>177</sup> Lindskog (2005) s 218 not 429.

<sup>178</sup> I förarbetena till LSF anför följaktligen att ”[u]tredningen har pekat på att skiljeavtalets verkan som rättegångshinder i vissa fall kan få den kanske opraktiska konsekvensen att en tvist till viss del skall avgöras av skiljemän och till en annan del av allmän domstol.” Se prop 1998/99:35 s 71.

<sup>179</sup> Lindskog (2005) s 199 f och Heuman (1999) s 80.

<sup>180</sup> Heuman (1999) s 78.

<sup>181</sup> Se även Lindskog (2005) s 223.



Den andra situationen illustreras väl i det ovan behandlade NJA 1982 s 738, vari A som bekant väckte talan mot B med yrkande om skadestånd på utomkontraktuell grund. Grunden för A:s påstående – att B gjort rättsstridigt intrång i A:s mönsterrätt – omfattades inte av licensavtalet mellan parterna medan grunden för B:s invändning – att han enligt licensavtalet ägde rätt att göra sådant intrång – omfattades av den däri intagna skiljeklausulen. Högsta domstolen fann, i enlighet med påståendedoktrinen,<sup>182</sup> att eftersom A:s påstående inte till någon del grundade sig på licensavtalet kunde käromålet inte avvisas; A:s påstående tillhörde domstols prövning. B:s påstående däremot grundade sig på licensavtalet och eftersom påståendet inte uppenbart saknade fog ankom den inte på domstol att pröva; B:s påstående tillhörde skiljenämnds prövning.<sup>183</sup>

Ehuru påståendedoktrinen erbjuder ett förhållandevis tydligt avgränsningskriterium för att särskilja domstols och skiljenämnds respektive prövningskompetenser kan tillämpningen av doktrinen föranleda praktiska tillämpningsproblem. I regel anses det nämligen vara processekonomiskt oacceptabelt att meddela domar som är villkorade av vad andra instanser slutligen finner.<sup>184</sup> Till undvikande därav bör därför parternas påståenden prövas i relevant turordning, vilket emellanåt ger upphov till turordningsproblem.<sup>185</sup>

Systematiskt bör dessa problem hanteras genom att distinktion görs dels mellan fristående och sammansatta grunder, dels mellan primära och finala grunder. Grunderna är fristående om de ensamma kan leda till framgång för parts påstående (yrkande eller invändning) och sammansatta om de endast tillsammans kan leda till framgång för parts påstående (yrkande eller invändning). Är grunderna fristående kan de i princip prövas genom parallella förfaranden; är de däremot sammansatta måste de prövas i enlighet med den successiva relevans princip. Är grunderna sammansatta är bifall till såväl primära som finala påståenden en förutsättning för talans framgång. Den finala grunden är dock den grund varpå domslutet ytterst vilar och det är därför denna som avgör vilket forum som har behörighet att meddela exigibel dom. Har käranden stämt svaranden vid domstol och som grund för ett fullgörelseyrkande åberopat ett saksammanhang som delvis täcks av ett kontrakt som omfattas av ett skiljeavtal som åberopas av svaranden bör domstolen således först avgöra om parternas påståenden grundar sig på fristående eller sammansatta grunder. Är grunderna fristående är domstolen fri att pröva kärandens påstående på den grund som faller inom dess behörighet. Är grunderna däremot sammansatta har domstolen att pröva om den finala grunden faller under dess behörighet. Om så är fallet bör käranden föreläggas att visa att skiljeförfarande inletts beträffande den av skiljeavtal omfattade grunden. Motsvarande bör gälla i skiljeförfarande om skiljekäranden åberopar ett saksammanhang som delvis täcks av ett kontrakt som omfattas av ett skiljeavtal och svaranden invänder på utomkontraktuell grund. Är grunderna sammansatta och den finala grunden omfattas av skiljeavtalet bör skiljekäranden föreläggas att visa att domstolsförfarande inletts beträffande den utomkontraktuella grunden.<sup>186</sup>

I NJA 1982 s 738 åberopade A till stöd för sitt påstående – att B var skadeståndsskyldig vis-à-vis honom – fyra grunder: (1) att mönsterrätt förelåg, (2) att B gjort intrång i mönsterrätten, (3) att B saknat rätt att göra intrång i mönsterrätten samt (4) att B:s intrång i mönsterrätten inneburit skada. Häremot åberopade B till stöd för sitt påstående – att han inte var skadeståndsskyldig vis-à-vis A – en grund: att han ägde rätt att göra intrång i A:s mönsterrätt. Dessa grunder är uppenbarligen sammansatta eftersom det förmenta intrånget och därmed den påstådda skadan är avhängiga frågan om B ägt rätt att göra intrång i A:s mönsterrätt. Eftersom den finala grunden (4) var utomobligatorisk ankom det på domstol att meddela exigibel dom med påföljd att A:s talan inte avvisades. A:s inverterade påstående (3) föranleddes dock av B:s påstående att han med stöd av licensavtalet ägt rätt att göra intrång i A:s mönsterrätt. Eftersom licensavtalet omfattades av skiljeavtalet förelades A att visa att skiljeförfarande inletts i enlighet med det ovan sagda.<sup>187</sup>

<sup>182</sup> Heuman (1999) s 76 f.

<sup>183</sup> Se även Lindskog (2005) s 223 f.

<sup>184</sup> Se t ex NJA 1982 s 738.

<sup>185</sup> Lindskog (2005) s 218, Heuman (1999) s 81 samt Heuman (1990) s 69.

<sup>186</sup> Stycket bygger i dess helhet på Lindskog (2005) s 220 ff.

<sup>187</sup> Lindskog (2005) s 223 f, särskilt not 444.

## 2.4.2 NJA 2008 s 406

I rättsfallet NJA 2008 s 406, som redan introducerats inledningsvis, påkallade som bekant det gibraltiska oljebolaget Petrobart skiljeförfarande mot Republiken Kirgizistan. De faktiska omständigheterna är minst sagt invecklade men en viss inblick däri framstår som oundgängligen nödvändig för den fulla förståelse av det slut var till Högsta domstolen kom och därmed även för den fortsatta framställningen. Detta är skälet till den något vidlyftiga och kanske i viss mån rekapitulerande redogörelse för rättsfallet som följer härnäst.

### 2.4.2.1 Referat

#### A. BAKGRUND

Petrobart träffade med Kyrgyzgazmunaizat Joint Stock Company ("KGM") – ett av Republiken helägt statsbolag – avtal om att på kredit leverera 200 000 ton kondenserad gas till KGM. Petrobart levererade gasen utan att erhålla betalning och väckte därför talan mot KGM i domstol i Republiken med yrkande att KGM skulle förpliktigas att fullgöra i enlighet avtalet. Petrobarts talan bifölls varvid KGM:s bankkonto belades med kvarstad och KGM tillhörig egendom togs i beslag. Realiseringen av egendomen senarelades emellertid efter ingripande från den kirgiziska staten. Under den tidsrymd som därå följde överfördes KGM:s tillgångar till andra statsbolag med konsekvensen att KGM försattes i konkurs; bolaget satt med Svarte Petter sålunda att det tömdes på tillgångar och endast lämnades med skulder. Ur konkursen erhöll Petrobart inte någon utdelning till täckande av sin fordran.

#### B. SKILJEFÖRFARANDE I

År 2000 initierade Petrobart ett första skiljeförfarande ("Skiljeförfarande I"<sup>188</sup>) mot Republiken enligt UNCITRAL-RoA under åberopande av den kirgiziska *Foreign Investment Law* ("FIL") – enligt vilken en utländsk investerare som gjort en "Foreign Investment" enligt FIL ägde påkalla tvistlösning enligt bland andra dessa regler – med yrkande om att skiljenämnden skulle förklara sig behörig samt förpliktiga Republiken att utge ersättning till Petrobart. Platsen för skiljeförfarandet var Sverige och svensk lag var därmed tillämpligt på förfarandet i enlighet med *lex arbitri*. Republiken invände mot skiljenämndens behörighet, bland annat på den grunden att Petrobart inte gjort en "Foreign Investment" enligt FIL och därför inte omfattades utav denna. Skiljenämnden prövade om Petrobart, genom att på kredit leverera 200 000 ton kondenserad gas, skulle anses ha gjort en "Foreign Investment" i enlighet med FIL, och kom till följande slutsats: "Foreign investment' is mostly defined as a transfer of tangible or intangible property from one country to another for the purpose of use in that country with a view to generating profit, or at least wealth, under the control of the owner of the property. Such transfers are to be distinguished from the much more frequent export transactions where goods are sold by manufacturers, or owners, in one state to traders or users in another state. Foreign investment involves a more permanent relationship between the foreign investor and the host state than is involved in the transitory international sales transaction. [The Contract] falls unquestionably into the latter category."<sup>189</sup> Genom skiljedom meddelad i Stockholm 2003 ("Skiljedom I") avvisade skiljenämnden Petrobarts talan på grund av bristande behörighet sedan nämnden således funnit att Petrobart inte hade företagit en sådan "Foreign Investment" som äsyftades i FIL. Petrobart förpliktades att betala Republikens kostnader.

#### C. SKILJEFÖRFARANDE II

År 2003 påkallade Petrobart ett andra skiljeförfarande ("Skiljeförfarande II"<sup>190</sup>) mot Republiken, denna gång dock enligt SCC-RoA och under åberopande av det multilaterala fördraget *The Energy Charter Treaty* ("ECT"<sup>191</sup>), med yrkande att skiljenämnden skulle förklara sig behörig och förpliktiga Republiken att utge ersättning till Petrobart. Platsen för skiljeförfarandet var återigen Sverige och svensk lag utgjorde återigen *lex arbitri*. Republiken bestred ånyo att skiljenämnden var behörig, bland annat på den grunden att Petrobart inte hade gjort en "Foreign Investment" enligt ECT och

<sup>188</sup> *Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, UNCITRAL, Award, 13 February 2003 (opublicerad).

<sup>189</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (UNCITRAL) (ICSID Rep 2008 s 366).

<sup>190</sup> *Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, SCC Case No 126/2003, Award, 29 March 2005.

<sup>191</sup> "Energistadgefördraget". Se härtill prop 1995/96:68.

därför inte heller omfattades utav denna. Skiljenämnden konstaterade att "[t]he arbitral tribunal in the UNCITRAL Arbitration found that [delivery of gas] did not constitute a foreign investment under the Foreign Investment Law. The question in the present arbitration is whether it constitutes an investment according to the Treaty."<sup>192</sup> Därefter prövade skiljenämnden återigen om Petrobart, genom att på kredit leverera 200 000 ton kondenserad gas, kunde anses ha gjort en "Foreign Investment" i enlighet med ECT. Efter en omfattande utläggning kom skiljenämnden fram till motsatt slutsats i förhållande till den föregående skiljenämnden: "There is no uniform definition of the term investment, but the meaning of this term varies ... While in ordinary language investment is often understood as being capital or property used as a financial basis for a company or a business activity with the aim to produce revenue or income, wider definitions are frequently found in treaties on the protection of investments, whether bilateral (BITs) or multilateral (MITs). The term investment must therefore be interpreted in the context of each particular treaty in which the term is used. [...] The Arbitral Tribunal ... concludes on this point that Petrobart was an investor having an investment in the Kyrgyz Republic and that the Republic owed Petrobart protection under the Treaty."<sup>193</sup> Genom skiljedom meddelad i Stockholm 2005 (Skiljedom II) förklarade sig skiljenämnden behörig och förpliktade Republiken att till Petrobart utge \$ 1 130 859 jämte ränta.

#### D. ÖVERPRÖVNINGSFÖRFARANDENA

Republiken klandrade, å sin sida, Skiljedom II med yrkande att den skulle upphävas enligt LSF 34 § 1 st, eftersom den inte omfattades av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna. Hovrätten fann dock, efter en materiell prövning av investeringskravet, att Petrobart gjort en "Foreign Investment" och att skiljedomen därför omfattades av ett giltigt skiljeavtal, nämligen ECT: "Liksom skiljenämnden finner hovrätten att definitionerna i [ECT] måste tolkas så att Petrobart anses ha gjort en investering i ECT:s mening. Inte heller på denna punkt kan det därför med fog göras gällande att skiljedomen inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna."<sup>194</sup> Hovrätten ogillade därför Republikens talan och tillät inte att dess dom överklagades till Högsta domstolen. Skiljedom II vann därmed laga kraft.

Petrobart överklagade, å sin sida, Skiljedom I, med yrkande att den skulle upphävas enligt LSF 36 § samt att rätten skulle förordna att vardera parten skulle stå sina egna kostnader i Skiljeförfarandet I och att skiljenämndens kostnader skulle fördelas lika parterna emellan. Till grund för överklagandet anförde Petrobart bland annat att skiljenämnden skulle ha funnit sig behörig att sakpröva tvisten såvida nämnden hade tillämpat påståendedoktrinen, vilket skiljenämnden varit skyldig att göra. Republiken hävdade att skiljenämnden hade prövat sin behörighet på ett riktigt sätt och att Petrobarts överklagande därför skulle lämnas utan bifall. Svea hovrätt konstaterade att "... skiljenämnden inte haft att ta ställning till ett skiljeavtals giltighet utan till frågan om förutsättningar för skiljeförfarande förelåg som angetts i en särskild lag", varmed hovrätten avsåg FIL. Beträffande dessa förutsättningar hävdade Petrobart att dess nakna påstående i Skiljeförfarande I om att sådana rättsfakta förelåg, det vill säga att Petrobart gjort en "Foreign Investment" i FIL:s mening, gav skiljenämnden behörighet att sakpröva Petrobarts talan. Hovrätten delade emellertid inte den uppfattningen, utan anförde att "[n]är det gäller frågor av detta slag kan inte blotta påståendet från den påkallande parten ge skiljenämnden behörighet att pröva tvisten eller innebära att de i lag angivna kraven för prövning av skiljenämnd är uppfyllda. Påståendedoktrinen kan därför inte, som Petrobart gjort gällande, leda till att skiljenämnden här skulle ha tagit upp Petrobarts talan till prövning." Hovrätten ogillade därför Petrobarts överklagan men tillät denna gång att domen överklagades till Högsta domstolen. Till skillnad från Skiljedom I vann Skiljedom II därmed inte omedelbart laga kraft.<sup>195</sup>

Petrobart klagade till Högsta domstolen där revisionssekreteraren anslöt sig till Svea hovrätts mening, och anförde i sitt betänkande att det i förevarande fall var "... fråga om tolkning av ett begrepp i en lagbestämmelse. En domstol eller skiljenämnd kan i en sådan situation inte vara bunden av en parts påstående, förutsatt att detta inte är uppenbart felaktigt, och därigenom vara betagen möjligheten att göra en egen prövning av lagens innebörd. [Påståendedoktrinen] har således inte det innehåll som Petrobart hävdar. Skiljenämnden har alltså vid prövningen av sin behörighet inte heller brustit i detta avseende." Enligt revisionssekreteraren saknades det därför grund för att undanröja Skiljedom II.

<sup>192</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic*, (SCC Award) s 69.

<sup>193</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic*, (SCC Award) s 69 och 72.

<sup>194</sup> Svea hovrätts dom i mål nr T 5208-05.

<sup>195</sup> Svea hovrätts dom i mål nr T 3739-03.

### 2.4.2.2 Högsta domstolens dom

“It would be surprising if the Supreme Court does not share the opinion of the Svea Court of Appeal – that is, that the investment issue must be regarded as a jurisdictional issue under the Foreign Investment Law and that the Doctrine of Assertion should not apply in the arbitration.”<sup>196</sup>

I bjärt kontrast till vad hovrätten funnit, och uppenbarligen till somliga kommentatorers förvåning, anförde Högsta domstolen att det "... är en etablerad grundsats i svensk rätt att skiljemännen vid [behörighetsprövningen] skall tillämpa påståendedoktrinen." Påståendedoktrinen innebär – dess "kärna" med domstolens ord – är "... att skiljenämnden, när den prövar sin behörighet, inte skall ta ställning till existensen av de rättsfakta som skiljekäranden påstår omfattas av ett rättsförhållande som täcks av skiljeavtalet." Istället skall skiljenämnden, vid behörighetsprövningen, blott "... utgå från att dessa rättsfakta föreligger." En tillämpning av påståendedoktrinen förutsätter dock, enligt domstolen (1) att bindande skiljeavtal finns, samt (2) att det rättsförhållande som skiljekäranden påstår ger stöd för ett framställt yrkande täcks av skiljeavtalet.<sup>197</sup> Avslutningsvis fann Högsta domstolen att skiljenämnden, när den tagit ställning till sin behörighet, hade gått in på en materiell prövning av frågan om Petrobart gjort en "Foreign Investment" i enlighet med FIL. Därmed hade skiljenämnden inte tillämpat påståendedoktrinen, det vill säga lagt de rättsfakta som Petrobart åberopat till grund för behörighetsprövningen, vilket det ålegat den att göra eftersom svensk rätt var tillämplig på förfarandet i enlighet med *lex arbitri*. Enligt Högsta domstolen skulle skiljenämnden ha funnit sig behörig om den hade tillämpat påståendedoktrinen och mot denna bakgrund biföll domstolen Petrobarts talan och upphävde skiljedomen.

### 2.4.2.3 Kommentarer

Domskälen i NJA 2008 s 406 bör enligt min mening lämpligen samläsas med Lindskogs omfattande kommentar till lagen om skiljeförfarande.<sup>198</sup> Lindskog var nämligen referent i NJA 2008 s 406, och rättsfallet utgör i mångt och mycket en praktisk tillämpning av de principer Lindskog framför i sin lagkommentar. Lindskog utvecklade också utförligt i ett särskilt yttrande sin syn på påståendedoktrinen betydelse i skiljeförfaranden, tankar som kan härledas till och finns förankrade i nämnda kommentar. Till domen tillade Lindskog för egen del:

*"Centralt vad gäller frågan om påståendedoktrinen är att skiljenämnden har betraktat Petrobarts ifrågasvarande investering som ett så kallat dubbelrelevant faktum. [...] Skiljenämnden har sålunda tillmätt kravet relevans för sin behörighet; det har ansetts nödvändigt att kravet är uppfyllt för att FIL alls skall vara tillämplig och därmed behörighetsgöra skiljenämnden. Dessutom utgör investeringskravet en materiell förutsättning för att ersättning skall utgå enligt FIL. Att tillmäta investeringskravet en sådan dubbel relevans leder emellertid till att kravet kan komma att prövas också av domstol, nämligen som ett led av överprövningen av behörighetsfrågan. [...] Med en tillämpning av påståendedoktrinen undviks det problemet. Att bedöma vad som ligger i investeringskravet blir då exklusivt förbehållet skiljenämnden. Det rimmar väl med vad som måste antas vara ett av syftena med att tvistlösning genom skiljeförfarande föreskrivs ..."*

<sup>196</sup> Fohlin & Nyberg (ILO 2006) s 3.

<sup>197</sup> HD underströk härvid: (1) att "[d]en som inte har ingått något skiljeavtal [kan inte] göras skiljebunden med stöd av doktrinen"; samt (2) att "[o]m parterna är oense om skiljeavtalets omfattning, kan således den tvisten inte lösas med hjälp av påståendedoktrinen; omfattningen måste bestämmas vid behörighetsprövningen".

<sup>198</sup> Cit: Lindskog (2005).

De tankar Lindskog presenterar i sitt opus är av fundamental betydelse för den, enligt mitt förmenande, enda rimliga förståelsen av påståendedoktrinen betydelse i skiljeförfaranden. Enligt Lindskog innebär doktrinen inget annat eller mer än att "... vad som täcks av ett skiljeavtals tillämpningsområde är underkastat detta även om rätten blott är påstådd."<sup>199</sup> Doktrinen äger därmed tillämpning endast om part som grund för sin påstådda rätt åberopar huvudavtalet,<sup>200</sup> och påståendet sålunda avser en rättsföljd som enligt parten härflyter och kan härflyta därur.<sup>201</sup>

Det sagda torde, såvida jag förstår Lindskog rätt, kunna förklaras enligt följande. Frågan om vilka rättsföljder som kan följa av huvudavtalet är som bekant exklusivt förbehållet skiljenämnden att pröva till skillnad från frågan om skiljenämndens behörighet, vilken är exklusivt förbehållen domstol att slutligt avgöra. Om skiljenämnden, när den prövar sin behörighet inom ramen för sin behörighetskompetens, inlåter sig i en materiell prövning av de rättsfakta som skiljekäranden tillika åberopat i sak, tillmäts dessa rättsfakta dubbel rättslig relevans. Härav följer oundvikligen risk för en kompetenssammanblandning sålunda att samma rättsfakta som skiljenämnden har att pröva i sak jämväl kan komma att underkastas domstols prövning, nämligen vid en eventuell överprövning av skiljenämndens behörighet. Om skiljenämnden vid sin behörighetsprövning och domstolen vid sin överprövning därav däremot underlåter att pröva om skiljekäranden har den rätt han påstår sig ha med anledning av det rättsförhållande som täcks av skiljeavtalet, förbehålls den materiella prövningen av det civilrättsliga rättsförhållandet skiljenämnden, vilket mycket riktigt "... måste antas vara ett av syftena med att tvistlösning genom skiljeförfarande föreskrivs."

Av det sagda följer att påståendedoktrinen aldrig kan skapa skiljebundenhet och förty saknar all relevans såväl för frågan om skiljeavtalets objektiva som dess subjektiva omfattning.<sup>202</sup> Om skiljekäranden, å ena sidan, påstår att en tvist gäller huvudavtalet och därmed omfattas av skiljeavtalet avser påståendet skiljeavtalets objektiva omfattning. Eftersom frågan om skiljeavtalets omfattning i objektivt hänseende är avgörande för skiljenämndens behörighet kan den inte slutligt prövas av skiljenämnden; det ankommer istället ytterst på allmän domstol att avgöra om skiljebundenhet föreligger. Vare sig skiljenämnden eller domstolen kan därför godta skiljekärandens påstående utan måste materiellt pröva skiljeavtalets objektiva omfattning för att fastställa behörigheten. Finner skiljenämnden inom ramen för sin behörighetskompetens att tvisten omfattas av skiljeklausulen äger svaranden naturligtvis föra klandertalan mot den sedermera meddelade skiljedomen. Kravet på att rättsförhållandet skall täckas av skiljeavtalet förtydligar Lindskog med följande exempel:

"Anta att skiljekäranden åberopar vissa rättsfakta och påstår att dessa ger honom viss rätt enligt ett tilläggskontrakt till det kontrakt vari skiljeklausulen finns intagen. Då följer av påståendedoktrinen, att vid behörighetsprövningen skall skiljenämnden (och domstol om behörighetsfrågan anhängiggörs genom klandertalan eller överklagande) utgå från att tilläggskontraktet ger skiljekäranden den påstådda rätten. Däremot måste prövas – förutom att ett bindande skiljeavtal finns – om tilläggskontraktet som sådant omfattas av skiljeavtalet."<sup>203</sup>

<sup>199</sup> Lindskog (2005) s 199.

<sup>200</sup> Lindskog (2005) s 199 not 367. Jfr härtill Heuman (1999) s 76: "Doktrinen innebär att en tvist faller under skiljenämndens kompetens i den mån part påstår att hans talan grundas på avtalet med skiljeklausulen" samt Runesson (JT 2002/03) s 678: "Innebörden av [påståendedoktrinen] är att en tvist skall gå till skiljedom så snart den ena parten grundar sin ståndpunkt omedelbart på ett avtal som innehåller en skiljeklausul."

<sup>201</sup> Lindskog (2005) s 199 not 366.

<sup>202</sup> Lindskog (2005) s 199 not 366.

<sup>203</sup> Lindskogs särskilda yttrande i NJA 2008 s 406 *in fine*.

Om skiljekäranden, å andra sidan, påstår att någon är avtalspart till ett ostridigt föreliggande skiljeavtal avser påståendet skiljeavtalets subjektiva omfattning. Eftersom även frågan om skiljeavtalets omfattning i subjektivt hänseende är bestämmande för skiljenämndens behörighet kan den inte heller slutligt avgöras av skiljenämnden; det ankommer ytterst på allmän domstol att avgöra om svaranden är skiljebunden. Inte heller i detta avseende kan skiljenämnden därför godta skiljekärandens påstående utan skall istället inom ramen för sin behörighetskompetens pröva frågan materiellt. Om skiljenämnden därvid finner att svaranden är skiljebunden är han naturligtvis oförhindrad att klandra skiljedomen på den grunden att han aldrig var skiljebunden.<sup>204</sup>

### 2.4.3 Rättsläget efter NJA 2008 s 406

”Frankly, it is surprising to us how an established rule in Swedish arbitration law like the Doctrine of Assertion could be misunderstood by both the arbitral tribunal and the Court of Appeal. Such wrong-headed application of the law cannot be labelled as anything else than a 'double fault'. However, once again the Supreme Court has set things straight, providing for a more foreseeable application of the Doctrine of Assertion in the future.”<sup>205</sup>

Påståendedoktrinen får väl numera med rätta – i synnerhet efter NJA 2008 s 406 – betecknas som en etablerad rättsgrundsats inom ramen för svensk skiljedomsrätt. I många avseenden är rättsfallet enligt mitt förmenande mycket klagörande och bidrar därmed till ökad förutsebarhet. Den abstrakta prejudikatregel som Högsta domstolen ställt upp i rättsfallet är klar och tydlig och skälen för dess tillämpning välgrundade. I ljuset av NJA 2008 s 406 har således enligt min mening påståendedoktrинens tillämpningsområde klarlagts i förhållande till frågorna om skiljeavtals giltighet och omfattning, frågor som dessförinnan varit föremål för delade meningar i doktrinen. I viss mån får rättsläget dock, trots NJA 2008 s 406, betecknas som fortsatt höljt i dunkel. Detta gäller enligt mitt förmenande främst frågan om påståendedoktrинens undantag och därmed dess yttersta gränser. Beträffande andra spörsmål får rättsläget i skuggan av NJA 2008 s 406 anses tveksamt. Detta gäller i någon mån sättet varpå Högsta domstolen, i analogi med reglerna om domstols sakliga behörighet, uttalat att påståendedoktrinen skall äga samma innebörd såväl om skiljeförfarandet grundar sig på lag som om det grundar sig på avtal. Ännu större skäl finns det dock enligt min mening att sätta ifråga domstolens konkreta tillämpning av påståendedoktrinen i det föreliggande fallet, det vill säga för att pröva investeringskravet i en internationell investeringstvист. Dessa tre problemområden – (1) påståendedoktrинens tillämpningsområde, (2) dess undantag och (3) dess betydelse i legala skiljeförfaranden – kommer att utvecklas närmast nedan. I den därefter följande tredje delen av uppsatsen kommer domstolens konkreta tillämpning av påståendedoktrinen att synas.

#### 2.4.3.1 Påståendedoktrинens tillämpningsområde

“Taking into account the provisions of Section 34 of the Swedish Arbitration Act on the setting aside of awards dealing with substantive issues in the absence of an arbitration agreement or falling outside the scope of an arbitration agreement, it is easy to understand and satisfactory that the Supreme Court restricted the application of the doctrine of assertion to cases where there is no dispute concerning the arbitration agreement or its scope.”<sup>206</sup>

<sup>204</sup> Lindskog (2005) s 199 not 366.

<sup>205</sup> Runesson & Arvmyren (Global Arb Rev 2009).

<sup>206</sup> Fohlin (ILO 2008) s 3.

I ljuset av NJA 2008 s 406 får det, till skillnad från vad många tidigare tycks ha gjort gällande, anses klarlagt att påståendedoktrinen helt och fullt saknar relevans såväl för frågan om skiljeavtalets giltighet som för frågan om dess objektiva och subjektiva omfattning. Högsta domstolen fastslår följaktligen, med önskvärd tydlighet, att påståendedoktrinen tillämpning förutsätter (1) "... att ett bindande skiljeavtal finns" och (2) "... att det rättsförhållande som skiljekäranden påstår ge stöd för ett framställt yrkande skall täckas av skiljeavtalet". Skiljeavtalets giltighet och omfattning kan med andra ord inte prövas medelst påståendedoktrinen; tvärtom utgör skiljeavtalets giltighet och tillämplighet förutsättningar för påståendedoktrinen. Dessa frågor har skiljenämnden följaktligen att pröva materiellt när den tar ställning till sin behörighet inom ramen för sin behörighetskompetens och likaså har domstol att pröva dem materiellt när den, inom ramen för en eventuell överprövning av skiljenämndens beslut, slutligt avgör dess behörighet.<sup>207</sup> Ehuru det sagda numera kan tyckas obestridligt förtjänar det ändå, till undvikande av missförstånd, viss parentetisk utläggning.

### A. SKILJEAVTALETS OMFATTNING

Heuman har betecknat påståendedoktrinen som "... ett slags allmän grundval för bestämning av skiljeavtalets räckvidd."<sup>208</sup> Skiljeavtalets räckvidd är dock detsamma som dess omfattning,<sup>209</sup> och för bedömningen av denna är påståendedoktrinen otjänlig. Karaktäriseringen torde därmed inte vara adekvat, vare sig vad avser skiljeavtalets räckvidd i objektivt eller subjektivt hänseende.

#### Skiljeavtalets objektiva omfattning

Vad först avser skiljeavtalets objektiva omfattning har Heuman uttryckt att påståendedoktrinen äger tillämpning så snart "... ena parten påstår att tvisten rör kontraktet."<sup>210</sup> Det vore dock fel att hävda att påståendedoktrinen äger tillämpning så snart en part påstår att en tvist "rör" huvudavtalet och av denna anledning skulle omfattas av dess skiljeklausul.<sup>211</sup> Heumans uttalande måste därför kvalificeras. Parts påstående att ett rättsförhållande omfattas av ett skiljeavtal rör onekligen kontraktet. Detta påstående ankommer dock ytterst på domstol att rättskraftigt avgöra genom tolkning av skiljeklausulen, ty påståendet avser skiljeklausulens omfattning, det vill säga en behörighetsfråga. Skiljenämnden måste därför inom ramen för sin behörighetskompetens pröva påståendet materiellt och motparten är bibehållen rätten att påkalla domstols överprövning därav, ty bristande behörighet utgör klandergrund. Parts påstående att ett av skiljeavtal omfattat rättsförhållande ger honom en viss rätt, rör likaså kontraktet. Detta påstående ankommer dock på skiljenämnd att rättskraftigt pröva, ty påståendet avser huvudavtalets materiella innebörd, det vill säga en del av saken i målet. Skiljenämnden skall därför lägga parts påstående till grund för sin bedömning inom ramen för sin behörighetsprövning och istället pröva påståendet i sak, utan möjlighet till överprövning av domstol, ty materiella bedömningar avseende huvudsaken är inte klandergrundande. Sammantaget äger således påståendedoktrinen endast tillämpning om part som grund för sitt påstående åberopar ett huvudavtal som omfattas av ett giltigt och täckande skiljeavtal.

#### Skiljeavtalets subjektiva omfattning

Vad därefter avser skiljeavtalets subjektiva omfattning må följande tilläggas. Rättsfallet NJA 1955 s 500 har tagits till intäkt för att påståendedoktrinen även äger tillämpning härvidlag. I detta rättsfall överlät A till B vissa diskmaskinspatent enligt ett överlåtelsekontrakt som omfattades av en skiljeklausul. A yrkade vid allmän domstol att en utomstående icke-signatär, C, skulle förpliktigas att erlagga royalty i enlighet med överlåtelseavtalet, under åberopande av att C var den "egentlige

<sup>207</sup> Schöldström konstaterar således följdriktigt att: "... om det finns ett mellan parterna bindande skiljeavtal och om skiljeavtalet täcker de rättsfakta som påkallande part åberopar till stöd för sitt yrkande i sak, skall skiljenämnden pröva sin behörighet att sakpröva yrkandet endast på nyssnämnda rättsfakta." Se Schöldström (JT 2008/09) s 141. Kursivering i original.

<sup>208</sup> Heuman (1999) s 87.

<sup>209</sup> Se t ex Palmlund (JT 2005/06) s 436 vid not 13.

<sup>210</sup> Heuman (1999) s 76.

<sup>211</sup> Lindskog (2005) s 199 not 367 *in fine*.

köparen”, och att B endast fungerat som ombud för C. Därest C gjorde invändning mot domstolens behörighet under åberopande av skiljeavtalet mellan A och B, yrkade A i förväg att domstol skulle fastställa att C var avtalslutande part. C bestred att han var part i avtalet med A, och åberopade överlåtelseavtalets skiljeklausul som rättegångshinder, under anförande av att domstolen inte ägde pröva om han var part i överlåtelseavtalet eftersom det omfattades av en skiljeklausul. Högsta domstolen avvisade A:s talan på grund av bristande behörighet, med följande motivering: ”Enär [A] grundat sin talan mot [C] omedelbart på det av [A] och [B] undertecknade kontraktet under åberopande av att [B] vid avtalslutet handlat icke å egna utan å [C] vägnar, samt kontraktet upptager en klausul av innehåll att vid eventuella tvister dessa skola hänskjutas till skiljedom enligt lag; alltså och då några omständigheter icke förebragts på grund varav åt sagda skiljedoms-klausul skulle – oavsett dess ordalydelse – givas en så snäv tolkning att förevarande tvist om vem som å köparens sida är att anse som avtalslutande part ej skulle vara omfattad av klausulen.” Welamson diskuterade ingående NJA 1955 s 500 och tycks ha förespråkat en ordning där ”... i både subjektivt och objektivt hänseende ... den som grundar sin talan omedelbart på ett avtal med skiljeklausul får finna sig i att tvisten bedöms av skiljemän, därest motparten så önskar.”<sup>212</sup> Det sagda bör enligt Heuman förstås sålunda att vid bedömningen av skiljeavtalets subjektiva räckvidd skall tvisten prövas av skiljemän så snart den påkallande parten påstår att en icke-signatär är avtalspart.<sup>213</sup> Heuman menar instämmande att det ur NJA 1955 s 500 kan utläsas att ”... skiljemännen blir behöriga att pröva en tvist mot en icke-signatär redan på den grunden att den påkallande parten påstår att svaranden är avtalspart.”<sup>214</sup> Enligt Heuman överensstämmer därför rättsfallet med och ger uttryck för en tillämpning av påståendedoktrinen.<sup>215</sup> Dessa uttalanden torde numera få anses vara obsoleta.<sup>216</sup> Lindskog satte redan före NJA 2008 s 406 Heumans ståndpunkt ifråga under anförande av att Högsta domstolen inte ens prövat om C var skiljebunden!<sup>217</sup> Av NJA 2008 s 406 framgår numera att påståendedoktrinen inte kan skapa skiljebundenhet och därför helt saknar betydelse för frågan om skiljeavtalets subjektiva omfattning.<sup>218</sup> Att påkallande part påstår skiljebundenhet för svaranden innebär därmed inte att skiljenämnden skall godta och kan lägga skiljekärandens påstående till grund för sin behörighet. Istället har skiljenämnden att, inom ramen för sin behörighetskompetens, pröva frågan om skiljeklausulens subjektiva omfattning. Om skiljenämnden därvid finner att skiljeklausulen i subjektivt hänseende omfattar svaranden och skiljeförfarande inleds står det naturligtvis svaranden fritt att sedermera klandra skiljedomen på den grunden att han aldrig ens var skiljebunden.<sup>219</sup>

## B. PÅSTÅENDEOKTRINENS UNDANTAG

Det har ifrågasatts huruvida påståendedoktrinen är eller borde vara förbunden med ett eller flera undantag. Möjligheten att låta skiljemän pröva påståenden som inte direkt grundar sig på huvudavtalet eller omvänt låta domstol pröva frågor som har viss anknytning till detsamma torde därmed inte vara helt utesluten.<sup>220</sup> Enligt min mening finns det skäl att diskutera undantag i vissa olika fall. Ett sådant fall avser de fall som här betecknas såsom ”uppenbarlighetsfall”, med vilket skall förstås fall där parts påstående att vissa rättsfakta föreligger eller ger honom viss rätt är uppenbart ogrundat. Ett annat avser så kallade ”sambands- och missbruksfall”, varmed åsyftas fall där påståendedoktrinen kan medföra att sammanhängande tvistefrågor blir föremål för olika organs prövning utan att det finns några principiella skäl för att upprätthålla en sådan uppdelning eller annars medför en illojal omstyrning av tvistlösningsformen. Dessa potentiella undantag från påståendedoktrinen kommer att behandlas nedan i nyssnämnd ordningsföljd.

<sup>212</sup> Welamson (SvJT 1964) s 280.

<sup>213</sup> Heuman (1999) s 98.

<sup>214</sup> Heuman (1999) s 97.

<sup>215</sup> Heuman (1999) s 78 och 98.

<sup>216</sup> Rättsfallet kritiserades redan före NJA 2008 s 406 av Lindskog som menat att det är alltför ”långtgående”. Se Lindskog (2005) s 206 not 388.

<sup>217</sup> Lindskog (2005) s 312 f not 28.

<sup>218</sup> Noteras bör dock att Welamson för sin del var beredd att acceptera en lösning där påståendedoktrinen inte tillämpades på skiljeavtalets subjektiva omfattning. Se Welamson (SvJT 1964) s 280 not 1.

<sup>219</sup> Lindskog (2005) s 199 not 366. Se även Heuman (1999) s 605.

<sup>220</sup> Jfr Heuman (1999) s 82.



### ”Uppenbarlighetsfallen”

Tanken att förse påståendedoktrinen med en säkerhetsventil även i skiljeförfaranden presenterades redan av Welamson som ansåg det alltför äventyrligt att ”... ett kanske alldeles huvudlöst påstående att anspråkets bedömande vore att härleda ur avtalet” skulle behörighetsgöra skiljenämnden att sakpröva påståendet.<sup>221</sup> I enlighet härmed motiverades det slut var till Högsta domstolen kom i NJA 1982 s 738 delvis utifrån att svarandens påstående inte till någon del uppenbart saknade fog. Med hänsyn härtill har det ansetts fastslaget att Högsta domstolen försett påståendedoktrinen med ett undantag av ifrågavarande slag.<sup>222</sup>

I NJA 2008 s 406 aktualiserades inte frågan om påståendedoktrинens undantag. I sin lagkommentar har Lindskog emellertid tidigare framfört att om skiljebundenhet föreligger ”... är skiljepart tvingad att underkasta sig skiljeförfarande beträffande varje rättighet som motparten påstår sig ha med anledning av rättsförhållande som skiljeavtalet omfattar – *påståendet må vara hur grundlöst som helst* – om skiljeförfarande begärs och han vill undvika risken av en skiljedom emot sig.”<sup>223</sup> I NJA 2008 s 406 har Lindskog nyanserat detta ställningstagande genom att för egen del anföra följande:

*”Det har sagts att undantag från påståendedoktrinen skulle kunna vara påkallat när skiljekärandens talan är uppenbart ogrundad. Tanken bakom synsättet synes vara, att ingen skall behöva bli indragen i ett skiljeförfarande för att försvara sig mot ett anspråk som helt visst inte följer av ett av skiljeavtalet omfattat rättsförhållande. Vad som här bör gälla är dock inte alldeles givet. Om det står helt klart att av skiljekäranden åberopade rättsfakta inte kan leda till framgång inom ramen för ett rättsförhållande som omfattas av skiljeavtalet – t ex stödjer skiljekäranden sig på ett villkor i ett kontrakt vari finns intaget en skiljeklausul, vilket villkor uppenbarligen inte är tillämpligt på åberopade rättsfakta – kan det framstå som lämpligare att skiljenämnden ogillar förd talan än att den avvisas. Samtidigt kan det vara motiverat med ett undantag för uppenbarhetsfallen med tanke på den i och för sig osannolika möjligheten av att skiljenämnden skulle bifalla en förd talan trots att den var uppenbart ogrundad. Det är tveksamt om bestämmelserna i 33 och 34 §§ LSF här ger skiljesvaranden tillräckligt rättsskydd. Förevarande mål ger dock inte anledning att gå närmare in på dessa frågor.”*

Ehuru Högsta domstolen inte bekräftat undantaget i NJA 2008 s 406, och Lindskog som synes lämnat frågan öppen, har det angetts att undantaget ”... utgör en integrerad del av påståendedoktrinen” och att rättsläget därför inte torde ha förändrats i detta avseende.<sup>224</sup> Givet att så är fallet – att påståendedoktrinen inte skall tillämpas om kärandens påstående uppenbart saknar fog – kvarstår dock frågan vad undantaget egentligen betyder: när är ett ogrundat påstående så ogrundat att det är uppenbart ogrundat? Följande exempel kan tjäna som en utgångspunkt för den fortsatta diskussionen:

Antag att A påkallar skiljeförfarande mot B under åberopande av ett mellan parterna föreliggande huvudavtal som omfattas en skiljeklausul, med påstående att vissa rättsfakta föreligger som enligt huvudavtalet förpliktigar B att utge ersättning till A. Att skiljeavtalet är giltigt och omfattar huvudavtalet är otvistigt mellan parterna. Helt visst är att A åberopar huvudavtalet till grund för sitt påstående, och påståendet avser en rättsföljd som kan härflyta därur. Påståendedoktrinen äger därmed tillämpning med följderna att vare sig skiljenämnden eller domstol skall pröva existensen av de rättsfakta som enligt A ger honom den rätt han påstår sig ha. Istället skall de vid

<sup>221</sup> Welamson (SvJT 1964) s 279.

<sup>222</sup> Heuman (1999) s 98. Se även t ex Runesson (JT 2002/03) s 678 samt föredraganden, RevSek Thornefors betänkande i NJA 2008 s 406.

<sup>223</sup> Lindskog (2005) s 199. Kursiverat här.

<sup>224</sup> Schöldström (JT 2008/09) s 142.

behörighetsprövningen utgå ifrån att dessa rättsfakta föreligger. B är skiljebunden och förty tvingad att underkasta sig skiljeförfarande beträffande varje rättighet A påstår sig ha med grund i huvudavtalet; att A inte har den rätt han påstår sig ha är alltså inte ett skäl emot skiljebundenhet. B:s inställning är dock att A:s påstående saknar fog.

En invändning mot påståendedoktrinen i här aktuellt exempel skulle kunna vara att B med tillämpning av densamma skulle tvingas in i ett skiljeförfarande och sakna möjlighet att klandra skiljedomen för de fall skiljenämnden felaktigt bifaller A:s talan och förpliktigar B att till A utge ersättning, trots att A:s påstående *de facto* saknar fog. Denna invändning träffar dock inte sitt tilltänkta mål, ty problemet avser inte behörighetsfrågan utan risken att skiljenämnden inom ramen för sin formella behörighet bedömer den materiella frågan fel, det vill säga dömer fel i sak.<sup>225</sup> Genom att välja ett eninstansförfarande i form av skiljeförfarande framför ett flerstansförfarande i form av domstolsförfarande får dock B anses ha gjort avkall på sin rätt att på materiell grund överklaga skiljenämndens dom bland annat till förmån för en snabbare handläggning av tvisten. Att skiljeförfarandet är ett eninstansförfarande är en starkt bidragande orsak till dess effektivitet, vilket är en utav orsakerna till dess attraktionskraft i kommersiella mål. Det är därför inte påkallat att spilla några tårar för B.

Låt oss dock anta att B:s inställning är att A:s påstående uppenbart saknar fog. I NJA 1982 s 783 konstaterade domstolen att återopandet av licensavtalet som ett materiellt motfaktum inte uppenbart saknade fog och att skiljeklausulen *därför* inte kunde fränkännas betydelse för tvistefrågorna i målet. Domstolen fann alltså att den inte ägde pröva den materiella frågan *eftersom* den inte var uppenbar. E contrario följer härav att domstolen tydligen ansåg sig ha kunnat pröva den materiella frågan, försåvitt den hade varit uppenbar.<sup>226</sup>

Det sagda ger vid handen att parts *uppenbart* ogrundade påstående, till skillnad från parts ogrundade påstående, inte per automatik har behörighetsgrundande verkan. Vare sig skiljenämnden eller domstolen äger eller bör därmed lägga ett uppenbart ogrundat påstående till grund för bedömningen av behörighetsfrågan. Istället är skiljenämnden fri eller ålagd att pröva av kåranden återopade rättsfakta inom ramen för sin behörighetskompetens innan den äger pröva dem i sak. Detta innebär tydligen att huvudavtalets materiella innebörd, från att med tillämpning av påståendedoktrinen ha varit av betydelse endast för saken i målet och därigenom förbehållen skiljenämndens prövning, får betydelse även för behörighetsfrågan, det vill säga ånyo blir dubbelrelevant i målet. Denna omställning är naturligtvis betydelsefull eftersom den medför att skiljenämndens avgörande i behörighetsfrågan kan bli föremål för domstols överprövning genom över- eller klandertalan och därigenom kommer domstol att ges behörighet att uttala sig även om huvudavtalets materiella innebörd, dock under förutsättning att huvudavtalets materiella innebörd är uppenbar!

Det föreligger emellertid ingen saklig skillnad mellan fall då den part som grundar sitt påstående på ett avtal som omfattas av en skiljeklausul har fog för sitt påstående eller ej. Ännu mindre skillnad föreligger det mellan fall då den part som grundar sitt påstående på ett avtal som omfattas av en skiljeklausul saknar fog för sitt påstående eller uppenbart saknar fog för sitt påstående, frånsatt naturligtvis risken för att domstol och skiljenämnd bedömer den uppenbara frågan olika. *Tvistens* relation till avtalet är emellertid densamma i samtliga fallen, låt vara att *lösningens* relation därtill skiljer sig högst avsevärt.<sup>227</sup>

<sup>225</sup> Jfr Lindskogs särskilda yttrande i NJA 2008 s 406.

<sup>226</sup> Även Lindskog ger uttryck för en sådan tolkning av domskälen. Se Lindskog (2005) s 567 not 9.

<sup>227</sup> Welamson (SvJT 1964) s 279.

Att "... ingen skall behöva bli indragen i ett skiljeförfarande för att försvara sig mot ett anspråk som helt visst inte följer av ett av skiljeavtalet omfattat rättsförhållande" är blott och bart ett principiellt ställningstagande. Detta tycks dock i och för sig inte oförenligt med vad Welamson tidigare låtit förutskicka, nämligen att "... vare sig man accepterar en fullständig identifikation eller den medelväg som här antytts, synes man sålunda ha av praktiska hänsyn tillåtit sig att i inskränkande riktning beakta även andra faktorer än [att parten grundar sin ståndpunkt omedelbart på kontraktet]."<sup>228</sup>

Givet att ovanstående förhållande tas för gott – att påståendedoktrinen inte skall tillämpas om parts påstående är uppenbart ogrundat – inställer sig den naturliga följdfrågan när uppenbarlighetsrekvisitet är uppfyllt med påföljd att skiljekärandens talan får avvisas av skiljenämnden och prövas av domstol. För att söka besvara ovanstående fråga ligger det närmast till hands att begrunda rättsföljderna av att svaranden vägrar att utse skiljeman.

Om svaranden vägrar att utse skiljeman skall tingsrätten jämlikt LSF 14 § 3 st, på ansökan av käranden, utse skiljeman åt svaranden. Av LSF 18 § följer motsatsvis att domstolen skall utse skiljeman trots att svaranden invänder att lagliga förutsättningar för skiljeförfarande saknas, exempelvis därför att det inte föreligger ett giltigt eller täckande skiljeavtal och detta även om det är antagligt eller rentav troligt att så är fallet.<sup>229</sup> Denna fråga – om lagliga förutsättningar för skiljeförfarande föreligger – skall nämligen alls inte prövas inom ramen för det domstolsärende varigenom ansökningen behandlas. Istället ankommer det på svaranden att göra behörighetsinvändning mot skiljenämnden som i enlighet med LSF 2 § har att pröva frågan materiellt, och önskar part få frågan rättskraftigt avgjord har han att väcka särskild – positiv eller negativ – fastställelsetalan därom i enligt rättegångsbalken 13 kap 2 §.<sup>230</sup>

Från den ovan beskrivna ordningen föreligger emellertid ett här synnerligen intressant undantag: enligt LSF 18 § får domstolen avslå kärandens ansökan om, och endast om, det är uppenbart att lagliga förutsättningar för skiljeförfarande saknas!<sup>231</sup> Den i LSF 18 § föreskrivna uppenbarlighetsbedömningen kan avse varje förhållande som gör att svaranden inte är skiljebunden, det vill säga att skiljeavtalet inte är giltigt eller omfattar den ifrågasvarande tvisten.<sup>232</sup> Dessa frågor faller förvisso utanför ramen för påståendedoktrinen tillämpningsområde; uppenbarlighetsbedömningen enligt LSF 18 § tar ju sikte på parts påstående om skiljebundenhet och motpartens invändning att skiljeavtal inte föreligger eller att skiljeavtalet inte omfattar den aktuella tvisten och att lagliga förutsättningar för skiljeförfarande därför saknas. Uppenbarlighetsbedömningen enligt påståendedoktrinen däremot tar ju sikte på parts påstående om rättsfakta som enligt ett huvudavtal som omfattas av ett skiljeavtal ger honom viss rätt och motpartens invändning att dessa rättsfakta inte föreligger eller att den förmenta rätten inte följer av huvudavtalet och att skiljeavtalet därför inte äger tillämpning på tvisten. Gemensamt för båda bedömningarna är dock att prövningen är av *prima facie*-karaktär, det vill säga närmast summarisk såtillvida att parts påstående skall tas för gott och läggas till grund för bedömningen utan att prövas materiellt och utan att motpartens invändning beaktas. Endast och allenast om saken är uppenbar endera därför att parts påstående är uppenbart obefogat eller därför att motpartens invändning är uppenbart befogad skall frågan prövas materiellt. I så måtto är situationerna "likartade"<sup>233</sup> och LSF 18 § av intresse i detta sammanhang.

<sup>228</sup> Welamson (SvJT 1964) s 279.

<sup>229</sup> Prop 1998/99:35, s 224.

<sup>230</sup> Cars (2000) s 95.

<sup>231</sup> Se härtil Lindskog (2005) s 566 ff och Heuman (1999) s 235 ff.

<sup>232</sup> Prop 1998/99:35 s 97 och 224.

<sup>233</sup> Lindskog (2005) s 567 not 9 *in fine*.

Mig veterligen saknas vägledande överrättspraxis där uppenbarhetsrekvisitet har prövats vid tillämpning av LSF 18 §.<sup>234</sup> Av förarbetena till ifrågavarande lagrum framgår dock att uppenbarhetsrekvisitet kan avse "... både den bevismässiga och den rättsliga sidan av saken."<sup>235</sup> Härmed torde förstås att bedömningen kan avse såväl sakfrågor som rättsfrågor.<sup>236</sup> Avser uppenbarlighetsbedömningen en bevisfråga bör i beviskravet *uppenbart* rimligtvis intolkas vad som eljest gäller vid bevisvärdering i tvistemål.<sup>237</sup> Detta innebär att bevisningen skall vara så stark att det föreligger en "intill visshet gränsande sannolikhet"<sup>238</sup> att påståendet saknar fog. Det får annorlunda uttryckt endast kvarstå en smal osäkerhetsmarginal.<sup>239</sup> Avser uppenbarlighetsbedömningen en rättsfråga skall det inte föreligga "utrymme för tvekan avseende den rättsliga bedömningen"<sup>240</sup> att påståendet saknar fog.<sup>241</sup>

Vid sidan av LSF 18 § har Heuman uttryckt att, om det är uppenbart att det saknas fog för kändens påstående "... får skiljenämnden avvisa kändens talan och en domstol har rätt att ogilla kändens yrkande utan kommunikation med stöd av RB 42:5 st 1." Heuman tycks därmed anse att uppenbarlighetsrekvisitet enligt påståendedoktrinen har samma innebörd som det som återfinns i rättegångsbalken 42 kap 5 § 1 st 2 p. Detta skulle i så fall ge vid handen att även tillämpningsområdet för nämnda lagrum skulle kunna ge viss vägledning vid utstakandet av gränserna för påståendedoktrinen undantag.

Enligt ifrågavarande lagrum äger domstol som bekant underlåta att utfärda stämning på svaranden under förutsättning att det är uppenbart att käromålet är ogrundat och därvid ogilla kändens talan utan att ens kommunicera den med svaranden. Enligt Ekelöf skall termen uppenbart i ifrågavarande stadgande "... ges en mycket sträng innebörd."<sup>242</sup> I överensstämmelse härmed har Högsta domstolen i NJA 1998 s 278 uttalat att "... såväl förarbeten som juridisk doktrin ger starkt stöd för att denna bestämmelse bör tillämpas restriktivt."<sup>243</sup> Framförallt tycks paragrafen syfta till att hantera de så kallade tokmålen, det vill säga mål vari "parts talan varit rent befängd".<sup>244</sup> Kraven för att en talan skall anses rent befängd och därför uppenbart ogrundad är dock högt ställda.<sup>245</sup>

<sup>234</sup> NJA 1964 s 486, vari HD avslog kändens ansökan, torde idag vara obsolet. Se Lindskog (2005) s 569 not 16.

<sup>235</sup> Prop 1998/99:35 s 224. Se även Heuman (1999) s 235.

<sup>236</sup> Jfr Cars (2000) s 95.

<sup>237</sup> Lindskog (2005) s 568.

<sup>238</sup> Lindskog (2005) s 568.

<sup>239</sup> Ekelöf IV s 56 och s 140.

<sup>240</sup> Lindskog (2005) s 569

<sup>241</sup> Vid institutionella skiljeförfaranden ankommer det vanligtvis först på institutet att göra en prima facie-prövning av jurisdiktionsfrågan. Liksom ifråga om domstols beslut att avslå parts ansökan om att utse skiljenämnd är det vanliga att institutet skall avvisa parts talan endast om det är uppenbart att behörighet saknas. Se t ex SCC (1999) art 7 vari stadgas att institutet skall avvisa talan om det är "uppenbart" att institutet saknar jurisdiktion. (Den engelska lydelsen har i 1999 års regler ändrats till från "obvious" till "clear". Någon saklig skillnad är dock inte avsedd. Se Magnusson & Shaughnessy (JT 2007/08) s 920.) Om SCC:s prima facie-bedömning, se Magnusson & Larsson (SAR 2004:2) samt Magnusson (SAR 2000:2). Likaså anger ICSID-konventionen art 36.3 att talan skall avvisas om "... the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre." Även tillämpning av detta uppenbarhetsrekvisit torde därmed kunna tjäna som vägledning. Till detta spørsmål får vi anledning att återkomma nedan i avsnitt 3.3.1.2.

<sup>242</sup> Ekelöf V s 43.

<sup>243</sup> Till detta uttalande anslöt sig HD i NJA 2000 C 48, vari domstolen ånyo fastslog att ifrågavarande lagrum "... skall tolkas restriktivt."

<sup>244</sup> Ekelöf V s 43.

<sup>245</sup> Se t ex NJA 1998 s 278, vari HD menade att förhållandena inte var sådana som avsågs i lagrummet. Till samma slutsats kom HD i NJA 2000 C 48. I inget utav de nu nämnda rättsfallen var tydligen kändens talan tillräckligt tokig för att anses konstituera ett tokmål, trots att de i båda fallen faktiskt var ganska tokiga. I rättsfallet NJA 2007 s 125 ansågs kändens talan däremot vara uppenbart ogrundad. I detta fall grundade sig käromålet endast på en omständighet som till kändens nackdel genom lagakraftgående avgörande redan prövats prejudiciellt inom ramen för ett tidigare mål. Jfr även förutsättningarna som enligt RB 44 kap 8 § gäller för så kallade baklängesfall, det vill säga fall då rätten äger meddela en ogillande dom trots att svaranden uteblivit från ett sammanträde för förhandling i ett dispositivt tvistemål. Även rättspraxis i anslutning till detta lagrum är tämligen restriktivt. För de fall bedömningarna av uppenbarlighetsrekvisitet i dessa lagrum är likvärdigt påståendedoktrinen påvisar detta med önskvärd tydlighet

En studie av närliggande rättsliga regleringar ger som synes samfällt vid handen att undantag ifrån påståendedoktrinen torde kunna ske i ytterst sällsynta undantagsfall, så sällsynta att de sannolikt är av endast ringa eller ingen praktisk betydelse.

### ”Sambands- och missbruksfallen”

I allmänhet anses det vara olämpligt att sammanhängande tvistefrågor delas upp och prövas av olika fora därest parternas påståenden – yrkanden och invändningar – grundar sig på samma eller väsentligen samma faktiska omständigheter.<sup>246</sup> Processekonomiska skäl talar emot att en sådan uppdelning sker emedan parternas processkostnader med nödvändighet blir högre alldenstund parterna tvingas till fler inställelser samt får vidkännas fördubblade kostnader för ombud och bevisning.<sup>247</sup> Utgör parternas påståenden och grunder ”samma sak” i rättskraftshänseende talar även risken för att motstridiga domar meddelas emot en sådan uppdelning. Sammantaget föreligger starka skäl för att sammanhängande tvistefrågor bör bedömas i en enhetlig ordning inom ramen för ett förfarande, antingen genom *ett* domstolsförfarande eller genom *ett* skiljeförfarande.<sup>248</sup>

Av ovanstående skäl har Heuman satt ifråga ”... om man verkligen skall driva påståendedoktrinen så långt att ett och samma saksammanhang eller väsentligen samma saksammanhang skall prövas av olika organ, enbart därför att olika rättsregler är tillämpliga.”<sup>249</sup> Huvudregeln får dock anses vara att om parterna till stöd för sina yrkanden respektive invändningar åberopar grunder varav endast vissa är kontraktsrättsliga och omfattas av skiljeavtal skall en uppdelning av tvisten – låt vara processekonomiskt och praktiskt olycklig – ske mellan olika fora. Domstol och skiljenämnd har sedan att pröva påståendena i enlighet med reglerna för blandad kompetens.<sup>250</sup>

Mellan påståendedoktrinen och blandad kompetens saknas förvisso ett principiellt samband, men doktrinen erbjuder en i sammanhanget förhållandevis tydlig princip för hanteringen av härmed förbunden behörighetsproblematik. Påståendedoktrinen öppnar dock samtidigt dörren för missbruk och illojala förfaranden, vilka naturligtvis om möjligt bör motas i grind.<sup>251</sup> Det sagda motiverar potentiellt att undantag görs från doktrinen i vissa särskilt flagranta sambands- och missbruksfall, kring vilka vi kommer att uppehålla oss i detta avsnitt.

Emellanåt kan en part som lidit skada i ett kontraktsförhållande vara berättigad till skadestånd på både kontraktsrättslig och utomobligatorisk grund; det föreligger då så kallade konkurrerande ansvarsgrunder eller ansvarskonkurrens.<sup>252</sup> Regelmässigt torde den kontraktsrättsliga grunden vara mer förmånlig för den skadelidande parten som därför vanligtvis saknar incitament att åberopa en utomobligatorisk grund. Om ersättningen enligt avtalet exempelvis är begränsad till visst belopp som understiger skadans storlek, kan parten emellertid ha ett intresse av att söka åberopa en, i förhållande till den kontraktsrättsliga grunden, konkurrerande utomobligatorisk ansvarsgrund. Detsamma kan dock gälla även försåvitt kontraktet omfattas av ett skiljeavtal och part har ett intresse av att undvika ett skiljeförfarande, varvid han kan tänkas vilja åberopa utomobligatoriska regler istället för att

---

undantagets begränsade tillämpningsområde och ger därmed även en illustrativ fingervisning om i vilka fall undantag ifrån påståendedoktrinen kan ifrågasättas.

<sup>246</sup> Se t ex Heuman (1999) s 79 och 187.

<sup>247</sup> Se t ex Ekelöf II s 161.

<sup>248</sup> Heuman (1999) s 82 och Forsell & Wallin (JT 2007/08) s 944. Se även Bolding (1962) s 102.

<sup>249</sup> Heuman (1999) s 79.

<sup>250</sup> Prop 1998/99:35 s 71 f. Se även NJA 1973 s 480 och 1982 s 738, Heuman (1999) s 81, 174 och 188 samt Lindskog (2005) s 216 med i not 423 anmärkt litteratur. Se även ovan avsnitt 2.4.1.4.

<sup>251</sup> Om obstruktion från svaranden i allmänhet, se Heuman (1999) s 282.

<sup>252</sup> Hellner & Radetzki (2006) s 95.

grunda sitt anspråk på kontraktet. En tillämpning av påståendedoktrinen ger vid handen att kärandens påstående – dennes yrkande – skall prövas av domstol såvida den åberopade grunden inte omfattas av ett skiljeavtal och detta även om anspråket förefaller emanera ur ett huvudavtal som omfattas av ett skiljeavtal.<sup>253</sup> Påståendedoktrinen tycks därmed kunna leda till att käranden ges en valrätt såvitt avser formen för tvistens slitande. Har denne ett intresse av att undvika ett skiljeförfarande synes han vara i stånd att ”omintetgöra” skiljeklausulens betydelse som rättegångshinder helt enkelt genom att påstå skadeståndsskyldighet för svaranden på utomobligatorisk grund och detta trots att påståendet likaväl hade kunnat formuleras som ett kontraktsrättsligt anspråk varvid skiljeklausulen skulle ha ägt tillämpning.<sup>254</sup>

Huvudregeln enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer är dock att ”... den skadelidande icke äger åberopa utomobligatoriska regler istället för kontraktsrättsliga regler därför att de är fördelaktigare för honom.”<sup>255</sup> Den skadelidande har således som utgångspunkt inte valrätt vid konkurrerande ansvarsgrunder för de fall den utomobligatoriska grunden är mer generös. Inom den skiljedomsrättsliga litteraturen har liknande tankar framförts: ”... a party may not defeat an arbitration clause by casting its claims in tort, rather than contract.”<sup>256</sup> Parterna har, kan det hävdas, en lojalitetsplikt såväl mot kontraktets materiella bestämmelser som mot dess skiljeklausul och bör inte ensidigt kunna sätta dessa ur spel genom illojala förfaranden. Detta motiverar sammantaget att påståendedoktrinen förses med ett undantag för sådana fall.

Även svaranden kan dock ha möjlighet att invända mot kärandens påstående såväl på kontraktuell som på utomobligatorisk grund. Enligt påståendedoktrinen skall svarandens påstående – dennes invändning – prövas av domstol försåvitt grunden inte omfattas av ett skiljeavtal och detta även om invändningen endast och allenast avser ett kontraktsrättsligt anspråk. Eftersom även svarandens påstående således är behörighetsgrundande är den valrätt som initialt tillkommer kärandens ingalunda exklusivt förbehållen denne.<sup>257</sup> Har svaranden ett intresse av att förhåla förfarandet synes han därmed vara i stånd att framtinga ett parallellt förfarande med en annan tvistlösningsform helt enkelt genom att tillrättalägga de grunder som åberopas till stöd för invändningen så att dessa avviker från de av käranden åberopade.<sup>258</sup> Är grunderna sammansatta skall enligt reglerna för blandad kompetens prövningen därav vanligtvis ske utifrån successiv relevans, vilket kan leda till omfattande tidsutdräkt. Svaranden tycks därmed effektivt kunna obstruera ett förfarande genom att framställa, eller kanske rentav hitta på, en grund för en invändning som kan förta skiljeklausulen hela dess funktion – att erbjuda en effektiv form för tvistlösning.<sup>259</sup>

Lindskog har uttryckt att, om svaranden gör en partiell invändning om skiljeklausul, det vill säga gör skiljeinvändning beträffande endast vissa av kärandens grunder trots att kärandens talan i dess helhet omfattas av ett skiljeavtal, uppkommer frågan om ”... han på detta sätt skall kunna åstadkomma en av käranden icke avsedd uppdelning mellan domstolsförfarande och skiljeförfarande.”<sup>260</sup> Samma principiella fråga inställer sig i här aktuellt avseende, om svaranden åberopar en från kärandens avvikande grund för sin invändning i syfte att åstadkomma en uppdelning. Lika lite som svaranden saknar ett skyddsvärt intresse av att kunna åstadkomma en uppdelning av tvisten genom en partiell invändning saknar han rimligtvis ett skyddsvärt

<sup>253</sup> Se Lindskog (2005) s 200.

<sup>254</sup> Heuman (1999) s 80.

<sup>255</sup> Hellner & Radetzki (2006) s 96. Se även NJA 1949 s 289 och NJA 1951 s 656.

<sup>256</sup> Born (1994) s 406 och där anmärkt litteratur. Jfr Heuman (1999) s 80.

<sup>257</sup> Heuman (1999) s 80.

<sup>258</sup> Heuman (1999) s 80.

<sup>259</sup> Lindskog (2005) s 221 f not 437.

<sup>260</sup> Lindskog (2005) s 388.

intresse av att kunna obstruera ett initierat förfarande genom att hitta på en invändning som ligger utanför skiljeavtalet.<sup>261</sup> Det kan därför sammantaget vara motiverat med undantag även för sådana potentiellt illojala fall.

I NJA 2008 s 406 aktualiserades överhuvudtaget inte någon sambandsproblematik och inte heller förelåg försök till en illojal omstyrning av tvistlösningsformen. Äldre rättsfall torde därmed inte ha förlorat sitt prejudikatvärde i här relevant avseende. Ett intressant rättsfall såvitt avser *kärandens* möjligheter att åberopa utomkontraktuella grunder när parternas rättsförhållande omfattas av ett skiljeavtal är NJA 2007 s 475.

I rättsfallet hade A och B ingått ett nyttjanderättsavtal, som avsåg grustäkt med rätt för B att ta grus och sten. Avtalet innehöll en skiljeklausul med följande lydelse: "Eventuella tvister avgörs enligt lag om skiljedom." A ansökte om stämning på B med påstående att B var skadeståndsskyldig för brott mot avtalet, i första hand på den grunden att parterna alljämt befann sig i avtalsförhållande, i andra hand på den grunden att parterna befann sig i ett "avtalsliknande förhållande", och i tredje hand på den grunden att anställd hos B gjort sig skyldig till oredligt förfarande och att B i egenskap av arbetsgivare var skyldig att ersätta därigenom uppkommen skada. A:s första och andra grund var därmed kontraktsrättslig medan den tredje grunden var utomobligatorisk. B yrkade i svaromål att käromålet måtte avvisas i dess helhet eftersom det omfattades av ett skiljeavtal. Underrätterna avvisade käromålet i dess helhet. Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd avseende den tredje utomobligatoriska grunden, och uttalade följande i sin dom: "Även om [A] påstått att ersättningsanspråket inte grundar sig på avtalet utan avser ett anspråk grundat på vållande genom brott, har de faktiska omständigheter som åberopats direkt anknytning till nyttjanderättsavtalet. Med hänsyn härtill och då de två övriga grunderna enligt lagakraftvunnet beslut skall prövas av skiljemän bör även den tredje grunden anses omfattad av skiljeklausulen. Talan skall alltså avvisas även vad avser den tredje grunden." Beträffande den tredje grunden fäste således domstolen avseende dels vid att de faktiska omständigheter som åberopats hade direkt anknytning till nyttjanderättsavtalet, dels vid att övriga grunderna skulle prövas av skiljemän.

Schöldström har uttryckt att Högsta domstolen i NJA 2007 s 475 "... tillämpat ett annat huvudsakligt kriterium [än kärandens påstående], nämligen 'anknytningen' mellan å ena sidan de av käranden åberopade faktiska omständigheterna och å den andra det av svaranden åberopade huvudavtalet med skiljeklausul."<sup>262</sup> Enligt min mening utgör detta påstående delvis en feltolkning av rättsfallet.<sup>263</sup>

Först och främst bör noteras att Högsta domstolen uttryckligen angett att prejudikatfrågan i målet avsåg skiljeklausulens omfattning: "Frågan är nu om skiljeklausulen *omfattar* också den [tredje] grunden."<sup>264</sup> Bedömningen av skiljeklausulens omfattning kan naturligtvis alls icke prövas och avgöras medelst påståendedoktrinen utan, som Högsta domstolen förutskickat, genom en tolkning av skiljeklausulen. Högsta domstolen avgjorde också denna fråga genom sedvanlig avtalstolkning, varvid domstolen kom till slutsatsen att "[s]kiljeklausulen kan läsas så att alla tvister som har anknytning till nyttjanderättsavtalet skall avgöras av skiljemän." Detta är således inte oförenligt med påståendedoktrinen eftersom dess tillämpning förutsätter att avtalets omfattning är preciserad.

Först efter det att hade domstolen fastställt skiljeavtalets omfattning – "alla tvister som har anknytning till nyttjanderättsavtalet" – prövade den om kärandens påstående hade sådan anknytning, det vill säga föll innanför eller utanför skiljeavtalets objektiva omfattning, och det är först i detta avseende som rättsfallet är av principiellt intresse.

<sup>261</sup> Jfr Lindskog (2005) s 222 not 437.

<sup>262</sup> Schöldström (JT 2007/08) s 470.

<sup>263</sup> Jfr Forsell & Wallin (JT 2007/08) s 944, som uttryckt att Schöldström "... övertolkar detta rättsfall." Jag instämmer således häri, dock att Forsell och Wallin framförallt anför rättskraftsargument för domstolens dom, det vill säga andra än de här anförda.

<sup>264</sup> Kursiverat här.

Istället för att lägga kändens påstående till grund för bedömningen gjorde domstolen nämligen, för det första, vad som närmast kan karaktäriseras som en "genomlysning" av påståendet; de av kändens åberopade faktiska omständigheterna ansågs vara styrande istället för påståendet i sig. Eftersom dessa hade "direkt anknytning till nyttjanderättsavtalet" föll de tydligen inom ramen för skiljeklausulens omfattning såsom denna initialt hade bestämts av domstolen. Konsekvensen blev således att yrkandet avvisades även i denna del.

För det andra fäste domstolen uttryckligen avseende vid att kändens övriga två grunder enligt lagakraftvunnet beslut skulle prövas av skiljemän, det vill säga vid att det var rättskraftigt avgjort att allmän domstol inte var behörigt forum för att sakpröva dessa grunder. Detta implicerar att skiljeklausulen kanske inte skulle ha utgjort rättegångshinder för den tredje grunden om endast den tredje grunden hade åberopats till stöd för kändens påstående.<sup>265</sup> Vilken vikt domstolen lagt vid att sammanhängande tvistefrågor bör prövas inom ramen för ett förfarande – i det ifrågavarande fallet genom skiljeförfarande – kan därmed inte utläsas; att domstolen beaktat intresset därav torde dock stå klart.<sup>266</sup>

Genom NJA 2008 s 120 får det dock under alla omständigheter anses klarlagt att kändens inte kan undanröja verkningarna av ett skiljeavtal endast genom att utforma sin talan som ett utomobligatoriskt anspråk. I detta rättsfall avvisade Högsta domstolen delvis kändens talan under anförande av följande:

*"Att [A] har utformat sin talan så att investeringsavtalet inte åberopas som grund medför inte att [A] mot [B:s] bestridande kan komma ifrån sitt åtagande om skiljeförfarande, när det gäller en tvist som rör de avgifter som regleras i investeringsavtalet (jfr NJA 1982 s. 738). Den uppdelning på två processuella förfaranden som blir följden beror just på att [A] har avtalat om skiljeförfarande och kan inte – som [A] har gjort gällande – anses strida mot den EG-rättsliga effektivitetsprincipen."*<sup>267</sup>

Föreliggande rättspraxis ger även visst stöd för att potentiellt illojala förfaranden från svarandens sida bör kunna motverkas.

I hovrättsfallet refererat i SvJT 1979 ref s 9 ansökte A om stämning på B med anspråk på ersättning under åberopande av tre grunder. Svaranden åberopade ett mellan parterna föreliggande skiljeavtal som rättegångshinder beträffande endast en grund och således inte beträffande övriga två.<sup>268</sup> I rättsfallet förelåg, enligt Lindskog, "möjligen" ett försök till uppdelning från svarandens sida.<sup>269</sup> Hovrätten fann att tvisten i dess helhet skulle prövas av allmän domstol och att någon uppdelning följaktligen inte skulle ske mellan domstolsförfarande och skiljeförfarande. Heuman menar att rättsfallet ger stöd för att svaranden inte har möjlighet att åstadkomma en uppdelning av olika kontraktsrättsliga grunder som omfattas av ett skiljeavtal.<sup>270</sup> Enligt Lindskog är rättsfallet förenligt med principen om blandad kompetens och kan förklaras med hänsyn till "särskilda processekonomiska skäl."<sup>271</sup>

Även om rättsfallet delvis avsåg en annan fråga än den här aktuella är dess principiella innebörd av betydande intresse: svaranden har inte möjlighet att obstruera ett skiljeförfarande genom att framställa invändningar som leder till en omotiverad uppdelning av tvisten.

<sup>265</sup> Jfr Schöldström (JT 2007/08) s 470.

<sup>266</sup> Jfr Forsell & Wallin (JT 2007/08) s 944.

<sup>267</sup> Emfas här.

<sup>268</sup> Se Lindskog (2005) s 217 not 426. Jfr dock Heuman (1999) s 80 med en helt annan redogörelse för rättsfallet.

<sup>269</sup> Lindskog (2005) s 388 not 39 *in fine*.

<sup>270</sup> Heuman (1999) s 187.

<sup>271</sup> Lindskog (2005) s 217 not 426 *in fine*.



I rättsfallet RH 1987 s 66 tog domstolen – med eller utan rätt – ”processuella” hänsyn när frågan uppkommit om käromålet skulle uppdelas och prövas av olika organ eller istället prövas inom ramen för ett enhetligt förfarande.<sup>272</sup> I detta rättsfall gjorde hovrätten nämligen följande tämligen kategoriska uttalande: ”Av processuella skäl bör dock inte annat än undantagsvis en talan prövas av domstol såvitt gäller viss grund och beträffande annan grund av skiljemän.” Att en tvist, med domstolens ord, ”inte annat än undantagsvis” skall delas upp, torde dock ha saknat stöd av överrättspraxis och får numera anses överspelat.<sup>273</sup> Lindskog menar rentav att Hovrätten i det ifrågavarande rättsfallet ”... medvetet åsidosatt de på den aktuella punkten entydiga avgörandena NJA 1973 s 480 och 1982 s 738.”<sup>274</sup> Huvudregeln torde således vara den omvända: att en uppdelning av tvisten skall ske men att avsteg härifrån måhända kan ske undantagsvis.

Inom den internationella skiljedomsrätten ges skiljenämnd vanligtvis – dock beroende på skiljeklausulens formulering – delvis utökad behörighet att döma också över utomobligatoriska anspråk när dessa har grund i sammansatta rättsförhållanden.<sup>275</sup> Det har exempelvis i den komparativa litteraturen uttryckts att ”... it is recognised by a majority of laws that an arbitrator can also decide disputes relating to the liability in tort of one of the parties.”<sup>276</sup> Mot denna bakgrund har Heuman uttalat att det ”... i viss mån blir en öppen fråga om inte påståendedoktrinen skall förses med undantag för vissa sambandsfrågor.”<sup>277</sup> Frågan som därmed inställer sig är dock för vilka sambandsfrågor.

Hadar Berglund har ansett att undantag kan göras från regeln om blandad kompetens när frågan som rätteligen skall prövas i en annan ordning är ”mindre betydande.”<sup>278</sup> Detta uttalande har kritiserats av Lindskog<sup>279</sup> och tycks inte ha vunnit anslutning i rättstillämpningen. Enligt Lindskog bör, i syfte att ”... upprätthålla den ordning som gäller för den processuella kompetensen” undantagsmöjligheterna ”... begränsas till den situationen, att frågan är uppenbar.”<sup>280</sup> Med ett sådant synsätt sammansmälter dock undantagen för ”uppenbarlighetsfallen” och ”sambandsfallen” till ett enda undantag med ett ytterst begränsat tillämpningsområde.

Måhända *de lege ferenda* skulle jag vilja sätta ifråga om det inte är påkallat med undantag från påståendedoktrinen för vissa särskilda kvalificerade sambandsfall som förvisso inte är uppenbara men där påståendedoktrinen leder till en uppdelning av sammanhängande tvistefrågor och part saknar skyddsvärt intresse av att åstadkomma en sådan uppdelning. Visst stöd för denna argumentationslinje tycks finnas i NJA 2007 s 475 och hovrättens dom i SvJT 1979 ref s 9. *De lege lata* får det avslutningsvis anses fastslaget att undantag även kan göras från påståendedoktrinen i till synes illojala fall av försök till omstyrning av tvistlösningsform. Stödet för denna slutsats står naturligtvis att finna i Högsta domstolens dom i NJA 2008 s 120.

<sup>272</sup> Heuman menar att ifrågavarande rättsfall ”... lämnar belägg för en tendens att söka uppnå [positiva processekonomiska] effekter.” Se Heuman (1999) s 80 vid not 169.

<sup>273</sup> Se härtill dissidentens votum: ”Gentemot majoritetens åsikt att en talan inte annat än undantagsvis bör prövas av domstol såvitt gäller viss grund och av skiljemän beträffande annan grund vill jag åberopa högsta domstolens uttalanden i rättsfallen NJA 1973 s 480 och 1984 s 229. Dessa uttalanden tyder enligt min mening inte på att det endast undantagsvis skulle vara tillåtet att dela upp en tvist i ett skiljeförfarande och en domstolsprocess.”

<sup>274</sup> Lindskog (2005) s 217 f. Även Heuman menar att rättsfallen ger stöd för att en uppdelning får ske utan stor restriktivitet. Se Heuman (1999) s 81 vid not 174.

<sup>275</sup> Jfr Heuman (1999) s 83.

<sup>276</sup> Poudret & Besson (2007) s 266 f para 307. Se även Fouchard, Gaillard & Goldman (1999) s 306 f para 524: “... the arbitrators will have jurisdiction over claims in tort and for quasi-contract provided that the terms of the arbitration agreement are wide enough.”

<sup>277</sup> Heuman (1999) s 83.

<sup>278</sup> Berglund (1920) s 75.

<sup>279</sup> Se Lindskog (2005) s 222 not 437.

<sup>280</sup> Lindskog (2005) s 222 not 437.

### C. PÅSTÅENDEDOKTRINEN OCH LEGALA SKILJEFÖRFARANDEN

Lagen om skiljeförfarande bygger på ett tänkt "normalförfarande"; utgångspunkten är ett tvåpartsförfarande som härflyter ur ett mellan parterna föreliggande skiljeavtal.<sup>281</sup> Ett sådant skiljeförfarande, som grundar sig på ett avtal, betecknas som bekant konventionellt skiljeförfarande.<sup>282</sup> I internationella skiljeförfaranden är konventionella skiljeförfaranden, eller "consensual arbitration" likaledes huvudregeln: "The over-whelming majority of international arbitrations arise from arbitration clauses and, without an arbitration agreement, there usually is no legal basis for an international arbitration."<sup>283</sup>

Vid sidan av konventionella skiljeförfaranden förekommer dock såväl nationella<sup>284</sup> som internationella<sup>285</sup> skiljeförfaranden som grundar sig på lag och som följaktligen betecknas legala skiljeförfaranden. I dessa fall föreligger det alltså en legal skyldighet att underkasta sig skiljeförfarande utan att det föreligger ett skiljeavtal mellan skiljeparterna:<sup>286</sup> "Arbitration without privity."<sup>287</sup>

Inom ramen för svensk rätt är legala skiljeförfaranden sällsynta och främmande fåglar; när de emellanåt skymtas har de vanligtvis en särpräglad fjäderskrud.<sup>288</sup> Det praktiskt mest betydelsefulla exemplet på ett legalt skiljeförfarande är tveklöst förfarandet vid tvångsinlösen av aktier, varom finns stadgat i aktiebolagslagen (2005:551) ("ABL") 22 kap.<sup>289</sup> Tvångsinlösenförfarandet är som skiljeförfarande säreget sålunda att det regelmässigt rör sig om ett flerpartsförfarande på svarandesidan – påkallandet riktas vanligtvis mot flera minoritetsaktieägare – och skiljedomen kan överklagas på materiell grund vid domstol. Det har således snart sagt inga likheter med ett konventionellt normalförfarande.

Även om internationella skiljeförfaranden också vanligtvis är konventionella föreligger "... a small, but important, category of cases in which international arbitrations may result without a consensual agreement, by virtue of provisions in international investment protection or other conventions or legislations."<sup>290</sup> Skiljeförfarandet i NJA 2008 s 406 vilade på en sådan internationell investeringslag och per definition var således det underliggande skiljeförfarandet i rättsfallet ett legalt sådant. Att Investment Arbitration bär stora likheter med ett konventionellt skiljeförfarande sålunda att dessa förfaranden, till skillnad från legala skiljeförfaranden i allmänhet, förutsätter samtycke från båda parter, är en fråga vi får anledning att återkomma till.

Att skiljeförfarandet inte var ett konventionellt "normalförfarande" i strikt mening var enligt Högsta domstolen emellertid egalt; påståendedoktrinen fick "*anses gälla* på samma sätt" oavsett om skiljeförfarandet grundades på lag eller om det grundades på avtal.<sup>291</sup> Denna allt annat än kasuistiska domskrivning medför att den abstrakta rättsregel som Högsta domstolen ställt upp har ett vidsträckt tillämpningsområde.<sup>292</sup> Några närmare skäl för eller förklaringar av denna

<sup>281</sup> SOU 1994:81 s 79 och 129 och prop 1998/99:35 s 48 och 97. Se även Lindskog (2005) s 49 och 100.

<sup>282</sup> Se t ex prop 1998/99:35 s 35. Se även Heuman (1999) s 22.

<sup>283</sup> Born (2001) s 191 och 155 med där anmärkt litteratur.

<sup>284</sup> I SOU 1994:81 s 367 (Bilaga 6) återfinns en förteckning över bestämmelser om legala skiljeförfaranden i svensk rätt.

<sup>285</sup> Born (2001) s 191.

<sup>286</sup> Born (2001) s 191.

<sup>287</sup> Paulsson (ICSID Rev FILJ 1995) och Born (2001) s 192.

<sup>288</sup> Gemensamt för de fåtal lagrum i svensk rätt som påfordrar tvistlösning genom skiljeförfarande är att de i princip avser värderingsfrågor sålunda att frågan uteslutande berör värdering eller att värdering ingår som en väsentlig del av frågan. Se Lindskog (2005) s 212.

<sup>289</sup> Se t ex Lindskog (2005) s 94 not 1. Enligt ABL 22 kap 5 § skall tvister avseende rätten eller skyldigheten till inlösen liksom om lösenbeloppets storlek prövas av skiljemän. Se även prop 1998/99:35 s 37.

<sup>290</sup> Born (2001) s 5 not 18 och s 191 ff.

<sup>291</sup> Kursiverat här.

<sup>292</sup> Om betydelsen av så kallad kasuistisk domskrivning, se Bernitz m fl (2000) s 129.

slutsats, fränsett en hänvisning till rättspraxis beträffande prövningen av specialdomstols behörighet (NJA 1973 s 1 och NJA 1984 s 705) presenterade dock inte Högsta domstolen, vilket naturligtvis är olyckligt.

Lindskog har tidigare kritiserat vad han betecknar som "fiktions" i domskälen, det vill säga när Högsta domstolen "... för att nå ett visst önskat slut 'anser' att något förhåller sig på visst sätt."<sup>293</sup> Sådana ordmässiga dimridåer döljer som Lindskog påpekat de verkliga överväganden som ligger till grund för utgången, och är därför till föga vägledning för den som vill söka förstå Högsta domstolens bevekelsegrunder; tvärtom kan de vara förvillande.<sup>294</sup> Eftersom skiljeförfarandet var grundat i lag i det föreliggande fallet var domstolen emellertid tvungen att tillgripa denna lösning för att kunna formulera den i och för sig välgrundade prejudikatregeln. Denna ter sig emellertid som tveklöst bäst anpassad för just konventionella skiljeförfaranden och det framstår närmast som uppenbart att det är sådana förfaranden som Högsta domstolen haft i åtanke vid utformandet av domskälen. Att påståendedoktrinen överhuvudtaget skall kunna tillämpas inom ramen för det i svensk rätt enda praktiskt betydelsefulla legala skiljeförfarandet – tvångsinlösenförfarandet enligt ABL – har åtminstone jag svårt att se, trots att domskälens generella utformning ger sken av att en sådan tillämpning hypotetiskt vore möjlig. Hur detta skulle gestalta sig överlåter jag i så fall åt någon upplyst bolagsrättare att förklara.

Klart är att det mellan konventionella och legala skiljeförfaranden föreligger betydande diskrepanser. Likaså finns det fundamentala skillnader mellan Commercial Arbitration och Investment Arbitration. Att formulera en allmängiltig princip för alla dessa typer av skiljeförfaranden, såsom Högsta domstolen har gjort, får därför betecknas som vanskligt, och mycket riktigt föll domstolen – påstår jag – på sitt eget grepp vid den konkreta tillämpningen av prejudikatregeln i det enskilda fallet, vartill vi återkommer i nästa del. Som en övergång härtill ämnar jag dock dessförinnan på ett fortsatt allmänt plan söka peka på några sådana skillnader mellan legala och konventionella skiljeförfaranden som gör Högsta domstolens uttalande problematiskt.

Schöldström har kommenterat NJA 2008 s 406 och därvid redogjort för påståendedoktrинens betydelse för legala skiljeförfaranden.<sup>295</sup> Dennes kommentar utgör en lämplig utgångspunkt för den fortsatta diskussionen. Enligt Schöldström går det att

*"... konstatera, att de ovan nämnda två kvalifikationerna av Högsta domstolen inte torde ha någon större praktisk betydelse för påståendedoktrинens roll för en skiljenämnds behörighet i legala skiljeförfaranden. Den första kvalifikationen – att bindande skiljeavtal finns – måste ju i legala skiljeförfaranden motsvaras av att den författning existerar som påkallande part hävdar, vilken fråga typiskt sett borde vara ostridig mellan parterna eller åtminstone lättbedömd för skiljenämnden. Den andra kvalifikationen – att skiljeavtalet täcker de rättsfakta som påkallande part åberopar till stöd för sitt yrkande i sak – måste i legala skiljeförfaranden rimligen motsvaras av att den författningens rekvisit täcker de rättsfakta som påkallande part åberopar. Även denna fråga borde i allmänhet vara ostridig eller åtminstone lättbedömd."<sup>296</sup>*

<sup>293</sup> Lindskog (JT 2002/03) s 77. Med att HD tillgriper "fiktions" avser Lindskog egentligen något annat än vad HD gjorde i NJA 2008 s 406, nämligen att HD "uppfinner" sakförhållanden för att uppfylla rekvisitet i en regel som HD menar finns istället för att skapa en regel som tillgodoser de reella ändamålsskälen. Se a a s 78.

<sup>294</sup> Lindskog (JT 2002/03) s 78.

<sup>295</sup> Schöldström (JT 2008/09) s 140 ff.

<sup>296</sup> Schöldström (JT 2008/09) s 141.

Ehuru jag i och för sig inte har någonting att invända mot somliga av Schöldströms slutsatser ställer jag mig frågande till en del av dessa och är även av uppfattningen att Schöldströms jämförelser inte är helt invändningsfria. Högsta domstolen har genom NJA 2008 s 406 fastslagit att påståendedoktrinen tillämpning förutsätter dels att part är skiljebunden, dels att det rättsförhållande som skiljekäranden påstår ge stöd för ett framställt yrkande omfattas av skiljeavtalet. Det är dessa förutsättningar för doktrinen tillämpning som Schöldström åsyftar med hänvisning till Högsta domstolens två kvalifikationer.

Den första av dessa kvalifikationer – ”att bindande skiljeavtal finns” – torde dock inte som Schöldström påstått ”motsvaras” av att aktuell ”författning existerar”. Medan ett skiljeavtal rimligtvis måste kunna ”finnas” utan att med nödvändighet vara ”bindande” är en ”existerande” lag alltid bindande för alla och envar.

Huruvida ett ”bindande skiljeavtal finns” skall å ena sidan bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga principer.<sup>297</sup> Härav följer att avtalslagens regler är tillämpliga – om än möjligen *ex analogia* – på skiljeavtalet.<sup>298</sup> Den i avtalslagen föreskrivna avtalsmekanismen äger därmed tillämpning med påföljd att skiljeavtal, liksom avtal i övrigt, träffas genom korresponderande viljeförklaringar.<sup>299</sup> Huvudregeln inom avtalsrätten att ett avtal endast binder dess parter – att avtalet endast har verkan inter pares – gäller därmed även inom skiljedomsrätten.<sup>300</sup>

Principen om kontraktuell partsbegränsning ger vid handen att skiljebundenhet förutsätter ett avtalsåtagande.<sup>301</sup> Har part inte gjort ett sådant åtagande är han följaktligen inte part i ett skiljeavtal och som utgångspunkt ej skiljebunden.<sup>302</sup> En part som är berättigad enligt ett med motparten bindande skiljeavtal kan dock aldrig intvinga en tredje part såsom förpliktigad i en skiljetvist genom att påstå skiljebundenhet för motparten. Eftersom det ytterst ankommer på allmän domstol att avgöra vem som är part i ett skiljeavtal liksom dess omfattning i såväl objektivi som subjektivt avseende, kan motparten nämligen alltid klandra skiljedomen på den grunden att han inte var skiljebunden, det vill säga vare sig var part i skiljeavtalet eller omfattad därav.<sup>303</sup> Ett påstående att motparten är skiljebunden är därmed inte behörighetsgrundande; endast ett påstående att motparten är materiellt förpliktigad enligt ett huvudavtal som omfattas av ett ostridigt bindande skiljeavtal är behörighetsgrundande.

En ”författning existerar” väl å andra sidan när den i laga ordning beslutats och utfärdats av behöriga statsorgan. Till skillnad från ett skiljeavtal är en lag, sedan den utfärdats, emellertid generellt bindande; detta är rentav definitionen av en lag.<sup>304</sup> Att skiljebundenhet förutsätter ett avtalsåtagande gäller därmed inte i legala skiljeförfaranden; här gäller inte principen om kontraktuell partsbegränsning.<sup>305</sup> Medan ett föreliggande skiljeavtal inte binder alla gör således en existerande lag detta.

Därmed dock inte sagt att lagen är på envar tillämplig. Liksom ett skiljeavtal har en begränsad omfattning har naturligtvis en lag ett begränsat tillämpningsområde. Trots att lagen är bindande för alla innebär således inte detta att envar är berättigad respektive förpliktigad genom densamma. Liksom ett skiljeavtal torde därmed en lag kunna existera utan att rättsförhållandet mellan två subjekt *regleras* därav. Lagens tillämpning förutsätter ju naturligtvis att de däri uppställda rekvisiten är uppfyllda. Dess tillämpningsområde måste därför bestämmas genom

<sup>297</sup> Prop 1998/99:35 s 48. Se även RH 1989:83 och RH 1994:95 samt Lindskog (2005) s 100.

<sup>298</sup> Lindskog (2005) s 97.

<sup>299</sup> Lindskog (2005) s 104.

<sup>300</sup> Lindskog (2005) s 158 f och 98 ff.

<sup>301</sup> Lindskog (2005) s 96 och 158.

<sup>302</sup> I vissa undantagsfall kan ett skiljeavtal förvisso binda även andra än de ursprungliga kontrahenterna, det vill säga jämväl icke-signatärer. Det är då frågan om att skiljeavtalet har en subjektiv omfattning som inte låter sig begränsas till avtalsparterna. Se Lindskog (2005) s 108 och 159. Om dessa särfall, se Lindskog (2005) s 160 ff.

<sup>303</sup> Lindskog (2005) s 199 not 366.

<sup>304</sup> Jfr Bernitz m fl (2000) s 80.

<sup>305</sup> Sälunda har Lindskog uttryckt följande: ”... skiljebundenhet förutsätter ett avtalsåtagande (*här bortses då från legala skiljeförfaranden*) ...” Se Lindskog (2005) s 158. Kursiverat här.

lagtolkning med tillämpning av sedvanlig juridisk metod precis som skiljeavtalets omfattning måste bestämmas genom avtalstolkning enligt avtalsrättsliga tolkningsregler och dessa tolkningsoperationer måste ske innan påståendedoktrinen kan tillämpas. Eftersom skiljenämndens behörighet i båda fallen är avhängig omfattningen av skiljeklausulen måste denna tolkning också ytterst ankomma på domstol. Att den andra kvalifikationen – att skiljeavtalet omfattar de rättsfakta som påkallande part åberopar till stöd för sitt yrkande i sak – motsvaras av att lagens rekvisit täcker de rättsfakta som påkallande part åberopar, torde därmed vara en adekvat beskrivning. Att denna fråga i allmänhet är ostridig eller åtminstone lättbedömd är dock en sanning med modifikation, vilket NJA 2008 s 406 enligt min mening visar.

Att den ifrågavarande lagen existerade och band Republiken var ostridigt mellan parterna eller åtminstone lättbedömd. Således var den första kvalifikationen uppfylld. Däremot tycks skiljesvaranden ha bestritt lagens tillämplighet på de rättsfakta som skiljekäranden åberopat. Således var lagens tillämpningsområde inte alls ostridigt parterna emellan; inte heller kan den sägas ha varit särskilt lättbedömd. I den skiljedom som kom att överprövas av Högsta domstolen genom NJA 2008 s 406 uttalade skiljenämnden exempelvis att “[w]hile the Arbitral Tribunal has little doubt that the arbitration agreement is valid per se, the crux of the matter in this dispute is to determine its scope of application.”<sup>306</sup> Om denna fråga skulle vara lättbedömd så skulle väl knappat tvisterna mellan Petrobart och Republiken ha blivit föremål för Högsta domstolens prövning och därigenom förorsakat NJA 2008 s 406?

De närmare komplikationerna som härflyter ur det ovan sagda kommer att utvecklas mer i nästa del. På detta stadium är det erforderligt att konstatera att det enligt min mening, med beaktande av att Högsta domstolen fastslagit att påståendedoktrinen inte kan tillämpas vid tvist om skiljeklausulens omfattning, är svårt att förstå varför domstolen fann att påståendedoktrinen ägde tillämpning i det aktuella fallet. Avsåg inte svarandens invändning – och var därmed inte ”kruket” i målet – just frågan om tvisten föll innanför eller utanför lagens tillämpningsområde och därmed även den däri intagna skiljeklausulens omfattning, en fråga som med domstolens ord ”måste bestämmas vid behörighetsprövningen” eller motsatsvis, en fråga som inte kan bestämmas med tillämpning av påståendedoktrinen?

---

<sup>306</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (UNCITRAL Award) para 5.3.3.1 (ICSID Rep 2008 s 360). Kursiverat här.

## DEL III

# PÅSTÅENDEDOKTRINEN & INVESTERINGSTVISTER

## 3.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

En investeringstvist definieras som en tvist "... between an investor from one country and a government that is not its own that relates to an investment in the host country."<sup>307</sup> Ehuru denna definition vid en första anblick tycks enkel höljs däriinom exceptionellt komplexa problemställningar kring vilka vi kommer att uppehålla oss i denna uppsatsens näst sista del.

Twisten mellan Petrobart och Republiken kvalificerar sig som en investeringstvist i så måtto att Petrobart i dess egenskap av privaträttsligt rättssubjekt med hemvist i Gibraltar, framställde anspråk mot Republiken Kirgizistan i dess egenskap av suverän stat, på grundval av en påstådd investering i Republiken. Huruvida tvisten överhuvudtaget utgjorde en investeringstvist var dock tvistigt parterna emellan sålunda att Republiken, med yrkande om att Petrobarts talan skulle avvisas, bestred att Petrobart gjort en investering i landet. Prejudikatfrågan i NJA 2008 s 406 var således huruvida frågan om Petrobart *de facto* gjort en investering eller ej skulle prövas som en behörighetsfråga eller med tillämpning av påståendedoktrinen som en del av saken.

Högsta domstolen besvarade som bekant denna fråga som så, att skiljenämnden inte inom ramen för behörighetsprövningen skulle pröva om Petrobart gjort en investering; istället skulle skiljenämnden i enlighet med påståendedoktrinen lägga Petrobarts påstående om en investering till grund för sin behörighet. Således uttalade domstolen följande:

*"När skiljenämnden i förevarande fall har tagit ställning till sin behörighet, har den gått in på en materiell prövning av frågan om Petrobart gjort 'a foreign investment within the meaning of the Foreign Investment Law'. Skiljenämnden har funnit att så inte varit fallet och har dragit slutsatsen att den inte var behörig. Nämnden har därför avvisat Petrobarts talan. Skiljenämnden har således inte tillämpat påståendedoktrinen, vilket den borde ha gjort. Om skiljenämnden hade tillämpat doktrinen, skulle den ha lagt de rättsfakta som Petrobart åberopat till grund för prövningen av sin behörighet. Det var därför felaktigt att avvisa Petrobarts talan på den grunden att dessa rättsfakta inte förelåg."*

Varför skiljenämnden "borde" ha tillämpat påståendedoktrinen vid prövningen av investeringskravet i det enskilda fallet utvecklar inte domstolen närmare i domskälen. Att detta skulle följa av en "etablerad rättsgrundsats i svensk rätt" är blott vad Lindskog i ett annat sammanhang betecknat såsom ett "floskelargument", det vill säga att en hänvisning "... till ett värdeladdat argument som dock, om det inte definieras närmare, har ett obestämt innehåll."<sup>308</sup> Att domstolen själv i nästa andetag uttryckte att det råder viss oklarhet om vad påståendedoktrinen egentligen innebär gör väl knappast kritiken mindre befogad. Lindskog var dock som alltid djärv och motiverade i ett särskilt yttrande för egen del varför påståendedoktrinen ägde tillämpning i det aktuella fallet.<sup>309</sup>

<sup>307</sup> Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 9.

<sup>308</sup> Lindskog (JT 2002/03) s 76.

<sup>309</sup> Ett särskilt yttrande skrivet av referenten kan vanligtvis antas innehålla en utveckling och fördjupning av de argument som kortfattat – eller som i förevarande fall, inte alls – presenterats i domskälen till stöd för domslutet och kan därför vara vägledande för förståelsen av domstolens sätt att handlägga frågan sålunda att de utgör en

Enligt Lindskog hade skiljenämnden, genom att tillmäta investeringskravet betydelse för sin behörighet, betraktat Petrobarts påstådda investering som ett *dubbelrelevant rättsfaktum*. Skälet härför var att investeringskravet enligt Lindskog även utgjorde en materiell förutsättning för att ersättning skulle utgå enligt den åberopade rättsakten investeringslagen ("FIL"). Med tillämpning av påståendedoktrinen skulle dock investeringskravet vara exklusivt förbehållen skiljenämnden att pröva, vilket Lindskog menade "... rimmar väl med vad som måste antas vara ett av *syftena med att tvistlösning genom skiljeförfarande föreskrivs*, såväl i allmänhet som i fråga om bestämmelserna i artikel 23 FIL."<sup>310</sup>

Lindskogs resonemang kan med fördel brytas ned i två antaganden: (1) att syftet med att skiljeförfarande i investeringstvister föreskrivs är att prövningen av investeringskravet skall förbehållas skiljenämnd, vilket följer av att detta (2) utgör en bifallsförutsättning. Om investeringskravet skulle prövas som en processförutsättning skulle det därför bli ett dubbelrelevant rättsfaktum som därmed skulle kunna överprövas av domstol i strid med skiljeförfarandets förmodade syfte. Med påståendedoktrinen skulle dock detta problem undvikas.

Den tes jag kommer att driva i det följande är att Högsta domstolens slutsats – att det var felaktigt att avvisa Petrobarts talan på den grunden att investeringskravet inte var uppfyllt – är ett felslut. Min uppfattning är att såväl Högsta domstolens tillämpning av påståendedoktrinen som skälen för denna tillämpning i det föreliggande fallet kan kritiseras och att påståendedoktrinen tillämpningsområde i investeringstvister måste snävas in. Att det motsatsvis härav följer en legitimering av doktrinen inom ramen för det insnävade området är jag medveten om och vill framhäva: det finns inte skäl att ge påståendedoktrinen ett restriktivare tillämpningsområde än det som Högsta domstolen utpekat när den formulerat den allmänna regeln. Problemet är istället att Högsta domstolens tillämpning enligt min uppfattning går utöver det tillämpningsområde som domstolen själv utstakat. Den abstrakta prejudikatregeln är annorlunda uttryckt välgrundad och välmotiverad; den konkreta tillämpningen av densamma är dessvärre varken eller.<sup>311</sup>

Investment Arbitration är ett säreget rättsområde vilket "... stands at an intermediate stage between inter-state arbitration and international commercial arbitration."<sup>312</sup> En förståelse av min kritik förutsätter en förståelse för dessa särdrag i allmänhet liksom för investeringskravets betydelse inom ramen för detta rättsområde i synnerhet. I det följande kommer därför först en introduktion till Investment Arbitration att lämnas varefter investeringskravet och prövningen därav kommer att analyseras.

---

vidareutveckling av de ändamålsskäl och värderingar som ligger till grund för domslutet. Det sagda gäller kanske särskilt när referenten såsom Lindskog är det JR med störst kunskaper inom det aktuella rättsområdet. Se Knutsson (1993) s 272 f. Förses yttrandet med reservationen "för egen del" skall detta dock i normalfallet förstås som "... en anvisning om att yttrandet inte skall uppfattas som ett uttryck för allas åsikt". Se Knutsson (1993) s 281. Vad som följer av det sagda är emellertid något oklart. Det går nämligen inte att per automatik sluta sig till att övriga ledamöter ställt sig avvisande till vad ledamoten tillagt för egen del. Knutsson menar att "[de]t kan förhålla sig så, men det är ingalunda säkert. De kan lika gärna vara sympatiskt inställda eller helt neutrala." Se Knutsson (1993) s 281. Helt klart är att ett yttrande alltid redovisats för övriga ledamöter; dess innehåll har således varit känt för dessa och det har legat till grund för deras ställningstaganden i målet. Att Lindskogs yttrande för egen del saknar formellt prejudikatvärde förtar därmed inte detta dess principiella intresse. Yttrandet får istället bedömas enligt dess sakliga tyngd; Lindskog var som sagt referent i målet och hans tankar i ämnet, såsom dessa formulerats i hans lagkommentar, ekar tydligt i Högsta domstolens övriga domskäl. Se vidare om betydelsen av särskilda yttranden i Bernitz m fl (2000) s 143.

<sup>310</sup> Kursiverat här.

<sup>311</sup> Om denna situation i allmänhet, se Heuman (JT 2006/07) s 598.

<sup>312</sup> Sornarajah (2000) s 159. Jfr även Turinov (J Int'l Arb) s 5: "Investor-state arbitration is positioned somewhere between international commercial arbitration and an incipient form of international, quasi-judicial review of regulatory and administrative conduct by nation-states."

## 3.2 INTRODUKTION TILL INVESTMENT ARBITRATION

Det är allmänt veterligt att utländska investeringar är en bidragande orsak till ekonomisk utveckling och välstånd i ett land.<sup>313</sup> Detta förhållande är särskilt påtagligt i utvecklingsländer,<sup>314</sup> vari utländska investeringar kan generera nya kunskaper, skapa nya marknader och nya arbetstillfällen, leda till löneökningar och bättre infrastruktur – helt enkelt förbättrad levnadsstandard för människor med sämst sådan.<sup>315</sup> Dessvärre finns häri en inneboende motsättning: de länder som å ena sidan är i störst behov av utländska investeringar är å andra sidan minst förmögna att erbjuda utländska investerare ett fullgott rättsskydd och är därför sällan attraktiva som investeringsobjekt. Investeringsrätten kan därför sägas vara "... premised on two elemental propositions: [1] foreign investment tends to spur economic development, and [2] fundamental legal protections tend to encourage and promote foreign investment."<sup>316</sup>

I syfte att göra investeringsklimatet mer tilldragande för utländska investeringar har mot bakgrund av det ovan sagda i synnerhet många utvecklingsländer antagit särskilda investeringslagar, *Foreign Investment Laws* eller "FIL:s", avsedda att skydda – och därmed attrahera – utländska investerare.<sup>317</sup> Härjämte har det utbildats ett världsomspännande nät av investeringsavtal, *Foreign Investment Treaties* eller "FIT:s"<sup>318</sup>, vars syfte är att skapa gynsamma förhållanden för gränsöverskridande investeringar.<sup>319</sup> Dessa rättsakter delar alla – utöver syftemål – vissa gemensamma karaktäristiska.<sup>320</sup> För det första tillförsäkras investeraren därigenom materiella rättigheter vis-à-vis värdstaten.<sup>321</sup> För det andra, och troligen av störst betydelse,<sup>322</sup> tillerkänns investerare en rätt att påkalla ett internationellt skiljeförfarande direkt gentemot värdstaten vid händelse av tvist kring dessa materiella rättigheter.<sup>323</sup>

### 3.2.1 Skiljeklausulens syfte

Till skillnad från sedvanliga kommersiella rättsförhållande, vilka tenderar att konstitueras av två privaträttsliga rättssubjekt, är endera parten i ett investeringsförhållande en suverän stat eller ett därav kontrollerat statsbolag och tvisten rör vanligen statens dispositioner i denna suveräna egenskap, exempelvis expropriation. Detta utgör ett särdrag hos Investment Arbitration av stor betydelse:<sup>324</sup> "Every approach to provide legal or non-legal protection of foreign investment has to deal with the problem of inequality of the parties involved, i.e. the sovereign Host State on one

<sup>313</sup> Se t ex Rubins (2004) s 285 f, Broches (1995) s 161 och Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 7.

<sup>314</sup> Se t ex Hirsch (1993) s 3.

<sup>315</sup> Petrochilos & Rubins (SIAR 2005:3) s 108 not 23, Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 7 f, Hirsch (1993) s 3 samt Baker (1999) s 5.

<sup>316</sup> Legim (Int'l Arb 2006) s 522.

<sup>317</sup> Horn (2004) s 11. Se även t ex Hirsch (1993) s 51.

<sup>318</sup> Dessa kan vara både bilaterala ("BIT:s") och multilaterala ("MIT:s). Förkortningen FIT:s utgör således ett paraplybegrepp som inrymmer både BIT:s och MIT:s. Jfr Igbokwe (J Int'l Arb 2006) s 267 not 2.

<sup>319</sup> Idag finns det över 2400 antagna bilaterala investeringsavtal samt ett multilateralt investeringsavtal för energisektorn, *The Energy Charter Treaty* ("ECT"), med drygt 50 anslutna stater. Se Wong (Geo Mason L Rev 2006) s 136 och Böckstiegel (Arb Int'l 2007) s 95. Se även Bishop, Crawford & Reisman (2005), s 8 och Redfern & Hunter (2004) s 565 not 13 samt 566 not 17.

<sup>320</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 6.

<sup>321</sup> Se vidare Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 10 f och, för en mer vidlyftig redogörelse, Redfern & Hunter (2004) s 580 ff. Se även Salacuse (2004) s 61 ff och Horn (2004) s 12.

<sup>322</sup> Spierman (Arb Int'l 2004) s 180. Se även Horn (2004) s 8 samt Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 317.

<sup>323</sup> Med ytterst få undantag föreskrivs således tvistlösning genom internationellt skiljeförfarande; "[a]rbitration is part of the protection concept." Se Horn (2004) s 7 och 12. Se även Spierman (Arb Int'l 2004) s 180 och Broches (1995) s 447.

<sup>324</sup> Hirsch (1993) s 4.



hand, and, on the other, the foreign private investor, typically a foreign company or a domestic company controlled by foreign investors.”<sup>325</sup>

Ehuru det torde föra för långt att beteckna dessa rättsförhållanden som samtidigt ”David mot Goliat”<sup>326</sup> – multinationella företag av idag har inte sällan ekonomiska resurser likvärdiga med eller rentav överstigande värdstaternas resurser<sup>327</sup> – följer ändå av statens suveränitet ett oundvikligt övertag i förhållande till investeraren. Som huvudregel ger nämligen doktrinen om suverän immunitet vid handen att värdlandets domstolar är de enda som har jurisdiktion att pröva en talan mot värdlandet i dess egenskap av suverän stat;<sup>328</sup> ”... sovereign immunity will be a formidable obstacle to suing the host State in the courts of another country.”<sup>329</sup> För investeraren måste dock tvistlösning inför värdlandets domstolar av förklarliga skäl framstå som ett särdeles oattraktivt tvistlösningsalternativ i dessa typer av tvister;<sup>330</sup> det är som bekant en inte obetydlig skillnad mellan ”rule of law” och ”rule by law”.<sup>331</sup> Det överordnade syftet med att föreskriva tvistlösning genom skiljeförfarande i internationella investeringstvister är därmed att såvitt möjligt reducera statens maktställning vis-à-vis investeraren genom att överföra tvisten till en miljö där betydelsen av dess suveränitet kan minimeras.<sup>332</sup> Detta åstadkoms genom att en skiljeklausul intagen i en internationell investeringslag eller ett internationellt investeringsavtal äger den rättsföljden att staten därigenom anses göra avkall på sin statssuveränitet genom att acceptera att underkasta sig ett judiciellt förfarande vari privaträttsliga rättssubjekt – såväl fysiska som juridiska personer – äger *locus standi*.<sup>333</sup>

### 3.2.2 Skiljeklausulens struktur

Oftast är de aktuella skiljeklausulerna så kallade ”multiple clauses” och utformad på så vis att staten på förhand samtycker till att investeraren hänskjuter eventuella framtida investeringstvister avseende de materiella rättigheterna till ett utav flera i lagen angivna ”multiple arbitration forums”.<sup>334</sup> Investeraren ges vanligen valrätt mellan att antingen påkalla ett *ad hoc*-förfarande, vanligtvis i enlighet med UNCITRAL-RoA, eller ett institutionellt förfarande, vanligen under ICSID eller, särskilt i öst-väst förhållanden, SCC.<sup>335</sup> Detta illustreras väl av de två skiljeklausulerna som åberopades av Petrobart mot Republiken. I Skiljeförfarande I (hädanefter ”UNCITRAL-förfarandet”) åberopade Petrobart som bekant en skiljeklausul i kirgizisk FIL som grund för skiljenämndens behörighet i enlighet med UNCITRAL-RoA, medan bolaget i Skiljeförfarande II (hädanefter ”SCC-förfarandet”) åberopade en skiljeklausul i det multilaterala fördraget ECT som grund för skiljenämndens behörighet enligt SCC-RoA.

<sup>325</sup> Horn (2004) s 7. Se även Sornarajah (2000) s 85.

<sup>326</sup> Böckstiegel (Arb Int'l 2007), särskilt s 95.

<sup>327</sup> Se t ex Sornarajah (2000) s 9.

<sup>328</sup> Schreuer (2001) s 6.

<sup>329</sup> Schreuer (2001) s 7. Se även Brownlie (2003) s 484 f, Hirsch (1993) s 8 samt Meesen (2004) s 387.

<sup>330</sup> Se t ex Hirsch (1993) s 8.

<sup>331</sup> Se vidare Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 19, Baker (1999) s 5 samt Horn (2004) s 25.

<sup>332</sup> Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 128.

<sup>333</sup> Se Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 17.

<sup>334</sup> Se t ex Born (2001) s 191 ff, Cremades (2001) s 159, Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 10 och Schreuer (2001) s 213.

<sup>335</sup> Cremades (2001) s 159 särskilt not 39. Se även Turinov (J Int'l Arb 2009) s 9. ICSID, som kommer att presenteras utförligare nedan, handhar flest investeringstvister av alla skiljedomsinstitut. Under 2008 påkallades hela 31 sådana skiljeförfaranden vid Centret. Se ICSID Annual Report (2008) s 5. Detta är att jämföra med att 7 investeringstvister initierades inför SCC, vilket placerar SCC på en andra plats efter ICSID. Se SCC Statistical Report (2008) s 2.

I UNCITRAL-förfarandet, vilket kom att ligga till grund för NJA 2008 s 406, åberopade Petrobart den sista strecksatsen i FIL artikel 23.2, vari stadgades att "... an investment dispute between the authorised governmental organs of the Kyrgyz Republic and a foreign investor ... shall be settled through arbitration in accordance with one of the following procedures:

- the Regulations of the Third Party Arbitration Court under the Chamber of Industry and Commerce of the Kyrgyz Republic;
- The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention, signed in Washington DC on 19 March 1965), if applicable;
- the Additional Facility Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), if applicable;
- the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Rules); in this case the appointing body shall be the Secretary General of ICSID."

I FIL artikel 23.3 stipulerades vidare att "... the Kyrgyz Republic through its authorised governmental body shall consent to the transfer of the investment dispute for arbitration by virtue of this law".<sup>336</sup>

Den kirgiziska FIL i allmänhet liksom dess skiljeklausul i synnerhet har i princip en standardutformning och påminner om motsvarande skiljeklausuler i ett flertal bi- och multilaterala investeringsavtal.<sup>337</sup> Denna omständighet – vilken i sig medför att Högsta domstolens dom i NJA 2008 s 406 har ett mycket vidsträckt tillämpningsområde även inom det aktuella rättsområdet – framgår tydligt vid en jämförelse med den, i det parallella SCC-förfarandet, av Petrobart åberopade ECT artikel 26, som i relevanta delar lyder enligt följande:

1. Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.
2. If such disputes can not be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution:
  - a. [...]
  - b. [...]
  - c. in accordance with the following paragraphs of this Article.
3. In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph 2.c, the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to:
  - a. i. The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington, 18 March 1965 (hereinafter referred to as the 'ICSID Convention'), if the Contracting Party of the Investor and the Contracting Party party to the dispute are both parties to the ICSID Convention; or
  - ii. a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as 'UNCITRAL'); or;
  - iii. an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.<sup>338</sup>

<sup>336</sup> Begreppen "investment", "foreign investment" och "foreign investor" definierades i FIL artikel 1.1-3.

<sup>337</sup> Fohlin & Nyberg (ILO 2006) s 3.

<sup>338</sup> Liksom FIL innehåller ECT definitioner av begreppen "investment" och "investor" i dess artikel 1.6-7. En svensk översättning av ECT återfinns i prop 1995/96:68. Se särskilt s 108 f.

Skiljeklausulerna i FIL:s och FIT:s – såsom de illustreras genom ovanstående excerpt – uppvisar vissa strukturella skillnader i förhållande till sedvanliga skiljeklausuler intagna som avtalsklausuler i ett vanligt huvudavtal:

*“The most conspicuous peculiarity is that consent agreements need not be based on a document that is signed by both parties. Rather, the host State may make a general offer to foreign investors or to certain categories of foreign investors to submit to arbitration. This offer may be contained in legislation or in a treaty to which the host State is party. To perfect a consent agreement, the investor has to accept this offer in writing. This acceptance can be quite informal and may even be expressed through the act of instituting proceedings.”<sup>339</sup>*

Själva avtalsmekanismen skiljer sig således åt på så sätt att parterna manifesterar sitt samtycke till skiljeförfarande annorlunda i ett traditionellt konventionellt skiljeförfarande jämfört med de ifrågavarande ”legala” förfarandena. I konventionella skiljeförfaranden ger som bekant parterna vanligtvis sitt samtycke till skiljeförfarande mer eller mindre simultant genom att underteckna huvudavtalet som innehåller skiljeklausulen. I Investment Arbitration ger dock parterna sitt samtycke till skiljeförfarande stegvis: ”First, the host State consents by including a standing offer to submit to [arbitration] in its national legislation or in a bilateral or multilateral investment treaty. Second, the investor – which may not have been an investor at the time of the State’s offer – consents by accepting that offer.<sup>340</sup> De ifrågavarande skiljeklausulerna kan och bör därmed inte betraktas som någonting annat än *stående publika anbud att sluta skiljeavtal*;<sup>341</sup> de utgör alltså inte några skiljeavtal i sig och kan därmed inte ensamt läggas till grund för ett skiljeförfarande.<sup>342</sup>

Eftersom staten är bunden av anbudet i klausulen är den också enligt dess ordalydelse skyldig att underkasta sig skiljeförfarande vid händelse av att en investerare accepterar anbudet genom att påkalla skiljeförfarande om en investeringstvist på denna grund. Av det sagda följer dock samtidigt att anbudet inte ovillkorat; det riktar sig endast till investerare och omfattar endast tvister om investeringar, vilket osökt för oss över till investeringskravets betydelse.

### 3.3 INVESTERINGSKRAVETS BETYDELSE

En investeringstvist kan mot bakgrund av det ovan anförda svårligen jämföras med en sedvanlig kommersiell tvist mellan två privata aktörer; en stats intressen är väsensskilda i jämförelse med privata kommersiella aktörers. Medan de kommersiella aktörerna å ena sidan enbart har att ta kommersiella hänsyn har stater skyldigheter av vitt skilda slag – politiska, ekonomiska, sociala, kulturella etcetera – gentemot sina medborgare.<sup>343</sup> Att göra avkall på sin suveränitet genom att acceptera tvistlösning genom skiljeförfarande kan förvisso ge positiva följdverkningar för staten men kan samtidigt vara förenat med betydande kostnader och risker. Exempelvis förpliktigades Tjeckien genom UNCITRAL-förfarandet *CME v The Czech Republic*<sup>344</sup> att till företaget CME utge \$ 355 000 000, vilket rentav förorsakade budgetproblem för Tjeckien i dess egenskap av nation,<sup>345</sup>

<sup>339</sup> UNCAD (2003) s 1. Jfr även Schreuer (2001) s 11.

<sup>340</sup> Reed, Paulsson & Blackaby (2004) s 35. Kursiverat här.

<sup>341</sup> Se även Schreuer (2001) s 11. Se även Redfern & Hunter (2004) s 7: ”Exceptionally, however, there may be what might be called a ‘standing offer’ to arbitrate disputes, as with the bilateral investment treaties ...”

<sup>342</sup> Schreuer (Transnat'l Disp Mgmt 2007) s 5 och 7. Se även Cremades (2001) s 162: ”These clauses - known as unequivocal consent, automatic consent or advanced consent clauses - are characterised by containing offer to arbitrate that is: public in nature; unilateral in character; binding on the party issuing the same; solely revocable by means of an instrument of equal rank.” Se också Reed, Paulsson & Blackberry (2004) s 36 samt Horn (2004) s 23.

<sup>343</sup> Hirsch (1993) s 4. Se även Sornarajah (2000) s 7.

<sup>344</sup> *CME Czech Republic B V (The Netherlands) v The Czech Republic*, Award (UNCITRAL), March 14 2003.

<sup>345</sup> Horn (2004) s 6. Se även Salacuse (2004) s 69.

naturligtvis ytterst till skada för dess medborgare. För att till fullo förstå motiven till och ändamålsskälerna bakom detta risktagande är det oundgängligen nödvändigt att göra en distinktion mellan å ena sidan internationella investeringar och å andra sidan internationell handel. Följande utdrag utgör en illustrativ inledning till problematiken, och återges därför *in extenso*:

*"Just as important in the formation of different standards of treatment and modes of recourse between trade and investment is the perception among both less-developed and industrialized states that private 'investment' is a catalyst for development and prosperity. Investment protection treaties, including the Washington Convention and bilateral investment treaties, constitute a conscious, and potentially politically costly, derogation of State sovereignty. **The state's sacrifice of freedom of action is done for a particular purpose, and that purpose closely defines the extent of the treaties' operation.** The primary motivation for both developing and developed States in concluding these agreements is, in the words of the Washington Convention preamble, a realization of the importance of 'the role of private international investment' in 'international cooperation for economic development.' **Thus, there is a recognition that a certain category of cross-border economic activity, called 'investment', helps expand welfare around the world. The corollary is that other kinds of operations do not necessarily have that effect: short-term capital flows, particularly those involving speculation in debt or currency, are widely seen by host states as sources of monetary or economic instability. The derogation of state sovereignty necessary for a direct investor-state dispute resolution system is therefore only worth undertaking to the extent it helps a developing country compete to attract the constructive sort of asset flows, designated 'investment'.**"<sup>346</sup>*

Investeringskravet kan sägas utgöra den vattendelare som skiljer investeringstvister från sedvanliga kommersiella tvister. De förstnämnda omfattas av statens samtycke till skiljeförfarande; de sistnämnda gör det inte. Det är därför "... essential that arbitrators confer the benefits of investment protection treaties only on property rights that qualify as investment. To do otherwise would betray the intent – *and consent* – of the parties to arbitrate their disputes with aliens operating in their territory."<sup>347</sup>

I UNCITRAL-förfarandet, som grundades på FIL och som överprövades av Högsta domstolen, prövade skiljenämnden materiellt om investeringskravet var uppfyllt – om Petrobart gjort "a foreign investment within the meaning of the Foreign Investment Law". Skiljenämnden fann dock att den ifrågavarande transaktionen blott utgjorde en "transitory international sales transaction."<sup>348</sup> Eftersom FIL:s skiljeklausul inte omfattade tvister kring sådana transaktioner utan enligt dess ordalydelse var inskränkt till investeringstvister fann skiljenämnden att Petrobart inte ägde påkalla skiljeförfarande med stöd av FIL. Dess talan avvisades följaktligen på grund av bristande behörighet *ratione materiae*. I överprövningsförfarandet kom Svea hovrätt, till skillnad från Högsta domstolen, till samma slutsats efter en materiell prövning.

I SCC-förfarandet, som grundades på ECT, prövade likaså skiljenämnden om Petrobart gjort en investering i enlighet med ECT:s definition och kom därvid till motsatt slut – att den ifrågavarande transaktionen utgjorde en investering och att Republiken därmed var skyldig att tillförsäkra Petrobart skydd enligt fördraget.<sup>349</sup> Härefter prövade Skiljenämnden om Petrobarts

<sup>346</sup> Petrochilos & Rubins (SIAR 2005:3) s 108 f. Emfas här. Se även Rubins (2004) s 286.

<sup>347</sup> *CME Czech Republic B V (The Netherlands) v The Czech Republic*, Award (UNCITRAL), 14 March 2003, Separate Opinion of Ian Brownlie, para 33. Kursiverat här. Se härtill Rubins (2004) s 287.

<sup>348</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (UNCITRAL Award) (ICSID Rep 2008 s 366).

<sup>349</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (SCC Award) s 69 och 72.

materiella rättigheter enligt ECT trätts förnär och fann att så varit fallet. Republiken förpliktigades därför att till Petrobart utge ersättning. I likhet med UNCITRAL-förfarandet fann inte hovrätten skäl att göra någon annan bedömning av investeringskravet än den skiljenämnden hade gjort.

Att skiljenämnderna i UNCITRAL-förfarandet respektive SCC-förfarandet gjorde olika materiella bedömningar beträffande innebörden av respektive investeringskrav är inte anmärkningsvärt *per se*; detta hade definierats på olika sätt i de två olika rättsakter varpå Petrobart grundade sin respektive talan.<sup>350</sup> Av principiellt intresse är emellertid att de båda skiljenämnderna hanterat investeringsfrågan på samma sätt, närmare bestämt som en processförutsättning; de ansåg båda förekomsten av en investering utgöra en förutsättning för att Petrobart överhuvudtaget skulle vara berättigad att påkalla skiljeförfarande mot Republiken.

### 3.3.1 Investeringskravet som processförutsättning

En given utgångspunkt inom Investment Arbitration är att skiljenämndens behörighet att sakpröva skiljekärandens talan härflyter ur parternas samtycke till att slita den ifrågavarande investeringstvisten genom skiljeförfarande.<sup>351</sup> Ehuru ett skiljeförfarande i en investeringstvist i förekommande fall grundas på en internationell investeringslag och därmed utgör ett legalt skiljeförfarande bär de såtillvida stora likheter med konventionella skiljeförfaranden. Utöver att följa av sedvanliga skiljedomsrättsliga principer skall kravet på samtycke förstås i ljuset av skiljeklausulens betydande implikationer för staten: "... the extent of the submission to arbitrate is identical with the extent of the waiver of sovereign immunity."<sup>352</sup>

I investeringstvister konstrueras det erforderliga samtycket genom den säregna avtalsmekanismen, det vill säga genom att en investerare accepterar en stats stående anbud om skiljeförfarande, vilket manifesteras genom att investeraren påkallar ett skiljeförfarande mot staten.<sup>353</sup> Statens anbud liksom investerarens accept därav konstituerar således det – på samtycke grundande – skiljeavtal varur skiljenämnden härleder sin behörighet. Detta samtycke är dock villkorat sålunda att det endast omfattar investeringstvister.<sup>354</sup> En investeringstvist är en tvist som härflyter ur en investering.<sup>355</sup> Den springande punkten är därmed vad som utgör en investering. Först när detta är känt går det att fastslå huruvida den ekonomiska aktiviteten utgör en investering och om tvisten därmed "... qualifies, *jurisdictionally*, as an investment dispute."<sup>356</sup>

I enlighet med det sagda inledde skiljenämnden i UNCITRAL-förfarandet sin prövning av investeringskravet med följande fråga: "*Is the dispute an Investment Dispute?*" Därefter uttalade skiljenämnden helt följdriktigt att "... Petrobart and the Republic have entered into an arbitration agreement on the basis of Article 23 of the Foreign Investment Law. While the

<sup>350</sup> Således uttalade skiljenämnden i SCC-förfarandet att "... the term 'investment' must therefore be interpreted in the context of each particular treaty in which the term is used." Se *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (SCC Award) s 69 och 72.

<sup>351</sup> Turinov (J int'l Arb 2009) s 6. Samtycket utgör "... an indispensable requirement for a tribunal's jurisdiction." Se Schreuer (Transnat'l Disp Mgmt 2007) s 1.

<sup>352</sup> Jfr Meesen (2004) s 392.

<sup>353</sup> Schreuer (Transnat'l Disp Mgmt 2007) s 1 f, 5 och 7.

<sup>354</sup> Jfr Redfern & Hunter (2004) s 573. Se även Schreuer (Transnat'l Disp Mgmt 2007) s 9. I kirgiziskt FIL förekvs exempelvis att "... the Kyrgyz Republic through its authorised governmental body shall consent to the transfer of the investment dispute for arbitration by virtue of this law." Inte sällan innefattar anbudet ytterligare kvalifikationer utöver investeringskravet, exempelvis att endast tvister som avser expropriation av investeringar får hänskjutas till skiljeförfarande. När samtycket på detta sätt är inskränkt till vissa typer av investeringstvister kan uppenbarligen frågan om exempelvis expropriation föreligger bli ett dubbelrelevant rättsfaktum. Till denna fråga återkommer vi nedan.

<sup>355</sup> Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 9.

<sup>356</sup> Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 9. Kursiverat här.

Arbitral Tribunal has little doubt that the arbitration agreement is valid per se, the crux of the matter in this dispute is to determine *its scope of application*. Petrobart has brought its claims against the Republic under the Foreign Investment Law. The jurisdiction of the Arbitral Tribunal is thus limited to, and by, the provisions on arbitration set forth in the Law, i.e. Article 23 of the same. Section 1, 2 and 3 of Article 23 of the law all speak of "investment disputes".<sup>357</sup>

Vanligtvis definieras investeringskravet i den aktuella rättsakten,<sup>358</sup> och definitionen av investeringsbegreppet avgör därmed skiljenämndens behörighet *ratione materiae*.<sup>359</sup> Genom denna definition fastslås, i likhet med vad skiljenämnden funnit, dels gränserna för rättsaktens tillämpningsområde (dess "scope of application"<sup>360</sup>), dels gränserna för statens samtycke (dess "scope of consent"<sup>361</sup>). Investeringskravet liksom definitionen därav kommer därigenom att verka bestämmande för rättsaktens tillämpningsområde ävensom för den däri intagna skiljeklausulens omfattning. Syftet med definitionen är således att "... delimit what transactions would be entitled to the benefits of the law"<sup>362</sup>, däribland tvistlösning genom skiljeförfarande.<sup>363</sup> Det sagda ger vid handen att den ifrågavarande ekonomiska aktiviteten måste svara mot definitionen av en investering för att tvisten skall kvalificera sig som en investeringstvist och därmed omfattas av skiljeavtalet;<sup>364</sup> staten har inga som helst skyldigheter att slita tvister om annat än investeringar som svarar mot definitionen därav genom skiljeförfarande.<sup>365</sup> Följaktligen åligger det skiljekäranden att visa att han gjort en skyddad investering för att överhuvudtaget äga åberopa rättsakten,<sup>366</sup> liksom det på motsvarande sätt ankommer på skiljenämnden att, såsom skiljenämnden gjort i det ifrågavarande fallet, från fall till fall pröva om definitionen är tillräckligt vid för att omfatta den ifrågavarande ekonomiska aktiviteten.<sup>367</sup>

Sammanfattningsvis sammansmälter i princip investeringskravet – "... the jurisdictional requirement that there be an 'investment'"<sup>368</sup> – med kravet på samtycke till skiljeförfarande – "... the indispensable requirement for a tribunal's jurisdiction"<sup>369</sup>. Är investeringskravet inte uppfyllt föreligger motsatsvis inget samtycke till skiljeförfarande och något sådant får därför inte äga rum.<sup>370</sup> Sakprövar skiljenämnden en tvist som inte är en investeringstvist föreligger följaktligen ett behörighetssöverskridande.

<sup>357</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic*, (UNCITRAL Award) para 5.3.3.1 (ICSID Rep 2008 s 360). Kursiverat här.

<sup>358</sup> Se t ex Cremades & Carins (2004) s 337.

<sup>359</sup> Cremades & Carins (2004) s 337.

<sup>360</sup> Salacuse (2004) s 62. Se även OECD (2008) s 7: "The definition of investor and investment is key to the scope of application of rights and obligations of investment agreements and to the establishment of jurisdiction of treaty based arbitral tribunals."

<sup>361</sup> Rubins (2004) s 295. Se även Salacuse (2004) s 62: "[T]he definition of the investors and the investments that may benefit from the treaty. Se även Redfern & Hunter (2004) s 569.

<sup>362</sup> Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 328.

<sup>363</sup> Jfr OECD (2008) s 9: "The definition of ... investment are among the key elements determining the scope of application of rights and obligations under international investment agreements. An investment agreement applies only to those [investments that] qualify for coverage under the relevant provisions. Only such investments and investors may benefit from the protection and be eligible to claim to dispute settlement.

<sup>364</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 6.

<sup>365</sup> Salacuse (2004) s 62.

<sup>366</sup> Redfern & Hunter (2004) s 569.

<sup>367</sup> Rubins (2004) s 291.

<sup>368</sup> Rubins (2004) s 291.

<sup>369</sup> Schreuer (Transnat'l Disp Mgmt 2007) s 1. Således har Broches uttalat att "... the requirement that the dispute must have arisen out of an 'investment' may be merged into the requirement of consent to jurisdiction." Se Broches (1995) s 168.

<sup>370</sup> Rubins (2004) s 290. Jfr härtill Horn (2004) s 17: "The jurisdiction of the tribunal depends on the *existence of an investment* and on the applicability of the respective BIT." Turinov (J Int'l Arb 2009) s 1: "Establishing investor status is a precondition for substantive protections, and a *key jurisdictional issue in arbitration, of investor-state disputes* ..." Legum (J Int'l Arb 2006) s : "...the definition of investor delineates *who has standing* to bring a claim in arbitration." Turinov (J Int'l Arb 2009) s 1 f: "The *jurisdictional question* in investment arbitration often turns on the meaning of

Givet ovanstående slutsats – som i sig är helt oförenlig med NJA 2008 s 406 – är det nödvändigt att göra en distinktion mellan å ena sidan *Commercial Investment Arbitration* och å andra sidan *ICSID Arbitration*. Skiljenämndens hantering av investeringskravet skiljer sig nämligen åt beroende på vilken typ av förfarande som är för handen. Till den förstnämnda kategorin investeringstvister är att hänföra skiljeförfaranden under exempelvis SCC enligt dess RoA eller *ad hoc*-förfaranden enligt UNCITRAL-RoA; till den sistnämnda kategorin givetvis skiljeförfarande under ICSID enligt ICSID-konventionen. Båda skiljeförfarandena mellan Petrobart och Republiken är som synes att hänföra till den förstnämnda kategorin varför en redogörelse för ICSID Arbitration kan tyckas överflödig för framställningens syfte. Av skäl som kommer att framgå har dock en redogörelse för ICSID Arbitration en självskriven plats i en uppsats vars föremål är investeringstvister.

### 3.3.1.1 *The International Center for the Settlement of Investment Disputes*

ICSID, eller *The International Center for the Settlement of Investment Disputes*, inrättades genom ICSID-konventionen<sup>371</sup> ("Washington-konventionen" eller "Konventionen") som en del av Världsbanken och har till syfte att gynna den globala ekonomiska utvecklingen genom att "... facilitate private international investment through the creation of a favourable investment climate."<sup>372</sup> Till skillnad från andra multilaterala investeringsavtal såsom ECT, åläggs dock inte värdstaten genom ICSID-konventionen några materiella skyldigheter vis-à-vis utländska investerare; istället tillhandahåller ICSID-konventionen endast ett processuellt ramverk för hantering av investeringstvister.<sup>373</sup> ICSID kan således närmast liknas vid ett skiljedomsinstitut som endast handlägger investeringstvister.

Från att ha karaktäriserats som "... somewhat of a Sleeping Beauty"<sup>374</sup> har ICSID:s betydelse inom investeringsrätten kommit att bli central. Trots att det saknas en doktrin om *stare decisis*, eller bindande prejudikat, inom den internationella skiljedomsrätten i allmänhet,<sup>375</sup> är en utveckling mot en *de facto* prejudikatbildning påtaglig inom just Investment Arbitration;<sup>376</sup> "... most tribunals carefully examine previous decisions and follow precedents most of the time."<sup>377</sup> Detta ger vid handen att meddelade skiljedomar kommit att utgöra en central rättskälla inom det aktuella rättsområdet, till skillnad från inom den internationella skiljedomsrätten i allmänhet.<sup>378</sup>

---

"investor" and "investment." In the former case, the contracting states raise a *jurisdictional objection* that the claimant was not an investor of another contracting state, and therefore had no standing to commence a dispute. In the latter case, the contracting states often attempt to exclude specific sectors of economic activity from the subject matter of investment. Although usually raised as separate objections, the two terms are often interlinked." Allt kursiverat här.

<sup>371</sup> *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of Other States*, done at Washington, March 18, 1965, United Nations Treaty Series (1966), Vol 575, No 8359, p 160. ICSID-konventionen har antagits av över 155 länder. Se vidare <http://icsid.worldbank.org>. Sverige tillträdde konventionen redan år 1966. Denna anslutning skedde i form av lag (1966:735) om erkännande och verkställighet av skiljedomar i vissa internationella investeringstvister, genom vilken en skiljedom som meddelats enligt konventionen är giltig i Sverige. Se prop 1998/99:35 s 38.

<sup>372</sup> Schreuer (2001) s 4.

<sup>373</sup> Se ICSID-konventionen art 1.2 jfrd med ICSID-konventionen art 42. Se även Schreuer (2001) s 5 f och 552 f samt Broches (1995) s 165.

<sup>374</sup> Obadia (2001) s 14.

<sup>375</sup> Commission (J Int'l Arb 2007) s 135 och Kaufmann-Kohler (Arb Int'l) s 362: "arbitrators do what they want with past cases and ... there is no clear practice in this field." En studie av 190 ICC-skiljedomar visade att skiljenämnder endast hänvisat till andra skiljedomar i 15 % av fallen. Se a s.

<sup>376</sup> Härmed avses att en skiljenämnd "... follows precedent without legally being bound to do so." Se Kaufmann-Kohler (Arb Int'l 2007) s 358. Jfr Schreuer & Weineger (2008) s 8: "Thus a de facto practice of precedent certainly exists."

<sup>377</sup> Schreuer (Transnat'l Disp Mgmt 2008) s 1.

<sup>378</sup> Se Reinisch (2008) s 15: "While tribunals consistently reject the notion of legally binding precedent in the form of *stare decisis* they attempt to adhere to previous decisions rendered by ICSID and other investment tribunals, thus

ICSID har bidragit till den ovannämnda utvecklingen genom att publicera skiljedomar meddelade under Centret.<sup>379</sup> Således tillhandahåller ICSID inte blott ett processuellt ramverk utan har även kommit att skapa ett ramverk för prejudikatbildning.<sup>380</sup> Ehuru syftet härmed ursprungligen var att skapa en koherent rättspraxis avseende tillämpningen av ICSID-konventionen,<sup>381</sup> har en ICSID-skiljedom ett prejudikatvärde som sträcker sig långt utanför konventionens uttryckliga tillämpningsområde. En granskning av skiljedomar meddelade under UNCITRAL-RoA och SCC-RoA har nämligen visat att även dessa frekvent åberopar skiljedomar meddelade under ICSID till stöd för sina slutsatser.<sup>382</sup> Så skedde även i SCC-förfarandet, vari skiljenämnden hänvisade till inte mindre än tre under ICSID meddelade skiljedomar som avsåg prövningen av just investeringskravet.<sup>383</sup> Det finns också goda skäl för denna ordning.

Även om skiljenämnderna prövar innebörden av olika underliggande investeringslagar eller investeringsavtal är dessa mycket lika varande till struktur och innehåll.<sup>384</sup> Tanken bakom doktrinen om *stare decisis* – efter maximen *stare decisis et non quieta movere* (“to abide by the precedents and not to disturb settled points”) – är som bekant att lika fall skall behandlas lika.<sup>385</sup> Denna grundläggande och eftersträvansvärda rättsprincip kan endast uppnås inom ramen för en koherent rättstillämpning. Således uttryckte skiljenämnden i *Saipem v Bangladesh*<sup>386</sup>, bestående av bland andra auktoriteterna inom Investment Arbitration, professor Gabrielle Kaufmann-Kohler och professor Christoph Schreuer, följande:

*“The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.”<sup>387</sup>*

---

developing a *de facto* case-law.” Se även Commission (J Int'l Arb 2007) s 132: “While tribunals are absolutely correct that there exists no obligation of *stare decisis* in the context of investment treaty arbitration, prior decisions and awards cannot now be reasonably described as only a subsidiary source of international law, as they have attained a very influential position ... that is highly reminiscent of *stare decisis* in Common Law Legal systems.” Se även a a s 129: “[T]he development of an investment treaty case law or jurisprudence is unmistakable. International investment law now effectively develops through this mounting case-law, rendering the precedential value of each decision, award and order ... tremendously significant.”

<sup>379</sup> Över 200 ICSID-skiljedomar finns även att tillgå på Centrets hemsida: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>.

<sup>380</sup> Commission (J Int'l Arb 2007) s 130.

<sup>381</sup> Schreuer (2001) s 617.

<sup>382</sup> Commission (J Int'l Arb 2007) s 50 f.

<sup>383</sup> Under rubriken “Investor and investment” (s 71 f) redogjorde således skiljenämnden för (1) *Fedax NV v Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997; (2) *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 16 2001 samt; (3) *Société Générale de Surveillance SA v the Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003. Således ansåg skiljenämnden i SCC-förfarandet att ICSID-skiljenämnders tolkning av investeringskravet i (1) det bilaterala investeringsavtalet mellan Nederländerna och Venezuela, (2) det bilaterala investeringsavtalet mellan Italien och Marocko samt (3) det bilaterala investeringsavtalet mellan Schweiz och Pakistan, vara relevanta för tolkningen av investeringskravet i ECT.

<sup>384</sup> Commission (J Int'l Arb 2007) s 141. Jfr även Salacuse (2004) s 61: Although the precise provisions of BITs are not uniform, virtually all BITs treat the same issues.” och Rubins (Transnat'l Disp Mgmt 2004): “Bilateral investment treaties (BITs) vary somewhat, but share a general structure and most substantive elements.”

<sup>385</sup> Commission (J Int'l Arb 2007) s 133 f.

<sup>386</sup> *Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007.

<sup>387</sup> *Saipem v Bangladesh*, para 67. Liknande resonemang återfinns i princip samtliga studerade skiljedomar. Utöver de refererade, se särskilt: *Paso Energy International Co v Argentine Republic*, ICSID Case ARB 03/15, Decision on



Sammanfattningsvis har således en publicerad ICSID-skiljedom, naturligtvis under förutsättning att den är välgrundad,<sup>388</sup> ett betydande prejudikatvärde. Av denna anledning finns skäl att studera hur NJA 2008 s 406 och domstolens slutsats i detta rättsfall – att det var felaktigt att avvisa Petrobarts talan på den grunden att investeringskravet inte var uppfyllt – förhåller sig till den omfattande praxis som finns att tillgå härvidlag och därmed även, för att återknyta till ovanstående citat, om domstolen uppfyllt "... the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law."

Närmast nedan kommer Högsta domstolens prövning av investeringskravet i NJA 2008 s 406 att studeras utifrån tvistens rätta investeringsrättsliga hemvist, det vill säga Commercial Investment Arbitration, varefter domstolens hantering av investeringskravet kommer att ställas mot motsvarande prövning vid ICISD Arbitration.

### 3.3.1.2 Commercial Investment Arbitration

#### A. INVESTERINGSKRAVET OCH KRAVET PÅ SAMTYCKE TILL SKILJEFÖRFARANDE

Inom Commercial Investment Arbitration, exempelvis under SCC eller *ad hoc* enligt UNCITRAL-RoA, vilar skiljenämndens behörighet uteslutande på parternas samtycke till skiljeförfarande; dessa äger efter eget gottfinnande underkasta vilka tvister som helst skiljenämnds prövning under förutsättning att frågan är skiljedomsässig.<sup>389</sup> Försåvitt den hänskjutna frågan är skiljedomsässig disponerar parterna därför över investeringsbegreppet och därmed över frågan om deras tvist är en investeringstvist eller ej: "[t]he subject matter, therefore, can be anything – sale of arms, training of staff, construction of a palace – so long as the parties have agreed that it should be regarded as an investment ...".<sup>390</sup> Inom Commercial Investment Arbitration är investeringskravet därför subjektivt sålunda att parterna fyller det med innehåll. Såvida dessa inte avtalat annat i sitt investeringsavtal kommer således definitionen av investeringsbegreppet som återfinns i den underliggande rättsakten ensamt att avgöra huruvida den ifrågavarande tvisten kvalificerar sig som en investeringstvist eller inte.

#### B. PRÖVNINGEN AV INVESTERINGSKRAVET

I enlighet med doktrinen om behörighetskompetens anses skiljenämnden vara behörig – och vid tvist därom i princip skyldig – att pröva sin egen behörighet, däribland frågan huruvida den ifrågavarande ekonomiska aktiviteten utgör en investering och om tvisten därmed utgör en investeringstvist som omfattas av "the scope of consent". Skiljenämndens prövning av investeringskravet är dock inte slutligt avgörande för frågan om det föreligger en investering

---

Jurisdiction, 27 April 2006, para 39; *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, para 39; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006, paras 26, 31, 60-65; *Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras 63, 64; *Azurix Corp v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para 391; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v Argentine Republic*, ICISD Case No ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, para 42; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v Republic of Hungary*, ICISD Case No ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para 293; *World Duty Free Company Limited v The Republic of Kenya*, ICSID Case No ARB/00/7, Award, 4 October 2006, para 16 och *AES Corporation v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, paras 51-59, 70, 73, 86, 89, 95-97. Se även *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, v United States*, UNCITRAL (NAFTA), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, para 36 och *EnCana Corporation v Republic of Ecuador*, LCIA Case No UN3481, UNCITRAL Award, 3 February 2006, para 189.

<sup>388</sup> Jfr Commission (J Int'l Arb 2007) s 155 f.

<sup>389</sup> Yala (J Int'l Arb 2005) s 108.

<sup>390</sup> Nathan (2000) s 129.

och därmed en investeringstvist eller inte. Ytterst ankommer det nämligen i sedvanlig ordning på domstol att pröva skiljenämndens behörighet, inklusive förhandenvaron av en investering.<sup>391</sup>

Liksom vid internationella skiljeförfaranden i allmänhet kommer vid Commercial Investment Arbitration platsen för skiljeförfarandet att bestämma *lex arbitri*. Detta får till följd att frågan hur skiljenämndens behörighet skall prövas avgörs av nationell skiljedomsrätt och ytterst av nationell domstols tolkning och tillämpning därav.<sup>392</sup> "The choice of the seat is important because the conduct of arbitration will be subject to the national courts of the seat of arbitration. The national courts can review and set aside the decision on *jurisdictional grounds for lack of 'investment' or 'investor'*."<sup>393</sup>

Det avslutande citatet ovan föranleder följande två reflektioner: Å ena sidan är det förenligt med NJA 2008 s 406 såtillvida att det naturligtvis stod Högsta domstolen helt fritt att – med tillämpning av påståendedoktrinen såsom en del av *lex arbitri* – grunda skiljenämndens behörighet blott på kärandens påstående om behörighetsgrundande fakta. Å andra sidan är det oförenligt med NJA 2008 s 406 eftersom investeringskravet genom påståendedoktrinen undandras från allmän domstols prövning; nationell domstol kan inte alls granska och undanröja skiljedomen på den grunden att investeringskravet inte är uppfyllt. Detta "antog" dock Lindskog var syftet med att föreskriva tvistlösning genom skiljeförfarande i investeringstvister, det vill säga att prövningen av investeringskravet skulle förbehållas skiljenämnd utan möjlighet för domstol att överpröva.

Av det föregående har det förhoppningsvis framgått att syftet med att föreskriva tvistlösning genom skiljeförfarande i investeringstvister är långt mer komplext än att blott ge en skiljenämnd exklusiv behörighet att uttala sig om investeringskravets betydelse. Skiljeklausulens syfte i investeringsförhållanden är istället att såvitt möjligt "... serve to 'equalize the non-state entity by transferring the dispute to a setting which may be designed to minimize or ignore the sovereign character of one of the parties rather more than would a *national court*'."<sup>394</sup> Detta syfte kan dock enligt min uppfattning realiseras även försåvitt investeringskravet behandlas som en processförutsättning, nämligen genom att ett neutralt tredje land utpekats som platsen för ett eventuellt skiljeförfarande.<sup>395</sup> Därigenom kommer behörighetsfrågan, inklusive investeringskravet, att falla under *lex arbitri* och till syvende och sist prövas av domstolarna i detta tredje land.<sup>396</sup> Detta var också vad som skedde i det parallella SCC-förfarandet vari investeringskravet slutligt prövades av Svea hovrätt, som dock inte fann skäl att göra någon annan bedömning än den som skiljenämnden gjort. Avgörande torde nämligen vara att inte *nationell domstol* – värdlandets domstolar – får ett avgörande inflytande över tvistens utgång emedan det är *dess* domstolar som befaras vara partiska. Detsamma kan dock inte per automatik sägas om domstolarna i ett neutralt tredje land, exempelvis Sverige.

Att nationell domstol *kan* överpröva och undanröja en skiljedom i en investeringstvist just på den grunden att det inte föreligger någon investering är också en etablerad utgångspunkt i litteraturen<sup>397</sup> och i utländsk rättspraxis<sup>398</sup>, vilket ovanstående och inte minst följande utdrag vittnar om:

<sup>391</sup> Turniov (J Int'l Arb 2009) s 1 och 19.

<sup>392</sup> Schreuer (2001) s 1083: "Awards stemming from arbitration systems such as the ICC, AAA or UNCITRAL are subject to ... review procedures by courts of the arbitration forum."

<sup>393</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 19. Kursiverat här.

<sup>394</sup> Bishop, Crawford & Reisman (2005) s 128. Kursiverat här. Se även Horn (2004) s 30.

<sup>395</sup> Se härtill Horn (Arb Int'l 2008) s 592: "[F]oreign investors in many host countries try to avoid a judicial review by the courts of *that country*. The same effect, however, can be reached ... through the determination of the place of arbitration in a *third country*, where the judiciary is regarded by investors as impartial and highly qualified. A review in the narrow scope of an annulment procedure under the ICSID *ad hoc* committee procedure and an annulment procedure under, say, Swiss, English, German or Austrian law, appear at least equivalent alternatives." Kursiverat här.

<sup>396</sup> Se vidare Hamida (J Int'l Arb 2007) s 300 och Reed, Paulsson & Blackaby (2004) s 8.

<sup>397</sup> Se vidare Rubins & Hory (SIAR 2005:1) s 50: "The Swedish courts are also at the forefront of investment arbitration jurisprudence. While by operation of Art 52 of the Washington Convention ICSID cases are not subject to judicial review, *all other investment arbitration awards can be set aside by the courts at the place of arbitration in accordance with local law*. In this respect, Sweden is second only to Canada in the frequency of challenges brought against investor-State awards." Kursiverat här. Se även Coe (J Int'l Arb 2002) som listar fördelar och nackdelar med "Domestic court control of investment awards."

*"In [SCC] and UNCITRAL arbitration ... national courts retain a supervisory function over the arbitral process and can set aside the decision on procedural grounds for lack of 'investment' or 'investor'. For example, after Petrobart's success in Stockholm, the Kyrgyz Republic sought to have the award set aside in the Swedish Court of Appeal. The Republic reiterated that the Stockholm tribunal lacked jurisdiction because Petrobart was not an 'investor' of the United Kingdom. The Republic further argued that the underlying contract in the dispute was a Sale Purchase Agreement and did not qualify as an 'investment' under the ECT. Although the Court of Appeal dismissed the challenge, **the case illustrates the possibility of the national courts setting aside the award rendered in commercial arbitration.**"<sup>399</sup>*

En försiktig gissning är att författaren till ovanstående passus ännu inte uppmärksammat NJA 2008 s 406, eftersom Högsta domstolens dom däri medför den raka motsatsen till vad författaren gör gällande.

### 3.3.1.3 ICSID Arbitration

#### A. INVESTERINGSKRAVET OCH KRAVET PÅ SAMTYCKE TILL SKILJEFÖRFARANDE

En skillnad hos ICSID i jämförelse med sedvanliga skiljedomsinstitut såsom SCC är att Centrets behörighet *ratione materiae* är begränsad till tvister som härflyter ur investeringar.<sup>400</sup> Av ICSID-konventionen art 25.1, vari gränserna för ICSID:s jurisdiktion<sup>401</sup> fastslås, stipuleras nämligen följande:

*"The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre."*

ICSID:s jurisdiktion vilar således på två fundament: (1) parternas samtycke till skiljeförfarande och (2) förekomsten av en investering ur vilken tvisten härflyter:

*"In both ICSID arbitration and international commercial arbitration, jurisdiction is established by consent of the parties to arbitration of disputes arising out of investment. In both kinds of arbitration, the investor's activity at issue must [1] constitute an 'investment' in a subjective sense under an applicable BIT. Unlike commercial arbitration, ICSID imposes an additional requirement. The activity must [2] constitute an 'investment' in an objective sense under the ICSID Convention, an approach now well established in investor-state jurisprudence. This second requirement imposes an arguably higher jurisdictional threshold."<sup>402</sup>*

Det ovan sagda skall förstås enligt följande. Liksom vid Commercial Investment Arbitration grundar en ICSID-skiljenämnd sin behörighet på parternas samtycke till skiljeförfarande. För att skiljenämnden skall vara behörig måste därför tvisten falla inom ramen för värdstatens "scope of consent" såsom detta definierats i den underliggande rättsakten, det vill säga uppfylla det

<sup>398</sup> Se t ex *Swembalt AB v The Republic of Latvia*, UNICTRAL, Award, 23 October 2000. Denna UNCITRAL-skiljedom klandrades av Lettland vid Sö- og Handelsretten i Köpenhamn där skiljeförfarandet ägt rum, på den grunden att ett "ship bought for the purpose of a floating trade Centre" inte utgjorde en investering. Domstolen prövade i enlighet med uttalandet frågan huruvida den ekonomiska aktiviteten utgjorde en investering men fann att så var fallet. Se Mål S-22-01 av den 7 januari 2003. Jfr dock NJA 2002 not C 62 och härtill Hamida (J Int'l Arb (2007) s 303 f.

<sup>399</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 19. Emfas här. Jfr även Fohlin (JT 2006/07) s 741.

<sup>400</sup> Hirsch (1993) s 41.

<sup>401</sup> I egentlig mening är termen "jurisdiktion" missvisande eftersom ICSID inte är en domstol utan blott ett administrativt organ. Begreppet skall därför förstås "... as an convenient expression to mean the limits within which the provisions of the Convention will apply and the facilities of the Centre will be available for conciliation and arbitration proceedings." Se Broches (1995) s 167 och Schreuer (2001) s 95.

<sup>402</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 6.

subjektiva investeringskravet.<sup>403</sup> Till skillnad från Commercial Investment Arbitration härleder dock en ICSID-skiljenämnd ytterst sin behörighet från ICSID-konventionen.<sup>404</sup> För att skiljenämnden skall vara behörig krävs därför att tvisten också faller inom ramen för ICSID:s ”scope of jurisdiction” såsom detta formulerats i Konventionens art 25.1. Detta innebär att parterna inte helt och fullt förfogar över investeringskravet;<sup>405</sup> istället uppställer ICSID-konventionen ett objektiva investeringskrav.<sup>406</sup> Vid ICSID Arbitration är det följaktligen nödvändigt att vid behörighetsprövningen separera det subjektiva och det objektiva investeringskravet och pröva dessa i två led.<sup>407</sup> Denna regel om ”differentiated qualification”<sup>408</sup>, formulerades ursprungligen genom *Salini v Morocco*<sup>409</sup> och anses numera vedertagen.<sup>410</sup>

I *Salini v Morocco* påkallade två italienska företag, Salini Costruttori och Italstrade, ICSID-förfarande mot Marocko avseende fullgörande av ett avtal som avsåg bygga av en motorväg i Marocko, med yrkande om att Marocko skulle förpliktigas att utge ersättning i enlighet med avtalet. Marocko invände mot skiljenämndens behörighet bland annat på den grunden att tvisten inte härflöt ur en ”investering” i enlighet med ICSID-konventionen art 25.1 och definitionen därav i BIT art 1. Efter en materiell prövning av de två investeringskraven fann skiljenämnden att det ifrågavarande avtalet ”... constitutes an investment pursuant to Article 1 and 8 of the Bilateral Treaty ... as well as Article 25 of the Washington Convention.”<sup>411</sup> I metodologiskt hänseende illustreras det dubbla testet genom att skiljenämnden uttryckligen prövade huruvida det ifrågavarande kontraktet kvalificerade sig som en investering *både* under aktuell BIT och under ICSID-konventionen.<sup>412</sup> Detta förtydligade skiljenämnden enligt följande: ”The protection of investments is the basis for the option of choosing the forums stipulated in Article 8.2 of the Bilateral Treaty. This Article, therefore, seeks to determine the investments that come under the protection of the Bilateral Treaty. However, insofar as the option of jurisdiction has been exercised in favor of ICSID, the rights in dispute must constitute an investment pursuant to Article 25 of the Washington Convention. The Arbitral Tribunal, therefore, is of the opinion that its jurisdiction depends upon the existence of an investment within the meaning of the Bilateral Treaty as well as that of the Convention.”<sup>413</sup>

I litteraturen har *Salini v Morocco* föranlett följande illustrativa kommentar, som är av direkt intresse för NJA 2008 s 406:

<sup>403</sup> Schreuer (2001) s 236 f.

<sup>404</sup> Yala (J Int'l Arb 2005) s 109.

<sup>405</sup> Nathan (2000) s 130.

<sup>406</sup> Schreuer (2001) s 125. Jfr Rubins (2004) s 289: “[C]ommentators now agree, that there is an objective boundary to the definition of investment for purposes of ICSID jurisdiction.” och Broches (1995) s 455: ”An investment protection treaty [can] not effectively establish jurisdiction of the Centre beyond this limitation *ratione materiae* ... .” Se även *Alcoa Minerals of Jamaica Inc v Jamaica*, ICSID Case No ARB/74/2, Decision on Jurisdiction and Competence, July 6 samt *Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004, särskilt paras 49-50.

<sup>407</sup> Rubins (2004) s 290 not 31.

<sup>408</sup> Yala (J Int'l Arb 2005) s 109.

<sup>409</sup> *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 16 2001.

<sup>410</sup> Yala (J Int'l Arb 2005) s 108. Jfr även Parra (2003): ”... this entails a double review of the criteria for coverage of the parties and the dispute, first from the viewpoint of the ICSID Convention, and then from the viewpoint of the investment treaty.”

<sup>411</sup> *Salini v Morocco*, para 58. Kursiverat här.

<sup>412</sup> Yala (J Int'l Arb 2005) s 108. Kursiverat här.

<sup>413</sup> *Salini v Morocco*, paras 43-44. Kursiverat här. Se även *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17 2007, para 45, där skiljenämnden uttalade att “[t]he methodology employed by the tribunals in *Salini* and in *Joy Mining* requires a claimant in an ICSID arbitration to satisfy the tribunal that: (a) the dispute between the parties concerns an ‘investment’ within the definition provided under the relevant bilateral investment treaty; and (b) the objective criterion of an ‘investment’ within the meaning of Article 25(1) has been met.” Efter en mycket omfattande materiell prövning av det objektiva investeringskravet fann skiljenämnden att (paras 146-147) ”... the Contract is not an ‘investment’ within the meaning of Article 25(1) of the ICSID Convention. The Claimant’s claim therefore fails *in limine* and must be dismissed for want of jurisdiction. ... Having concluded that the Contract is not an ‘investment’ within the meaning of Article 25(1) of the ICSID Convention, the Tribunal is impelled to find that it lacks jurisdiction in the present case. Accordingly, it is unnecessary to discuss whether the Contract is an ‘investment’ under the BIT.”

*"In Salini v Morocco, the tribunal clarified the two definitions of investment that must be met to obtain ICSID jurisdiction. First, the claimant must establish that the transaction underlying the parties' dispute falls within the scope of consent to arbitration, whether contained in a contract, national investment law, or international investment treaty. Once this has been established, if the consent to arbitration permits dispute resolution under some system other than ICSID, such as arbitration at the [ICC] or ad hoc arbitration pursuant to the UNCITRAL Rules, the analysis is complete: assuming that the consent is valid, the claimant will have access to arbitration against the Host State. If, however, the claimant opts for ICSID arbitration, or if this is the only option provided in the consent document, then arbitrators must turn to the definition of investment for purposes of the Washington Convention. To sum up, if the first 'investment' test is not met, then there is no consent at all, and no mandatory arbitration process can take place. If the economic activity in question meets the first test, but not the second, then arbitration is possible, but only under UNCITRAL, ICC, or the other dispute resolution systems mandated in the respondent State's consent to arbitration."*<sup>414</sup>

Applicerat på Petrobart mot Republiken kan sägas att Petrobarts framgång i SCC-förfarandet med att överhuvudtaget initiera ett skiljeförfarande mot Republiken i hög grad var avhängigt skiljenämndens extensiva tolkning av det subjektiva investeringskravet i ECT art 1.5-6. Eftersom det ifrågasatt förfarandet var att hänföra till kategorin Commercial Investment Arbitration, vilade skiljenämndens behörighet emellertid endast på parternas samtycke till skiljeförfarande och följaktligen behövde endast detta investeringskrav vara uppfyllt.<sup>415</sup> Jurisdiktionströskeln var således inte fullt så hög som in till ICSID. Om Petrobart däremot hypotetiskt skulle ha påkallat ett ICSID-förfarande skulle förmodligen inte transaktionen ha kvalificerat sig som en investering under ICSID:s objektiva investeringskrav,<sup>416</sup> med påföljd att Petrobarts talan med all säkerhet skulle ha avvisats på grund av "lack of investment", det vill säga på samma grund som skiljenämnden, vars dom undanröjdes av Högsta domstolen, avvisade Petrobarts talan i det parallella UNCITRAL-förfarandet.<sup>417</sup>

<sup>414</sup> Rubins (2004) s 290. Emfas här.

<sup>415</sup> Petrochilos & Rubins (SIAR 2005:3) s 113 f: "At least one commentator has suggested that the Petrobart tribunal erred in its decision on the existence of an investment because it did not refer to the ICSID Convention and the generally accepted definition of 'investment' thereunder. According to this view, Petrobart's gas contract could not have satisfied the criteria indicating investment in the ICSID context, namely extended duration, regularity of profit and return, assumption of risk by both parties, and contribution to the host state's development. However, such considerations are of limited utility in a treaty arbitration conducted outside the ICSID system. While there is little doubt that jurisdiction under the Washington Convention has objective limits distinct from the will of the parties to an investment treaty, the question would appear moot where the Washington Convention does not apply. In such cases, the treaty signatories enjoy unfettered discretion to consent to arbitrate disputes as they see fit."

<sup>416</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 21. Se även Petrochilos & Rubins (SIAR 2005:3) s 114: "Choosing ICSID arbitration accords the investor both advantages and disadvantages vis-à-vis a SCC or UNCITRAL proceeding. On the one hand, the investor must face the objective limits to the jurisdiction of ICSID, a constraint that might well have spelled the end of Petrobart's claim. On the other hand, an award rendered under ICSID's aegis benefits from the superior finality of the Washington Convention regime: such an award is insulated from challenge in national courts, and from any challenge based upon an alleged violation of public policy. Indeed, Kyrgyzstan has sought to set aside the Petrobart award in the Swedish courts, and would have been unable to do so had the proceeding been conducted within the ICSID system." Kursiverat här. Det sistnämnda – fördelarna med ICSID-förfarande – får vi anledning att återkomma till nedan. Se även Poulain (Transnat'l Disp Mgmt 2005).

<sup>417</sup> Det är också i ögonfallande att Högsta domstolens dom inte givit upphov till någon som helst debatt, medan SCC-skiljenämndens extensiva tolkning av investeringsbegreppet som grund för behörighet föranlett åtskillig sådan. Begrunda exempelvis följande utdrag ur Petrochilos & Rubins (SIAR 2005:3) s 107 f: "Much of the attention to the [SCC-]award immediately after its release was due to the Tribunal's consideration of another of Kyrgyzstan's jurisdictional objections, namely that Petrobart could not qualify for protection under the ECT because it had not made an 'investment' within the Treaty's definition. Indeed, the Petrobart decision is unusual among investment arbitration awards, in that it confirmed jurisdiction to adjudicate a dispute arising directly out of a failure to pay under a contract for the sale of goods." Kursiverat här.

Naturligtvis saknar ICSID-skiljenämnderna prövning av det objektiva investeringskravet intresse för föreliggande uppsats; skiljeförfarandet mellan Petrobart och Republiken var ju inte ett ICSID-förfarande. Skiljenämndernas hantering av det subjektiva investeringskravet är däremot synnerligen intressant emedan detta är identiskt med det investeringskrav som Högsta domstolen uttalade sig om i NJA 2008 s 406, och vid en jämförelse står Högsta domstolen ensam i sin hantering av just detta investeringskrav.

Sammantaget ter sig Högsta domstolens uttalande – att det var felaktigt av skiljenämnden att avvisa Petrobarts talan på den grunden att det subjektiva investeringskravet inte var uppfyllt – som minst sagt säreget. Att det subjektiva investeringskravet inte är uppfyllt innebär som framgått att samtycke till skiljeförfarande saknas, och saknas samtycke till skiljeförfarande skall skiljekärandens talan avvisas på grund av bristande behörighet; "... if the [subjective] 'investment' test is not met, then there is no consent at all, and no mandatory arbitration process can take place."<sup>418</sup> Skiljenämndens hantering av investeringskravet i UNCITRAL-förfarandet är ingalunda unik och framstår inte alls som felaktig. I bjärt kontrast till vad Högsta domstolen uttalat har ett stort antal skiljenämnder på samma sätt som skiljenämnden i UNCITRAL-förfarandet avvisat skiljekärandens talan just på grund av att skiljekärande inte förmått visa förekomsten av en investering som svarar emot det subjektiva investeringskravet i den underliggande rättsakten. Nedan refererade rättsfall utgör blott ett axplock.<sup>419</sup>

I *Joy Mining v Egypt*<sup>420</sup> påkallade ett brittiskt företag ICSID-förfarande mot Egypten med påstående att dess avtal med ett egyptiskt statsbolag avseende tillhandahållande av material för gruvarbete med vidföljande garantier utgjorde en investering. Egypten invände mot skiljenämndens behörighet, bland annat på den grunden att avtalet inte konstituerade en investering och att investeringskravet därmed inte var uppfyllt. Skiljenämnden prövade först huruvida avtalet utgjorde en investering i enlighet med det bilaterala investeringsavtalet mellan Storbritannien och Egypten.<sup>421</sup> Efter att ha funnit företagets påstående, att avtalet utgjorde en investering, sakna fog – "... it would really go far beyond the concept of investment, even if broadly defined, as this and other treaties normally do"<sup>422</sup> – prövade skiljenämnden huruvida avtalet utgjorde en investering i enlighet med ICSID-konventionen art 25.1.<sup>423</sup> Efter en ingående materiell prövning fann skiljenämnden att avtalet inte heller utgjorde en investering i Konventionens mening. Skiljenämnden konstaterade därmed på samma sätt som skiljenämnden i UNCITRAL-förfarandet att "... it lacks jurisdiction to consider this dispute because the claim falls outside both the Treaty and the Convention."<sup>424</sup>

I *Mihaly v Sri Lanka*<sup>425</sup> påkallade det amerikanska företaget Mihaly ICSID-förfarande mot Sri Lanka med påstående att dess "pre-investment expenditures" utgjorde en investering i enlighet med det bilaterala investeringsavtalet mellan USA och Sri Lanka och ICSID-konventionen art 25.1. Sri Lanka invände mot skiljenämndens behörighet, bland annat på den grunden att det inte förelåg någon investering och att investeringskravet därmed inte var uppfyllt. Såvitt avsåg kravet på samtycke utvecklade Sri Lanka detta med påstående att "... only investment disputes for which a priori consent can exist are those covered by the definition set forth in the United States–Sri Lanka BIT. Sri Lanka maintained that none of the documents hitherto considered (namely, the Letter of Intent, the Letter

<sup>418</sup> Rubins (2004) s 290.

<sup>419</sup> Utöver nedanstående fall avvisades talan på grund av att investeringskravet inte var uppfyllt exempelvis helt i *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17 2007, *Zhinvali Development Ltd v Republic of Georgia*, ICISD Case No ARB/00/1, Award, 24 Januari, 2003 (opublicerad) och delvis i *PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, June 4, 2004.

<sup>420</sup> *Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004.

<sup>421</sup> *Joy Mining v Egypt*, para 43.

<sup>422</sup> *Joy Mining v Egypt*, para 45.

<sup>423</sup> *Joy Mining v Egypt*, para 48.

<sup>424</sup> *Joy Mining v Egypt*, para 63.

<sup>425</sup> *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/00/02, Award, 5 March 2002.

of Agreement or the Letter of Extension) constituted an 'investment agreement' between a US company and Sri Lanka as envisaged in [the BIT]. Therefore the criteria of US-Sri Lanka [BIT] have not been met, and there is no consent on the part of Sri Lanka."<sup>426</sup> I denna del uttalade skiljenämnden att "... the jurisdiction of the Centre, and consequently of the Tribunal established thereunder, is based on the consent of the Parties to the dispute that have previously agreed to submit the dispute in question to the jurisdiction of ICSID and this Tribunal. The Tribunal further observes that the question of jurisdiction of an international instance involving consent of a sovereign State deserves a special attention at the outset of any proceeding against a State Party to an international convention creating the jurisdiction. As a preliminary matter, the question of the existence of jurisdiction based on consent must be examined *proprio motu*, i.e., without objection being raised by the Party. A *fortiori*, since the Respondent has raised preliminary objections to the jurisdiction, the existence of consent to the jurisdiction must be closely examined."<sup>427</sup> Efter en omfattande prövning av huruvida the Letter of Intent, the Letter of Agreement or the Letter of Extension utgjorde investeringsavtal som kvalificerade sig som en investering under BIT fann skiljenämnden att så ej var fallet: "The Claimant has not provided evidence of such an investment in being which qualifies for 'full protection and security.' *Failing to provide evidence of admission of such an investment, the Claimant's request for initiation of a proceeding to settle an investment dispute is, to say the least, premature.*"<sup>428</sup> Skiljenämnden fann mot denna bakgrund, på samma sätt som skiljenämnden gjort i UNCITRAL-förfarandet, att Sri Lankas "... objection is sustained *in the absence of any proof of admission of an 'investment' in being out of which a legal dispute could possibly have arisen*; and accordingly, that the Tribunal is without jurisdiction to entertain the question submitted to it either in part or in whole."<sup>429</sup>

I bjärt kontrast till domstolens uttalande har sammanfattningsvis flera skiljenämnder, för att återknyta till ovanstående uttalande av Kaufmann-Kohler och Schreuer, i en serie överensstämmande fall, avvisat skiljekärandens talan just på den grunden att det subjektiva investeringskravet inte var uppfyllt. Därmed finns det fog för påståendet att det snarare är de av Högsta domstolen framförda skälen för att undanröja skiljedomen i UNCITRAL-förfarandet – att skiljenämndens beslut att avvisa Petrobarts talan var felaktigt – som är felaktiga eller åtminstone framstår som aparta i ett vidare perspektiv. Att detta är olyckligt kommer att utvecklas nedan.

## B. PRÖVNINGEN AV INVESTERINGSKRAVET

Ett andra särdrag hos ICSID avser prövningen av investeringskravet. ICSID Arbitration föreskriver nämligen en trestegsprövning av Centrets och skiljenämndens behörighet.<sup>430</sup> För det första åligger det Centrets generalsekreterare att göra en "förhandsprövning" av jurisdiktionsfrågan; enligt ICSID-konventionen art 36.3, skall denne "... register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly<sup>431</sup> outside the jurisdiction of the Centre."<sup>432</sup> Denna generalsekreterarens "screening power" har beskrivits enligt följande: "The Secretary-General's determination will be made solely on the basis of the applicant's own statement and ... he is not to evaluate them but solely to determine, whether, assuming them to be true, they disclose a patent lack of jurisdiction. ... Refusal to register will obviously occur only in extreme cases, e.g. where it is clear on the face of the request that [inter alia] the intended respondent has not consented to arbitration."<sup>433</sup>

<sup>426</sup> *Mihaly v Sri Lanka*, para 52.

<sup>427</sup> *Mihaly v Sri Lanka*, para 56.

<sup>428</sup> *Mihaly v Sri Lanka*, para 61. Kursiverat här.

<sup>429</sup> *Mihaly v Sri Lanka*, para 62. Kursiverat här.

<sup>430</sup> Hirsch (1993) s 43.

<sup>431</sup> Med "manifestly" avses "easily recognizable" eller "beyond reasonable doubt whatever evidence or argument may be produced subsequently". Se Schreuer (2001) s 462 respektive Sutton (Arb Int'l 2005) s 121.

<sup>432</sup> Se Schreuer (2001) s 458 ff.

<sup>433</sup> Broches (1995) s 173. Se även a a s 244.

Det åligger som synes inte den påkallande parten att i vid dess begäran om skiljeförfarande bevisa att tvisten faller inom Centrets jurisdiktion.<sup>434</sup> Denne är blott skyldig att "... present information which shows *prima facie* that the Centre has jurisdiction."<sup>435</sup> Mot bakgrund av den mycket låga tröskeln in till ICSID har endast ett fåtal framställningar om skiljeförfarande avvisats redan av generalsekreteraren. Det har dock hänt att denne vägrat att inregistrera en begäran på den grunden att tvisten avsåg "... a mere commercial sale [that] could not be qualified as an investment."<sup>436</sup> det vill säga på den grunden att investeringskravet inte var uppfyllt.

Det sagda ger vid handen att generalsekreteraren, vid utövandet av sin "screening power" skall lägga den påkallande partens påstående till grund för sin bedömning utan att pröva påståendet materiellt och registrera skiljekärandens begäran om skiljeförfarande såvida det inte, endast på grundval av vad denne påstått, är uppenbart att tvisten faller utanför Centrets jurisdiktion, exempelvis för att den ifrågavarande ekonomiska aktiviteten uppenbart inte utgör en investering. Detta, närmast administrativa förfarande, framstår i princip som påståendedoktrinen *in nuce*. Denna slutsats ger upphov till tanken att, för de fall Högsta domstolens hantering av investeringskravet återspeglar en vedertagen systematik skulle skiljenämnden vid ett ICSID-förfarande komma att göra exakt samma *prima facie*-prövning av investeringskravet som generalsekreteraren redan gjort. En sådan ordning vore helt orimlig.

Det kan noteras att det i litteraturen uttryckts att, för det fall Petrobart skulle ha sökt påkalla skiljeförfarande mot Republiken vid ICSID istället för vid SCC, det inte bara är troligt att bolagets talan skulle ha avvisats av en ICSID-skiljenämnd av det skälet att den ifrågavarande ekonomiska aktiviteten inte skulle kvalificera sig som en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25.1, utan att det också är möjligt att dess talan "... never [would] have made it past the ICSID Secretariat's screening procedures and might never have been registered."<sup>437</sup> Även *med* tillämpning av påståendedoktrinen finns det därmed måhända skäl att ifrågasätta Högsta domstolens dom på den grunden att Petrobarts talan kanske kvalificerar sig som en uppenbart ogrundad sådan.

När en talan väl passerat ICSID:s "gatekeeper"<sup>438</sup> skall, vid tvist därom, för det andra skiljenämnden pröva sin behörighet. Den internationellt vedertagna doktrinen om behörighetskompetens finns fastslagen även i ICSID-konventionen; artikel 41.1 stadgar att "[t]he Tribunal shall be the judge of its own competence."<sup>439</sup> Som ovan konstaterats har skiljenämnder i ett stort antal ICSID-förfaranden, som en behörighetsfråga, materiellt prövat om den ifrågavarande ekonomiska aktiviteten utgör en investering eller inte. Detta antingen *ex officio*,<sup>440</sup> eller efter att skiljesvaranden, på sätt som Republiken gjorde i NJA 2008 s 406, invänt mot skiljenämndens behörighet på den grunden att den underliggande ekonomiska aktiviteten inte kvalificerade sig som en investering i enlighet med aktuell FIL eller FIT respektive ICSID-konventionen.<sup>441</sup>

<sup>434</sup> Schreuer (2001) s 461.

<sup>435</sup> Hirsch (1993) s 44. Se även Nathan (2000) s 128 f samt Smutny (Transnat'l Disp Mgmt 2004).

<sup>436</sup> *Asian Express Int'l PTE Limited v Greater Colombo Economic Commission*, Request to register refused on the basis that the dispute is "manifestly outside the jurisdiction of the Centre, 9 April 1985. Se härtill Hirsch (1993) s 60 och Redfern & Hunter (2004) s 572.

<sup>437</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 21.

<sup>438</sup> Sutton (Arb Int'l 2005) s 126.

<sup>439</sup> Se Schreuer (2001) s 520 ff. Av ICSID-konventionen art 41.2 framgår vidare att skiljenämnden är fri att avgöra om en behörighetsinvändning skall behandlas som "... a preliminary question or [be joined] to the merits of the dispute." Till detta stadgande får vi anledning att återkomma nedan vid behandlingen av investeringskravet som en bifallsförutsättning.

<sup>440</sup> Se t ex: *Liberian Eastern Timber Corporation v Government of Republic of Liberia*, ICISD Case No ARB/83/2, Award, March 31 1986 och *Autopista Concesionada de Venezuela CA v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/00/5, Award on Jurisdiction, 27 September 2001. Jfr även *Mihaly v Sri Lanka* vid not 426 ovan.

<sup>441</sup> Se t ex: *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipac v Romania*, ICSID Case No ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008; *Fedax NV v Republic of Venezuela*, ICSID



Avslutningsvis har ICSID, för det tredje, ett sista signifikant särdrag i jämförelse med skiljeförfarande under SCC eller *ad hoc* enligt UNCITRAL-RoA: "[o]ne of the most outstanding characteristics of this arbitration institution is its independence from domestic legal systems."<sup>442</sup> Till skillnad ifrån de traditionella skiljedomsinstitutionen är ICSID vare sig en privat eller en statlig inrättning. Centret vilar på en internationell konvention och administreras av en internationell organisation och förfarandena enligt ICSID lyder därmed under internationell rätt snarare än under nationell rätt.<sup>443</sup> Ett skiljeförfarande under ICSID faller följaktligen inte under *lex arbitri* och parterna är därmed helt betagna möjligheten att klandra en ICSID-skiljedom inför nationell domstol.<sup>444</sup> Istället föreskrivs i ICSID-konventionens artikel 52 en särpräglad procedur för klander och undanröjande av skiljedom; det har sagts att "[o]ne of the most characteristic features of ICSID arbitration and reasons for its success is its internal mechanism for reviewing arbitral awards. In contrast with non-ICSID awards that are generally capable of being challenged before domestic courts on the grounds provided by national arbitral law, ICSID awards can only be annulled for a limited number of grounds by a specific *ad hoc* committee."<sup>445</sup> Det sagda föranleder följande utläggning såvitt avser NJA 2008 s 406.

En av de grunder varpå en ICSID-skiljedom kan klandras vid ICSID och upphävas av en *ad hoc*-kommitté är att skiljenämnden uppenbart har överskridit sin behörighet.<sup>446</sup> Av Schreuers kommentar till ICSID-konventionen framgår att "[t]he agreement to arbitrate constitutes both the basis and the outer limits of the tribunal's powers. [...] The most important form of excess of powers occurs when a tribunal exceeds the limits of its jurisdiction. In the case of ICSID Arbitration, jurisdiction is determined by Art 25 of the Convention and the parties agreement on consent."<sup>447</sup> Vidare anges i nämnda kommentar att:

*"A decision on the merits by a tribunal that lacks competence is the most obvious example of an excess of powers. [...] Art 25, dealing with jurisdiction contains a number of requirements some of which are objective and some of which relate to the parties' consent. A deficiency in meeting any of these requirements would mean that there is no jurisdiction. For instance [...] if the dispute does not arise directly out of an investment [or if] the dispute is not covered by a consent to arbitration there is no jurisdiction and an award on the merits would be an excess of powers."*<sup>448</sup>

---

Case No ARB/96/3, Decision on Objectons to Jurisdiction, 11 July 1997; *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS v The Slovak Republic*, ICSID Case No ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, May 24 1999; *Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March, 2007; *Helnan International Hotels A/S v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 17 October 2006; *Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005; *Tokios Tokelés v Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, Award and Separate Opinion, 26 July 2007; *Lanco International Inc v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/6, Award on Jurisdiction, 8 December 1998; *PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, June 4, 2004, 2004.

<sup>442</sup> Hirsch (1993) s 19. Centret har därigenom i princip större likheter med exempelvis ICJ än SCC, dock med den betydelsefulla skillnaden att privaträttsliga rättssubjekt - investerare - har locus standi. Se Nathan (2000) s 51.

<sup>443</sup> Centret är därmed "... truly delocalised and denationalised." Se Cramedes (2001) s 148.

<sup>444</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 19. Enligt ICSID-konventionen art 53.1 skall skiljedomen "... be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in [the] Convention." ICSID:s överprövningsystem är således "... exhaustive and self-contained." Se Schreuer (2001) s 1077.

<sup>445</sup> Hamida (J Int'l Arb 2007) s 300.

<sup>446</sup> Att skiljenämnden "... manifestly [has] exceeded its powers". Se ICSID-konventionen art 52.1.b.

<sup>447</sup> Schreuer (2001) s 932.

<sup>448</sup> Schreuer (2001) s 936.

Om skiljenämnden således dömer över en tvist trots att tvisten inte omfattas av parternas samtycke till skiljeförfarande, exempelvis på den grunden att investeringskravet inte är uppfyllt, gör den sig skyldig till ett behörighetsöverskridande. Detta illustreras väl i här relevant avseende av överprövningsförfarandet i *Mitchell v Congo*<sup>449</sup>.

I *Mitchell v Congo* ansökte Kongo vid ICSID om undanröjande av en tidigare meddelad ICSID-skiljedom, bland annat på grundval av ICSID-konventionen art 52.1.b. Bakgrunden var följande: Mr Mitchell, en amerikansk medborgare, drev en advokatbyrå i Kongo. Sedan verksamheten, enligt Mitchells mening, hade exproprierats av Kongo, påkallade han ICSID-förfarande mot Kongo med påstående att hans verksamhet utgjorde en investering enligt det bilaterala investeringsavtalet mellan USA och Kongo samt ICSID-konventionens art 25.1. Kongo invände mot skiljenämndens behörighet, bland annat på den grunden att verksamheten vare sig utgjorde en investering enligt BIT eller ICSID-konventionen art 25.1, och att investeringskravet därmed inte var uppfyllt. Skiljenämnden fann att Mitchells verksamhet "... qualify as an investment within the meaning of the ICSID Convention and the BIT. Therefore, the Tribunal decides that this dispute is within the jurisdiction of ICSID and the competence of this Tribunal."<sup>450</sup> Sedan skiljenämnden bifallit Mitchells talan sökte Kongo få skiljedomen upphävd bland annat på grund av "manifest excess of powers with regard to the Arbitral Tribunal's jurisdiction in respect of the definition of investment."<sup>451</sup> *Ad hoc*-kommitten uttalade, såvitt avsåg denna grund, att "... it is here a question of the positive and habitual aspect of the excess of powers whereby the Arbitral Tribunal is reproached for having done what it did not have the right to do, namely in that it declared itself competent on the basis of an investment which was not one."<sup>452</sup> Efter att ha granskat skiljenämndens behandling av investeringskravet uttalade *ad hoc*-kommitten att skiljenämndens underlåtenhet att motivera sin slutsats att advokatverksamheten utgjorde en investering "... opens the door to a risk of genuine abuses, to the extent that it boils down to granting the qualification as investor to any legal counseling firm or law firm established in a foreign country, thereby enabling it to take advantage of the special arbitration system of ICSID."<sup>453</sup> Efter att ha gjort en egen prövning av huruvida den ifrågavarande ekonomiska aktiviteten svarade mot investeringskravet i BIT art 1 och ICSID-konventionen art 25.1 kom *ad hoc*-kommitten till motsatt slut i förhållande till skiljenämnden; kommittén menade att "... the Arbitral Tribunal forced the concept of investment in the case at hand in order to affirm its jurisdiction."<sup>454</sup> Kommittén beslutade därför att upphäva skiljedomen på två grunder: "[1] on the grounds of manifest excess of powers and [2] failure to state reasons (Article 52(1)(b) and (e) of the Convention) owing to the decision of the Arbitral Tribunal to accept its jurisdiction on the basis of the existence of an investment within the meaning of the Washington Convention; such annulment applies necessarily to the Award in its entirety."<sup>455</sup>

Mot bakgrund av det sagda kan man betänka följande: Om ett av skälen till ICSID:s stora framgång är knuten till de ytterst snäva ramarna inom vilka en ICSID-skiljedom kan upphävas, men till och med en ICSID-skiljedom – vilket överprövningsförfarandet i *Mitchell v Congo* vittnar om – *de facto* kan upphävas på den grunden att investeringskravet inte är uppfyllt, hur positionerar sig då Högsta domstolens dom i sammanhanget?

Lindskog antog att syftet med att föreskriva tvistlösning genom skiljeförfarande var att investeringskravet skulle vara exklusivt förbehållen skiljenämnd att pröva. Genom att skiljekärandens påstående om en investering numera skall behörighetsgöra skiljenämnden, eller för att återknyta till skiljenämndens uttalanden i *Mitchell v Congo*, genom att skiljenämnden numera äger "declare itself competent on the basis of an investment which is not one" kommer en skiljedom aldrig att kunna upphävas av domstol på den grunden att det inte föreligger en

<sup>449</sup> *Mr Patrick Mitchell v The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, November 1 2006. Förfarandet har kommenterats av Hamida (J Int'l Arb 2007).

<sup>450</sup> *Mr Patrick Mitchell v The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No ARB/99/7, Award, 9 Februari 2004, para 57.

<sup>451</sup> *Mitchell v Congo* (Decision on the Application for Annulment of the Award), para 17.i.

<sup>452</sup> *Mitchell v Congo* (Decision on the Application for Annulment of the Award), para 20. Kursiverat här.

<sup>453</sup> *Mitchell v Congo* (Decision on the Application for Annulment of the Award), para 40.

<sup>454</sup> *Mitchell v Congo* (Decision on the Application for Annulment of the Award), para 46.

<sup>455</sup> *Mitchell v Congo* (Decision on the Application for Annulment of the Award), para 67.

investering och av detta skäl inte heller en investeringstvist. Genom NJA 2008 s 406 har Högsta domstolen därmed, kan det hävdas, just "forced the concept of investment in order to affirm jurisdiction" vilket öppnar dörren för uppenbart missbruk "to the extent that it boils down to granting the qualification of 'investment' to any transaction in a foreign country, thereby enabling aliens to take advantage of the special arbitration system of Investment Arbitration."

Kanske är det att föra för långt att påstå att Högsta domstolen lämnat dörren öppen på vid gavel för alla utländska rättssubjekt – företag och enskilda – som påstår sig ha gjort en investering att slita sina tvister med värdstaten genom skiljeförfarande. Med en smått humoristisk underton skulle man dock kunna hävda att sådana utländska parter numera, likt Alibaba i Tusen och en natt, endast genom att visa det magiska ordet "investment" kommer att kunna rubba den stora sten iform av statssuveränitet som tidigare hindrat dessa ifrån att påkalla skiljeförfarande mot en suverän stat, såvida deras påstående om en investering inte uppenbart saknar fog. Även om skiljenämnden alltjämt måste pröva investeringskravet inom ramen för målets sakprövning är det naturligtvis oerhört ingripande för en stat att behöva underkasta sig ett skiljeförfarande så snart ett privaträttsligt rättssubjekt påstår sig ha gjort en investering och har blott ett uns av fog för sitt påstående. I detta avseende är domstolens domslut naturligtvis oerhört långtgående och något som i synnerhet många utvecklingsländer lär ha anledning att begrunda framgent.

### 3.3.2 Investeringskravet som bifallsförutsättning

Mellan påståendedoktrinen och dubbelrelevanta rättsfakta föreligger ett intimt samband. Således motiverade Lindskog påståendedoktrinens tillämpning i det konkreta fallet med hänvisning till att skiljenämnden hade betraktat investeringskravet som dubbelrelevant faktum; enligt Lindskog hade skiljenämnden "... tillmätt kravet relevans för sin behörighet ... Dessutom utgör investeringskravet en materiell förutsättning för att ersättning skall utgå enligt FIL." Kring det förstnämnda ledet i Lindskogs resonemang har vi uppehållit oss hitintills. Närmast nedan skall investeringskravets betydelse som bifallsförutsättning bli föremål för diskussion.

Som termerna antyder är en processförutsättning å ena sidan ett formellt rättsfaktum vars förhandenvaro avgör om käromålet överhuvudtaget kan upptas till sakprövning, medan en bifallsförutsättning å andra sidan är ett materiellt rättsfaktum – ett rättsfaktum vartill anknutits materiella rättigheter och därmed korrelerande skyldigheter – vars förefintlighet avgör om käromålet kan bifallas efter sakprövning. Till denna distinktion anknyter naturligtvis skillnaden mellan process- och sakinvändning, som innefattar yrkande om avvisning utan sakprövning respektive ogillande i sak. Att särskilja dessa rättsfakta och invändningar framstår som grundläggande men kan som synes vara förenat med betydande svårigheter.

Problematiken emanerar ur det förhållandet att bifalls- och processförutsättningar saknar en minsta gemensam nämnare på rättsfaktumsidan som kan läggas till grund för en enhetlig definition därav. Vilka rättsfakta som är materiella och av betydelse som bifallsförutsättningar respektive vilka rättsfakta som är formella och av betydelse som processförutsättningar kan därför endast avgöras på rättsföljdsidan.<sup>456</sup> Utgör förhandenvaron av ifrågavarande faktum grund för att bifalla käromålet och omvänt avsaknaden därav grund för att ogilla käromålet, är det frågan om en materiell bifallsförutsättning; medför däremot förekomsten av ifrågavarande faktum grund för att sakpröva käromålet och omvänt, avsaknaden därav grund för att avvisa

<sup>456</sup> Se t ex Lindblom (1974) s 20, Ekelöf II s 12 f, Hassler (1963) s 125 och Bylund (SvJT 1975) s 334. Denna lösning har dock naturligtvis karaktären av ett rättsligt momnet-22; den ger "... ingen utsikt till lösning av problemet." Se Bylund a s.

käromålet, är det frågan om en formell processförutsättning. Utifrån denna tumregel går det att argumentera för att investeringskravet inte kvalificerar sig som en bifallsförutsättning.

Antag, å ena sidan, att det i en initierad investeringstvist inte föreligger en investering i enlighet med definitionen därav med följd att investeringskravet inte anses vara uppfyllt. Av det föregående har det framgått att avsaknaden av en investering rätteligen skall leda till att käromålet avvisas utan sakprövning, ty föreligger ingen investering saknar den påkallande parten såväl materiella rättigheter som en rätt att slita tvister kring dessa icke-rättigheter genom skiljeförfarande. Att investeringskravet inte är uppfyllt medför således visserligen att investeraren inte kan göra anspråk gällande vis-à-vis värdstaten på grundval av FIL:s materiella regler emedan han inte omfattas därav. I så måtto saknas förvisso förutsättningar att bifalla käromålet. Är investeringskravet inte uppfyllt föreligger dock även grund för att avvisa karendens talan, ty avsaknaden av en investering innebär samtidigt processhinder i bemärkelsen avsaknad av samtycke till skiljeförfarande. Avsaknaden av en investering kan därmed aldrig leda till att skiljenämnden meddelar en ogillande dom emedan den saknar saklig behörighet att överhuvudtaget uppta målet till sakprövning och döma i sak och detta oavsett domslut: "Objections to the jurisdiction, if successful, stop all the proceedings in the case, since they strike at the very competence of the Tribunal to give rulings as to the merits."<sup>457</sup> Den negativa följden av att investeringskravet inte är uppfyllt är således att det saknas processförutsättningar – inte att det saknas bifallsförutsättningar – emedan rättsföljden som knutits till att investeringskravet inte är uppfyllt är att talan skall avvisas, inte att den skall ogillas. Ett säreget fall som i viss mån belyser det sagda är *Inceysa v El Salvador*<sup>458</sup>. I detta fall vitsordade visserligen svaranden att investeringskravet var uppfyllt men menade att tvisten ändå inte omfattades av dess samtycke till skiljeförfarande. Omständigheterna var följande:

I *Inceysa v El Salvador* påkallade det italienska företaget Inceysa ICSID-förfarande mot El Salvador med påstående att El Salvador brutit mot det bilaterala investeringsavtalet mellan Spanien och El Salvador genom att expropriera Inceysas investering. El Salvador invände mot skiljenämndens behörighet på den grunden att Inceysa agerat bedrägligt och dess investering därför inte var skyddad av BIT. El Salvador invände således inte mot skiljenämndens behörighet *ratione materiae* utan istället mot skiljenämndens behörighet *ratione voluntatis*, på den grunden att dess samtycke till att slita tvister med utländska investerare genom skiljeförfarande, fastslaget i det aktuella bilaterala investeringsavtalet, endast omfattade investeringar "... actually protected by the Agreement."<sup>459</sup> Eftersom den ifrågavarande investeringen inte var skyddad av investeringsavtalet emedan den var en följd av bedrägligt beteende förelåg enligt El Salvador inget samtycke till skiljeförfarande. Skiljenämnden konstaterade att behörighetstvisten avsåg "... whether or not the investment made by the Claimant ... is protected by the Agreement, i.e. ... whether the consent given by El Salvador includes the investment made the Claimant, or, on the contrary, leaves it outside its scope and therefore excludes it from the scope of application of the Agreement and, consequently, from the jurisdiction of the Centre."<sup>460</sup> Inceysa invände att frågan om dess investering var skyddad av BIT var en materiell fråga "... on the merits of the matter" vilken skiljenämnden inte ägde pröva inom ramen för sin behörighetskompetens.<sup>461</sup> Skiljenämnden fann dock att Inceysas motinvändning – att skiljenämnden, om den inom ramen för processhindersprövningen prövade huruvida dess investering var skyddad av avtalet, egentligen skulle inlåta sig i en sakprövning av målet – saknade fog. Skiljenämnden uttalade att "... Inceysa's claim is intended to obtain the protection of the Agreement and the indemnity to which it believes it is entitled. In turn, the defence of El Salvador refers to the absence of Inceysa's right to bring such claim. Although the argument that Inceysa's investment is not protected by the Agreement ... can be identified as a substantive defence related to merits matter, *this presumption is incorrect. Indeed, if it is determined that the investment is not protected by the*

<sup>457</sup> Brownlie (2003) s 457.

<sup>458</sup> *Inceysa Vallisoletana SL v Republic of El Salvador*, ICSID Case No ARB/03/26, Award, 2 August 2006.

<sup>459</sup> *Inceysa v El Salvador*, para 141.

<sup>460</sup> *Inceysa v El Salvador*, para 145.

<sup>461</sup> *Inceysa v El Salvador*, para 146.

*Agreement, it would imply recognizing that the necessary premise for the Arbitral Tribunal to validly assume jurisdiction was not met. Consequently, in the end, the Arbitral Tribunal would be deciding on its own competence and not on the Claimant's indemnity claim. In synthesis, and as a conclusion of the above, this Arbitral Tribunal concludes that its power to decide on its own competence authorizes it to rule on the objection *ratione voluntatis* raised by El Salvador, without implying a resolution on the merits of the matter.”<sup>462</sup> Skiljenämnden förtydligade att karendens påstående – att "... the scope of consent given by El Salvador cannot be considered a jurisdictional matter, because such determination is a substantive question, which falls within the scope of the competence of the Arbitral Tribunal" – var felaktigt med följande mycket talande motivering: "[The BIT], considered as an autonomous arbitration clause, cannot be interpreted as a manifestation of unrestricted consent by El Salvador to submit to arbitration any type of dispute claimed to be based on [the BIT]. [A] fundamental task of the Arbitral Tribunal to define its jurisdiction is to determine which disputes are included within the consent granted by the parties, considering primarily the Agreement itself.”<sup>463</sup> För att kravet på samtycke skulle vara uppfyllt var det därför enligt skiljenämnden "... necessary for the disputes in question to be included within the scope of consent.”<sup>464</sup> Efter en omfattande materiell prövning fann skiljenämnden att den ifrågavarande investeringen inte omfattades av El Salvadors samtycke till skiljeförfarande: "Consequently ... the Centre does not have jurisdiction to hear this matter and ... this Arbitral Tribunal is not competent to resolve it.”<sup>465</sup>*

Att investeringskravet inte bör betraktas som ett materiellt rättsfaktum framgår måhända än mer tydligt om distinktionen mellan dessa och formella rättsfakta anknyts till svarandens invändning. Låt oss anta att skiljesvaranden invänder dels mot skiljenämndens behörighet – att det inte föreligger en investering – dels i sak – att det inte föreligger ett brott mot FIL:s materiella regler. Om skiljenämnden skulle betrakta båda dessa invändningar som sakinvändningar, det vill säga invändningar om materiella rättsfakta, skulle det stå den fritt att ogilla skiljekarendens talan den grund som den finner lämplig, i allmänhet den mest lättbedömda. Antag vidare att det står klart att det inte föreligger något brott mot FIL:s materiella regler medan frågan om investeringskravet är uppfyllt är svårbedömt. Skulle skiljenämnden då kunna ogilla skiljekarendens talan i sak utan att ens pröva om investeringskravet är uppfyllt?<sup>466</sup> Knappast. Antag, å andra sidan, att det i en initierad investeringstvist föreligger en investering i enlighet med definitionen därav med följd att investeringskravet anses vara uppfyllt. Detta medför att den påkallade parten omfattas dels av de materiella skyddsreglerna och dels har rätt att, vid tvist därom, slita investeringstvisten genom skiljeförfarande. Förvisso är det en förutsättning för bifall att investeraren överhuvudtaget omfattas av den materiella regeln ty utan en materiell rättighet föreligger ingen därmed korrelerande materiell skyldighet. Med detta betraktelsesätt skulle dock alla processförutsättningar också kunna kallas bifallsförutsättningar sålunda att bifall i en process förutsätter en process, liksom brott mot en rättighet förutsätter en rättighet. Det ena är i båda fallen en förutsättning för det andra! Att investeringskravet är uppfyllt kan dock inte ensamt läggas till grund för en bifallande dom. Ett ersättningsyrkande på grundval av FIL förutsätter naturligtvis för bifall också förekomsten av ett brott mot FIL:s materiella skyldigheter vis-à-vis av rättsakten omfattade investeringar. Den positiva följd av att investeringskravet är uppfyllt är således att det föreligger processförutsättningar – inte att det föreligger bifallsförutsättningar – eftersom rättsföljden är att talan skall upptas till sakprövning, inte att den skall bifallas. Huruvida talan skall bifallas får avgöras efter en prövning av "the merits of the case". Att investeringskravet är uppfyllt kan motsatsvis även föranleda en ogillande dom.

<sup>462</sup> *Inceysa v El Salvador*, paras 159-160. Kursiverat här.

<sup>463</sup> *Inceysa v El Salvador*, para 170.

<sup>464</sup> *Inceysa v El Salvador*, 173.

<sup>465</sup> *Inceysa v El Salvador*, para 339.

<sup>466</sup> Exemplet är inspirerat av Bylund (SvJT 1975) s 335.

Att investeringskravet i NJA 2008 s 406 inte bör betraktas som ett dubbelrelevant rättsfaktum kan illustreras ytterligare med hjälp av ICSID-förfarandet *Tredax v Albania*<sup>467</sup>. Den rättsliga bakgrunden var följande. Enligt ICSID-konventionen artikel 41.2 äger skiljenämnden avgöra huruvida den skall pröva en behörighetsinvändning "... as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute." Denna fakultativa rätt att pröva behörighetsfrågan inom ramen för målets sakprövning klargörs i Schreuers kommentar till ICSID-konventionen enligt följande: "The need for a joinder to the merits is apparent ... if the jurisdictional questions are closely related to the merits and depend on the same factual questions."<sup>468</sup> Denna regel tillämpade skiljenämnden i det ifrågavarande fallet, som dock skiljer sig från NJA 2008 s 406 i ett betydelsefullt avseende: behörighetsfrågan och saken i målet var avhängiga samma rättsfakta som således var dubbelrelevanta!

I *Tredax v Albania* påkallade Tredax skiljeförfarande vid ICSID mot Albanien med påstående att Albanien exproprierat Tredax investeringar i landet. Det som särskiljer detta skiljeförfarande från det mellan Petrobart och Republiken var att Albanien samtyckte till skiljeförfarande vid ICSID – dess "scope of consent" som detta formulerats i den underliggande investeringslagen – enligt FIL artikel 8.2 inte omfattade alla investeringstvister utan endast tvister som härflöt ur "... expropriation, compensation for expropriation, or discrimination."<sup>469</sup> Albanien invände mot skiljenämndens behörighet, bland annat under anförande av att "... there is no jurisdiction of this Tribunal, because the submission to ICSID arbitration in Art 8(2) of the [FIL] requires a dispute arising out of or relating to 'expropriation', and that the conduct of Albania alleged by Tradex in this case cannot be considered as expropriation."<sup>470</sup> Albanien förnekade således inte att Tredax gjort en investering utan förnekade blott att denna investering exproprierats, och eftersom det inte förelåg någon expropriation förelåg inte heller någon behörighet. Skiljenämnden uttalade att "... the question of whether the alleged conduct of Albania can be considered an expropriation is on one hand relevant under Art 8(2) for the jurisdiction of the Tribunal and is on the other hand *the decisive issue* relevant ... to decide on the merits of Tradex's claim."<sup>471</sup> Skiljenämnden fann således att frågan om Albanien exproprierat Tredax tillgångar var avgörande både för dess behörighet och för sakfrågan i målet.<sup>472</sup> Expropriationsfrågan var således ett dubbelrelevant rättsfaktum. Mot denna bakgrund beslöt skiljenämnden att förena invändningen med saken i målet.<sup>473</sup> Inom ramen för målets sakprövning fann skiljenämnden att någon expropriation inte kunnat visas: "In view of this conclusion, if no expropriation occurred there is no jurisdiction according to Art 8 of the [FIL] and no compensation is due to Tradex according to Art. 4 of the [FIL]."<sup>474</sup>

I *Tredax v Albania* fann som synes skiljenämnden att det saknades både processförutsättningar och bifallsförutsättningar, eftersom Tredax inte kunnat visa att Albanien exproprierat dess investering. Detta belyser med önskvärd tydlighet att investeringskravet i NJA 2008 s 406, till skillnad från expropriationskravet i skiljeförfarandet, inte var dubbelrelevant. Frågan huruvida det förelåg en investering i NJA 2008 s 406 var, till skillnad från frågan om det förelåg en expropriation i *Tredax v Albania*, inte med skiljenämndens ord "... the *decisive issue* for the merits of the claim." Till skillnad från Albanien samtyckte nämligen Republiken till skiljeförfarande vid händelse av en "investment dispute" utan närmare kvalifikationer av investeringstvisters art och skiljenämndens behörighet var därför endast avhängig huruvida Petrobart gjort en investering och att tvisten därmed kvalificerade sig som en investeringstvist.

<sup>467</sup> *Tredax Hellas SA v Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, December 26 1994 and Award, 29 April 1999.

<sup>468</sup> Schreuer (2001) s 547.

<sup>469</sup> En begränsning till "expropriation disputes" är en inte helt ovanlig inskränkning, särskilt i bilaterala investeringsavtal. Se Kreindler (Arb Int'l 2007) s 49.

<sup>470</sup> *Tredax v Albania* (Decision on Jurisdiction) s 184 f.

<sup>471</sup> *Tredax v Albania* (Decision on Jurisdiction) s 185. Kursiverat här.

<sup>472</sup> Schreuer (2001) s 547.

<sup>473</sup> *Tredax v Albania* (Decision on Jurisdiction) s 185. Jfr Schreuer (2001) s 548.

<sup>474</sup> *Tredax v Albania* (Award) para 205.

Om så skulle ha varit fallet skulle Petrobart ha omfattats av FIL med följderna att Republiken varit skyldig att tillförsäkra Petrobart skydd under lagen. Om Petrobarts talan inte hade avvisats hade dock saken i målet varit en helt annan, nämligen huruvida Republiken, genom att dess myndighetsorgan intervenerade i och försenade verkställigheten av den lokala domstolens dom – som funnit till förmån för Petrobart vilket fick till följd att verkställigheten omöjliggjordes – hade brutit mot sin skyldighet vis-à-vis Petrobart, nämligen att tillförsäkra detta bolag "equitable and fair treatment" enligt FIL art 3.1. Således påstod Petrobart i sak att "[t]he Republic has interfered with the rights and interests of Petrobart. Such interferences constitutes [sic!] breaches of Articles 3.1 and 24 of the Foreign Investment Law."<sup>475</sup> Saken i målet i såväl UNCITRAL-förfarandet som SCC-förfarande var således helt enkelt om "... Kyrgyz authorities had dealt Petrobart a raw deal."<sup>476</sup>

I UNCITRAL-förfarandet fann skiljenämnden att investeringskravet inte var uppfyllt och att den därför var förhindrad ifrån att pröva målet i sak, det vill säga huruvida "... the respondent, by means of such actions, failed to provide it with stable, equitable, favourable and transparent conditions".<sup>477</sup> I SCC-förfarandet fann däremot skiljenämnden att investeringskravet var uppfyllt vilket innebar dels att Republiken var skyldig att tillförsäkra Petrobart skydd under avtalet, dels att skiljenämnden var behörig att pröva yrkandet i sak.<sup>478</sup> I sin dom konstaterade således skiljenämnden, under rubriken *Breaches of the treaty*, följande: "[h]aving found that Petrobart was an investor and had an investment under the Treaty, the Arbitral Tribunal *must examine whether the Kyrgyz Republic acted in breach of the Treaty*."<sup>479</sup> Vid sin sakprövning fann skiljenämnden att "... such Government intervention in judicial proceedings is not in conformity with the rule of law in a democratic society and that it shows a lack of respect for Petrobart's rights as an investor having an investment under the Treaty."<sup>480</sup> Följaktligen förpliktigades Republiken att till Petrobart utge ersättning, inte för att Petrobart gjort en investering i Republiken, utan för att Republiken brutit mot sina skyldigheter enligt FIL.

Med denna utläggning skulle man måhända kunna låta sig nöjas och sätta punkt för framställningen. Frågan om påståendedoktrinens vara och inte vara investeringstvister är dock inte definitivt besvarad endast med hänvisning till att investeringskravet bör betraktas som en processförutsättning och inte som en bifallsförutsättning; frågan inrymmer ytterligare en dimension. Även om investeringskravet behandlas som en processförutsättning skulle det nämligen kunna finnas skäl att tillämpa påståendedoktrinen vid processhindersprövningen såsom Högsta domstolen anvisat. För att till fullo kunna dissekera Högsta domstolens dom i det ifrågavarande rättsfallet är det därför nödvändigt att bryta ned problematiken ytterligare genom att här introducera ännu ett begreppspar: "jurisdiction" och "admissibility".

<sup>475</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (UNCITRAL Award), para 414 (ICSID Rep 2008 s 348).

<sup>476</sup> *Petrochilos & Rubins* (SIAR 2005:3) s 115.

<sup>477</sup> Turinov (J Int'l Arb 2009) s 17 f samt not 102: "Although Petrobart obtained a favourable judgment, the court stayed execution of the judgment upon a request by the Kyrgyz government and later declared the state company bankrupt. Petrobart claimed, inter alia, that the respondent, by means of such actions, failed to provide it with stable, equitable, favorable and transparent conditions contrary to the Treaty. Petrobart made its first claim under UNCITRAL. The UNCITRAL tribunal declined jurisdiction on the grounds that the claimant's activity was a sales of goods contract and not an 'investment' under the Kyrgyz Foreign Investment Law." Kursiverat här.

<sup>478</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (SCC Award) s 88.

<sup>479</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (SCC Award) s 73. Kursiverat här.

<sup>480</sup> *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (SCC Award) s 76.

### 3.3.3 "Jurisdiction" och "admissibility"

"... it is perhaps not easy to define the exact dividing line, just as it is not easy in twilight to see the divide between night and day. Nonetheless, whilst the exact line may remain undrawn, it should still be possible to determine on which side of the divide a particular claim must lie."<sup>481</sup>

Inom Investment Arbitration, liksom inom folkrätten i allmänhet, görs åtskillnad mellan framförallt två typer av processförutsättningar: (1) "the jurisdiction of the tribunal" och (2) "the admissibility of the application".<sup>482</sup> Såväl ICSID-konventionen som UNCITRAL-RoA och SCC-RoA ger, i enlighet med den närmast universellt accepterade doktrinen om behörighetskompetens, skiljenämnden kompetens att pröva sin egen behörighet, det vill säga den förstnämnda frågan: jurisdiktionsfrågan.<sup>483</sup> Däremot saknar samtliga dessa skiljedomsreglementen regler som ger skiljenämnden kompetens att pröva huruvida skiljekärandens talan är "admissible" och, i förekommande fall, avvisa densamma på den grunden att den är "inadmissible".<sup>484</sup> Detta förhållande har dock inte hindrat skiljenämnder från att med tillämpning av såväl UNCITRAL-RoA som ICSID-konventionen och ICSID-RoA pröva processinvändningar som avser just "the admissibility of the claim", ibland explicit och ibland under förevändningen att det rör sig om en jurisdiktionsfråga som då används närmast som ett paraplybegrepp. Det råder således en utbredd begreppsförvirring; användningen av detta begreppspar "... is hopelessly inconsistent".<sup>485</sup>

I *Enron v Argentina*<sup>486</sup> uttalade skiljenämnden att "[t]he distinction between admissibility and jurisdiction does not appear to be necessary in the context of the ICSID Convention, which deals only with jurisdiction and competence."<sup>487</sup> Detta uttalande kan emellertid med fog kritiseras; att särskilja dessa två begrepp är av stor betydelse. Skälet härtill är följande: "Decisions of tribunals which do not respect jurisdictional limits may be invalidated by a controlling authority [exempelvis av nationella domstolar eller av överprövningsorgan såsom ICSID:s *ad hoc*-kommitte eller motsvarande, mitt tillägg]. But if parties have consented to the jurisdiction of a given tribunal, its determinations as to the admissibility of the claim should be *final*."<sup>488</sup> Medan skiljenämnden inte är behörig att slutligt avgöra sin egen behörighet är den behörig att slutligt avgöra huruvida skiljekärandens talan är "admissible". Och motsatsvis är domstol inte behörig att uttala sig om ett av skiljeavtal omfattat rättsförhållande, medan den är behörig att uttala sig om skiljeavtalets omfattning. "[S]o, contrary to the statement just quoted, it does indeed become necessary to understand the difference between objections to be finally decided by the arbitrators and objections subject to review."<sup>489</sup>

<sup>481</sup> *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 3 August 2005, para 139.

<sup>482</sup> Jfr t ex ICJ:s Rules of Court artikel 79.1, vari stadgas att: "Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made ..."

<sup>483</sup> Se t ex ICSID-konventionen art 41 och UNCITRAL-RoA art 29,

<sup>484</sup> Jfr skiljenämndens uttalande i UNCITRAL-förfarandet under NAFTA Chapter 11, *Methanex Corporation v United States*, UNCITRAL, Partial Award, 7 August 2002, para 123: "Article 21(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules does not accord to the Tribunal any power to rule on objections relating to admissibility. There is no express power; and it is not possible to infer any implied power."

<sup>485</sup> Paulsson (2005) s 609. Se även a a s 605 och Laird (2005) s 222 ff.

<sup>486</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Republic of Argentina*, ICISD Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 2 August 2004.

<sup>487</sup> *Enron v Argentina*, para 33. Kursiverat här.

<sup>488</sup> Paulsson (2005) s 601. Kursivering i original. Se även a a s 605.

<sup>489</sup> Paulsson (2005) s 608.



Istället för att söka dra en gräns mellan å ena sidan bifallsförutsättningar och å andra sidan processförutsättningar är det enligt min mening, som ovanstående citat antyder, mer ändamålsenligt att försöka utstaka skiljelinjen mellan skiljenämndens prövning av ett av skiljeavtal omfattat rättsförhållande och domstols – eller vid ICSID-förfarande, *ad hoc*-kommittens – slutliga prövning av skiljeavtalets omfattning. Till den förstnämnda kategorin är att hänföra dels "the merits of the case", dels frågan om talan är "admissible"; till den sistnämnda kategorin frågan om skiljenämndens behörighet. Då det sällan är ändamålsenligt att inom ramen för processhindersprövning inlåta sig i en prövning i sak är det understundom motiverat att härvidlag begränsa eller helt befria part från bevisbördan för åberopade fakta, för att istället pröva dessa materiellt inom ramen för målets sakprövning. För att citera skiljenämnden i *Micula et al v Romania*<sup>490</sup> är det " ... common ground that the jurisdictional stage is not the appropriate time to enter the merits of the case. Indeed, it is not for the Tribunal to examine the claim in detail at the stage of jurisdiction."<sup>491</sup>

### 3.3.3.1 *Prima facie*-testet

I *PSEG v Turkey*<sup>492</sup> anförde skiljekäranden inom ramen för processhindersprövningen att "... the Tribunal needs only to be satisfied that, if the facts alleged by Claimants are ultimately proven true, they would be capable of constituting a violation of the Treaty."<sup>493</sup> Skiljenämnden uttalade därefter att den var "... aware that the prima facie test has been applied in a number of cases such as *Maffezini* and *CMS*, and that as a *general approach to jurisdictional decisions it is a reasonable one*."<sup>494</sup>

Det av skiljenämnden anvisade *prima facie*-testet innebär i princip att skiljekäranden inom ramen för processhindersprövningen inte måste visa förekomsten av åberopade rättsfakta, utan endast "show a prima facie case".<sup>495</sup> Skiljenämnden skall därmed inom ramen för behörighetsprövningen utgå ifrån att av käranden åberopade rättsfakta föreligger.<sup>496</sup> Även om skiljenämnden i *PSEG v Turkey* av här irrelevanta skäl valde att inte tillämpa *prima facie*-testet är dess uttalande – att "... as a general approach to jurisdictional decisions it is a reasonable one" – intresseväckande.<sup>497</sup>

<sup>490</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipac v Romania*, ICSID Case No ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008.

<sup>491</sup> *Micula et al v Romania*, para 66.

<sup>492</sup> *PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, Decision on Jurisdiction (Attached to the Award), 4 June 2004

<sup>493</sup> *PSEG v Turkey*, para 63. Kursiverat här.

<sup>494</sup> *PSEG v Turkey*, paras 64-65.

<sup>495</sup> Jfr Laird (2005) s 212.

<sup>496</sup> Appleton (Int'l Inv L & Arb News) s 8.

<sup>497</sup> I överensstämmelse med skiljenämndens uttalande har testet också tillämpats i ett flertal investeringstvister såväl under ICSID-konventionen som under UNCITRAL-RoA i enlighet med NAFTA Chapter 11. Se t ex *CMS Gas Transmission Company v Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, Decision on Objection to Jurisdiction, 17 July, 2003, vari skiljenämnden uttalade att "[f]or the time being, the fact that the Claimant has demonstrated *prima facie* that it has been adversely affected by measures adopted by the Republic of Argentina is sufficient for the Tribunal to consider that the claim, as far as this matter is concerned, is admissible and that it has jurisdiction to examine it on the merits; *Emilio Agustin Maffezini v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, vari skiljenämnden uttalade att: "[a]t this stage of the proceedings, however, it is enough for him to demonstrate that, if true, his allegations would give him standing to bring this case in his personal capacity. ... Accordingly, Claimant can be said to have made out a *prima facie* case that he has standing to file this case."; *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/02/13, Award, 31 January 2006, vari skiljenämnden uttalade att "[w]hen considering its jurisdiction to entertain those claims [of the Claimant], the Tribunal must not address the merits of the claim, but it must satisfy itself that it has jurisdiction over the dispute, as presented." Följaktligen uttryckte skiljenämnden att "... [it] will accordingly seek to determine whether facts alleged by the Claimants, in this case, if established, are capable of coming within those provisions of the BIT which have been invoked." (para 151); *IBM World Trade Corporation v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/02/10, Decision on

Att inte pröva av kändanden åberopade rättsfakta materiellt inom ramen för processhindersprövningen utan istället utgå ifrån att dessa föreligger var som bekant i princip vad Högsta domstolen menade att skiljenämnden, med tillämpning av påståendedoktrinen borde ha gjort i NJA 2008 s 406. Vid en första anblick kan det därmed tyckas finnas stöd för den av Högsta domstolen anvisade tillämpningen av påståendedoktrinen. Som kommer att framgå nedan är detta dock ett felslut.

### 3.3.3.2 Insnävning av *prima facie*-testet och påståendedoktrinen

”... the occasional terminological digression of courts ... of last resort tend to be unhelpful, because they have no reason to see the important distinction in terms of reviewability. And so, it seems, they fire harmless shoots from the hip in reaction to particular circumstances.”<sup>498</sup>

Såväl en invändning att skiljekändandens talan är ”inadmissible” som att skiljenämnden saknar jurisdiktion utgör processinvändningar sålunda att de innefattar ett yrkande om att käromålet måtte avvisas utan prövning i sak. Till sitt innehåll kan de dock närmast liknas vid dag och natt: “[a]n objection to the substantive admissibility of the claim is a plea that the Tribunal should rule the claim inadmissible on some ground other than its ultimate merits; an objection to the jurisdiction of the Tribunal is a plea that the tribunal itself is incompetent to give any ruling at all whether as to the merits or as to the admissibility of the claim.”<sup>499</sup>

Hur skall vi då skilja mellan natt och dag? Kanske kan vi leva med en “... twilight zone, but not if it lasts until dawn – and certainly if dawn never comes.”<sup>500</sup> Jo, vår ledstjärna har formen av en fråga:<sup>501</sup> Riktat sig invändningen mot skiljenämnden eller mot talan? I det förstnämnda fallet är syftet med invändningen att förhindra *skiljenämndens prövning* av kändandens yrkande i sak men inte nödvändigtvis en prövning av kändandens yrkande inför ett annat forum; i det sistnämnda är syftet att förhindra en prövning av yrkandet *per se*: “Jurisdiction is the power of the tribunal to hear the case, admissibility whether the case itself is defective.”<sup>502</sup> Genom att sålunda återigen återknyta till eftersträvad rättsföljd framgår att “... the nub of the classification problem is whether the success of the objection necessarily negates consent to the forum.”<sup>503</sup> Annorlunda uttryckt:

*“Objections to the jurisdiction, if successful, stop all the proceedings in the case, since they strike at the very competence of the Tribunal to give rulings as to the merits or admissibility of the claim. An objection to the substantive admissibility of a claim invites the Tribunal to reject the claim on a ground distinct from the merits. [...] In normal cases the question of admissibility can only be approached when jurisdiction has been assumed, and issues of admissibility ... may be closely connected with the merits of the case.”*<sup>504</sup>

---

Jurisdiction, 22 December 2003, vari skiljenämnden uttalade: “... at this procedural stage, the Tribunal has to admit ‘prima facie’ the existence of the concession contract, and therefore the existence of the investment claimed by IBM, without meaning by this that the Tribunal can not reach a different conclusion, when analyzing the background of the controversy and the evidence presented by the parties.”

<sup>498</sup> Paulsson (2005) s 603.

<sup>499</sup> Laird (2005) s 204.

<sup>500</sup> Paulsson (2005) s 609.

<sup>501</sup> Paulsson (2005) s 616.

<sup>502</sup> *Waste Management Inc v United Mexican States*, Dissenting Opinion, Dissenting Opinion of Keith Highet, ICSID Case No ARB(AF)/92/2, June 2 2000, para 58.

<sup>503</sup> Paulsson (2005) s 616.

<sup>504</sup> Brownlie (2003) s 457. Jfr *Methanex v USA*.

Är talan "inadmissible" föreligger det således en brist hos talan som sådan som i princip gör den "unhearable" av skäl som vanligtvis är intimt förbundna med saken i målet. Denna fråga, liksom saken i målet, faller under skiljenämndens exklusiva prövningskompetens och kan därför prövas med tillämpning av påståendedoktrinen.

Ovanstående invändningar är dock att skilja från en annan typ av processinvändning, nämligen att karendens talan uppenbart saknar laglig grund – "that a claim is manifestly without legal merit".<sup>505</sup> Följande citat är ett exempel på begreppsförvirringen härvidlag: "In investor-State arbitrations, objections to admissibility have essentially been framed by submitting that, even if all the facts alleged were true, the claimant will be unsuccessful. The focus appears to be on whether there is an arguable, legal dispute. [...] In this type of objection to admissibility there clearly is a fine line between it and a challenge on the merits."<sup>506</sup> I det nämnda fallet föreligger det dock överhuvudtaget ingen fin linje mellan processinvändningar och sakinvändningar. En invändning att "... even if all the facts alleged were true [and there is therefore no resolution of factual controversies], the claimant will be unsuccessful" avser nämligen inte vare sig talans "admissibility" eller skiljenämndens "jurisdiction". Istället är det ett yrkande om avvisning med påstående att käromålet uppenbart saknar laglig grund. Saken i målet är dock inte begränsad till sak- och bevisfrågor utan kan även avse rättsfrågor. Även om av karenden åberopade rättsfakta läggs till grund för bedömningen kommer en invändning att "... the legal basis of the claim is meritless" med nödvändighet innefatta en prövning av "the merits". Detta är dock en ganska harmlös sammanblandning; skiljenämndens prövning av denna är nämligen slutlig eftersom dess prövning av saken är slutlig. Därför möter det inte heller i detta fall några hinder att lägga karendens påstående om faktiska omständigheter till grund för processhindersprövningen.

Att skiljenämnden, sammanfattningsvis, genom *prima facie*-testet eller påståendedoktrinen lägger karendens påstående till grund för prövning av om talan skall avvisas på den grunden att den antingen saknar rättslig grund eller av andra skäl är "inadmissible" möter inga egentliga betänkligheter. Som ovan sagts kan det rentav vara en fördel eftersom dessa frågor har ett nära samband med eller utgör en del av "the merits of the case". Denna *prima facie*-prövning måste dock snävas in till prövningen av just sådana fakta och kan aldrig avse frågan om ramarna för skiljenämndens behörighet!

För att överhuvudtaget äga pröva målet i sak måste nämligen skiljenämnden förvissa sig om att saken omfattas av skiljeavtalet, varför skiljeavtalets omfattning måste bestämmas fullt ut inom ramen för processhindersprövning i syfte att utstaka gränsen bland annat för skiljenämndens behörighet *ratione materiae*. Kliver skiljenämnden på fel sida av detta streck föreligger nämligen ett behörighetsöverskridande och därmed, alltsomoftast, grund för klander. Vid bristande jurisdiktion föreligger det således en brist hos skiljenämnden som gör den obehörig att uttala sig överhuvudtaget. En invändning att talan är "inadmissible" eller "meritless" kan således endast prövas *efter* det att skiljenämnden funnit att tvisten omfattas av dess behörighet.<sup>507</sup> Skiljenämnden måste därför *alltid* inom ramen för processhindersprövningen materiellt pröva om den *de facto* är sakligt behörig och kan således inte lägga karendens påstående till grund för sin bedömning i detta avseende, vare sig med tillämpning av *prima facie*-testet eller av påståendedoktrinen. Skiljenämndens uttalande i ovannämnda *Micula et al v Romania* beträffande *prima facie*-testet tillämpningsområde belyser det sagda:

<sup>505</sup> ICSID-RoA art 41.5.

<sup>506</sup> Laird (2005) s 205.

<sup>507</sup> Paulsson (2005) s 604.

*"However, when a jurisdictional issue hinges on a factual determination that may also relate to the merits of the claims, the Tribunal must proceed to a determination of the facts that are presented to it to the extent necessary for jurisdictional purposes. Therefore, a tribunal can make definitive factual findings at the jurisdictional stage too. For example, a tribunal must determine the nationality of a claimant in order to establish its jurisdiction *ratione personae* in a definitive manner. On the other hand, a tribunal which is satisfied that there is an existing investment out of which the legal dispute directly arose might not be required to determine in a definitive manner the exact composition or extent of the investment. Such examination can be left for the merits stage when dealing, for example, with a claim of expropriation. Thus, apart from any findings of fact necessary for jurisdictional purposes, a tribunal will only make a *prima facie* determination as to whether the facts are capable of constituting violations of the provisions that are invoked."*<sup>508</sup>

Paulo Fohlin har i linje med ovanstående excerpt, enligt min mening också mycket träffande, uttalat följande såvitt avser påståendedoktrinen tillämpningsområde:

*"The application of the doctrine is understandable in cases where the claimant alleges that an investment law, treaty or main agreement which is **wholly covered by an undisputed arbitration agreement** entitles it to seek relief because of certain alleged facts. In such cases the examination of those facts and the assessment of their alleged relevance are related only to the merits of the case. However, **where the scope of the arbitration agreement is restricted when correctly interpreted, so that an alleged fact is relevant to the question of jurisdiction, clearly the arbitrators have to examine that fact to determine whether they have jurisdiction.** A separate issue is whether it may be necessary to examine additional details relating to an investment in order to deal with the substantive issues in the arbitration, for example when the details may be relevant to the exact value of an investment at the time of an expropriation and thus to the calculation of damages."*<sup>509</sup>

En närmare granskning av de fall vari skiljenämnderna tillämpat *prima facie*-testet ger enligt min uppfattning också vid handen att skiljenämnderna inte lagt skiljekärandens påstående om jurisdiktionsgrundande fakta till grund för sin behörighet. Istället har testet tillämpats *after* det att behörigheten att pröva saken i målet har fastslagits för att avgöra huruvida talan ändå är oprocessbar eller helt visst saknat laglig grund, och skall avvisas av någondessa skäl.

I *Telenor v Hungary*<sup>510</sup> gjorde Ungern processinvändning med påstående att Telenors yrkande inte ens "... on their face [were] framed as claims concerning an expropriation." Skiljenämnden prövade och fann först och främst att Telenor gjort en investering i Ungern. Därefter uttryckte skiljenämnden att "Telenor has quite rightly made the point that at a hearing on a challenge to jurisdiction it is not required to go into the merits of the case. [...] Accordingly for the purpose of the jurisdictional challenge allegations of admissible fact by the Claimant are to be assumed to be true. The onus is on the Claimant to show what is alleged to constitute expropriation is at least capable of so doing. There must, in other words, be a *prima facie* case that the BIT applies."<sup>511</sup> Skiljenämnden avvisade sedermera Telenors talan, men inte på den grunden att den saknade jurisdiktion i strikt mening, utan för att Telenors inte ens lyckats visa ett "*prima facie* case of expropriation".

I NJA 2008 s 406 har Högsta domstolen på ytan anslutit sig till den ovan skisserade distinktion mellan "jurisdiction" och "admissibility" när den kvalificerat påståendedoktrinen tillämpningsområde genom att uttala att "[o]m parterna är oense om skiljeavtalets omfattning, kan ... den tvisten inte lösas med hjälp av påståendedoktrinen; omfattningen måste bestämmas

<sup>508</sup> *Micula et al v Romania*, para 66. Emfas här.

<sup>509</sup> Fohlin (ILO 2008) s 2. Emfas här.

<sup>510</sup> *Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/04/15, Award, 13 September 2006.

<sup>511</sup> *Telenor v Hungary*, para 68.

vid behörighetsprövningen.” Enligt min mening faller dock domstolen på sitt eget grepp sålunda att den därefter hänfört investeringskravet till fel kategori, det vill säga till den kategori processförutsättningar som inte får bli föremål för överprövning: ”Att bedöma vad som ligger i investeringskravet blir [med tillämpning av påståendedoktrinen] exklusivt förbehållet skiljenämnden.” Anledning till detta, vilket jag påstår vara ett felslut, är att investeringskravet bestämmer just skiljeavtalets omfattning och därför måste investeringskravet, för att använda domstolens ord, prövas materiellt inom ramen för behörighetsprövningen.

Påståendedoktrinen har enligt min mening ett berättigat tillämpningsområde även i investeringstvister men endast för att pröva andra processförutsättningar än sådana som avgör omfattningen för skiljenämndens prövningskompetens, försåvitt dessa är att bedöma på samma eller nästintill samma faktaunderlag som karendens talan i sak. Investeringskravet kan dock inte hänföras till denna kategori rättsfakta och därför kan skiljenämnden inte lägga skiljekarendens påstående om förefintligheten av en investering till grund för sin behörighet. Tvärt om är förekomsten av en investering att betrakta som en förutsättning för skiljenämndens behörighet och förty jämväl en förutsättning för påståendedoktrinen tillämpning överhuvudtaget.

Sammanfattningsvis finns det enligt min mening skäl att betvivla både riktigheten av Linskogs slutsats – att investeringskravet utgör ett verkligt dubbelrelevant rättsfaktum – som Högsta domstolens dito – att det var felaktigt att avvisa Petrobarts talan på den grunden att investeringskravet inte är uppfyllt. Min slutsats är att investeringskravet rätteligen bör betraktas och behandlas som en processförutsättning snarare än som en bifallsförutsättning vilket vid bristande uppfyllelse med nödvändighet måste leda till att käromålet avvisas på grund av bristande behörighet *ratione materiae*. Hade skiljenämnden *inte* avvisat Petrobarts talan i det aktuella fallet *trots att* den funnit att investeringskravet *inte* var uppfyllt utan istället avdömt målet materiellt skulle den enligt min uppfattning ha gjort sig skyldig till ”... manifest excess of powers with regard to the Arbitral Tribunal’s jurisdiction in respect of the definition of investment.”<sup>512</sup> Detta skulle i sig ha utgjort grund för klander av skiljedomen på den grunden att skiljenämnden överskridit sin behörighet *ratione materiae*.

---

<sup>512</sup> Jfr *ad hoc*-kommittens uttalande i *Mitchell v Congo* (Decision on the Application for Annulment of the Award), para 17.i.

## DEL IV

# AVSLUTNING

”Does the flap of a butterfly’s wings in Brazil set off a tornado in Texas?”

- Edward Lorenz -

### 4.1 PÅSTÅENDEDOKTRINEN OCH SKILJEFÖRFARANDE

---

Det övergripande syftemålet med föreliggande uppsats har varit att söka klargöra den abstrakta rättsregel som Högsta domstolen fastslagit genom NJA 2008 s 406: att påståendedoktrinen skall läggas till grund för bedömningen av skiljenämnds behörighet. Påståendedoktrinen förstås troligen bäst med ett teleologiskt perspektiv, det vill säga i ljuset av dess syfte.

#### 4.1.1 Påståendedoktrинens syfte

Ett skiljeavtal äger som bekant den rättsföljden att det därur följer en omstyrning av tvistlösningsform från domstolsförfarande till skiljeförfarande. Samtidigt som skiljeavtalet skänker skiljenämnden behörighet att pröva det materiella rättsförhållande som omfattas därav utsläcker det domstols behörighet att pröva detsamma; det avtalet ger med sin ena hand tar det med sin andra. Det materiella rättsförhållande som omfattas av ett skiljeavtal är således att hänföra till skiljenämndens exklusiva prövningskompetens; skiljenämndens bedömning i sak kan inte överprövas av domstol.

Emedan skiljenämndens behörighet härflyter ur skiljeavtalet omfattar emellertid inte skiljenämndens exklusiva prövningskompetens också en prövning av skiljeavtalet; detta omfattar så att säga inte sig själv. Skiljeavtalets giltighet och omfattning är istället att hänföra till domstols slutliga prövningskompetens; skiljenämndens bedömning av sin egen behörighet kan överprövas av domstol.

Mot bakgrund av det sagda kan påståendedoktrinen sägas tjäna huvudsakligen ett överordnat syfte i skiljeförfaranden: att förhindra att rättsfakta tillmäts dubbel rättslig relevans emedan detta riskerar att leda till en sammanblandning mellan å ena sidan domstolens och å andra sidan skiljenämndens exklusiva prövningskompetenser. Annorlunda uttryckt: om huvudavtalets materiella innebörd tillmäts betydelse såväl i sak som för frågan om skiljenämndens behörighet kan detta komma att prövas inte bara av skiljenämnd utan också av domstol vid en eventuell överprövning av skiljenämndens behörighet, i strid med skiljeförfarandets syfte.

#### 4.1.2 Påståendedoktrинens innebörd och tillämpningsområde

Innebörden av att påståendedoktrinen skall läggas till grund för bedömningen av skiljenämndens behörighet – svaret på uppsatsens första frågeställning – torde schematiskt kunna formuleras enligt följande:

*När en skiljenämnd prövar sin behörighet inom ramen för sin behörighetskompetens eller en domstol prövar en skiljenämnds behörighet inom ramen för sin överprövning av skiljenämndens beslut skall varken skiljenämnden eller domstolen ta ställning till existensen av de rättsfakta som skiljekäranden påstår omfattas av ett rättsförhållande som omfattas av ett giltigt skiljeavtal. Skiljenämnden liksom domstolen skall istället utgå från att dessa rättsfakta föreligger.*

Mot bakgrund av påståendedoktrinen syfte är det av väsentlig betydelse att särskilja å ena sidan prövningen av ett av skiljeavtal omfattat rättsförhållande och å andra sidan prövningen av skiljeavtalets giltighet och omfattning. Påståendedoktrinen tillämpningsområde är inskränkt till den förstnämnda prövningen. Påståendedoktrinen äger således tillämpning endast därest part som grund för sin påstådda rätt åberopar ett huvudavtal som omfattas av ett giltigt skiljeavtal och påståendet därmed avser en rättsföljd som enligt parten härflyter ur detsamma. Om det således föreligger ett mellan parterna bindande skiljeavtal och om detta skiljeavtal omfattar de rättsfakta som skiljekäranden påstår ger stöd för sitt yrkande, skall skiljenämnden, och i förekommande fall domstolen, pröva behörighetsfrågan på grundval av skiljekärandens påstående att ifrågavarande rättsfakta föreligger. Varken skiljenämnden eller domstolen skall följaktligen pröva förekomsten av dessa rättsfakta för att avgöra huruvida skiljenämnden är behörig eller ej; istället skall skiljenämnden pröva denna fråga inom ramen för målets sakprövning. Därigenom kommer prövningen av vilka rättsföljder som kan härflyta ur ett av skiljeavtal omfattat rättsförhållande att förbehållas skiljenämnden utan att allmän domstol har möjlighet att överpröva skiljenämndens materiella bedömning av saken i målet.

Påståendedoktrinen kan emellertid aldrig skapa skiljebundenhet. Följaktligen äger doktrinen vare sig tillämpning vid prövningen av skiljeavtalets giltighet eller vid prövningen av dess omfattning; dessa frågor faller utanför påståendedoktrinen tillämpningsområde eller utgör snarare förutsättningar för dess tillämplighet överhuvudtaget. En tillämpning av påståendedoktrinen förutsätter således dels att ett bindande skiljeavtal finns, dels att det rättsförhållande som skiljekäranden påstår ge stöd för ett framställt yrkande omfattas av detta skiljeavtal. Är skiljeavtalets giltighet eller omfattning tvistig skall skiljenämnden liksom domstolen pröva dessa tvistefrågor materiellt inom ramen för behörighetsprövningen. Därigenom kommer ytterst allmän domstol att, inom ramen för en eventuell överprövning av skiljenämndens beslut, fastslå ramarna för skiljenämndens behörighet.

#### 4.1.3 Påståendedoktrinen – en Pandoras ask?

Genom NJA 2008 s 406 har Högsta domstolen till gagn för den framtida rättstillämpningen kastat ljus över en rättsfråga som tidigare varit höljd i dunkel. Domstolen har således enligt min mening formulerat en klart och koncis rättsregel samt motiverat denna regel synnerligen väl. Även om jag menar att Högsta domstolens konkreta tillämpning av denna abstrakta prejudikatregel i det enskilda fallet med fog kan sättas ifråga, vartill jag återkommer nedan, finns det därmed inga skäl att tolka den regel som formuleras genom NJA 2008 s 406 restriktivt i andra typfall än just det som bedömts av Högsta domstolen i det aktuella fallet,<sup>513</sup> det vill säga i traditionella konventionella skiljeförfaranden. Tvärtom manar regeln till efterföljd i dessa.

Påståendedoktrinen är dock inget trollspö utan bär troligen större likheter med Pandoras ask, åtminstone i skiljeförfaranden. Högsta domstolen har sålunda stillat allas vår nyfikenhet genom att öppna lådan men har därigenom samtidigt släppt lös en hel del brydsamheter.

När och i så fall hur Högsta domstolens uttalande, att påståendedoktrinen skall ges samma innebörd i konventionella som legala skiljeförfaranden, skulle kunna få någon som helst betydelse för det i svensk rätt enda praktiskt betydelsefulla legala skiljeförfarandet – tvångsinlösenförfarandet enligt ABL – är för mig svårt att se.

<sup>513</sup> Jfr om denna situation – att Högsta domstolens konkreta tillämpning av prejudikatregeln på det föreliggande fallet framstår som felaktig för rättsfallstolkaren utan att prejudikatregeln *per se* sätts ifråga – i Heuman (JT 2006/07) s 598.

Såvitt avser de mer frekvent förekommande investeringstvister med grund i utländska investeringslagar utgör dessa förvisso legala skiljeförfaranden såtillvida att de delvis grundas på en lag. Här tar dock likheterna slut. Dessa skiljeklausuler kan nämligen inte ensamt läggas till grund för ett skiljeförfarande eftersom de blott utgör ett stående anbud om att sluta skiljeavtal som riktar sig till investerare och omfattar investeringstvister; de utgör inte ett skiljeavtal i sig. Investment Arbitration med grund i en investeringslag bär därmed nästintill större likheter med ett konventionellt skiljeförfarande än ett legalt sådant; den enda skillnaden är att avtalsmekanismen skiljer sig åt sålunda att parterna lämnar sina viljeförklaringar stegvis. Detta förhållande tycks Högsta domstolen emellertid inte ha begrundat överhuvudtaget och av detta skäl ter sig hänvisningen till rättsfallen beträffande påståendedoktrinen betydelse för specialdomstols sakliga behörighet i mina ögon som något svårbegripligt. Måhända kan detta förklara varför domstolen, efter mitt förmenande, kommit att tillämpa påståendedoktrinen utanför de gränser som domstolen själv utstakat, nämligen för att avgöra just frågan om skiljeavtalets omfattning; en fråga som enligt domstolen måste avgöras vid behörighetsprövningen och inte prövas medelst påståendedoktrinen.

Frågan om påståendedoktrinen är eller bör vara försedd med ett eller flera undantag har i NJA 2008 s 406 lämnats öppen. Även om det går att argumentera för att doktrinen bör förses med vissa ventiler, bland annat för vissa uppenbarlighets-, sambands- och missbruksfall, får detta spörsmål karaktäriseras som en fortsatt oklar rättsfråga varpå det slutliga svaret är att söka, om inte i stjärnorna, så i den framtida rättstillämpningen.

## 4.2 PÅSTÅENDEDOKTRINEN OCH INVESTERINGSTVISTER

---

Den överordnade ambitionen med förevarande uppsats har varit att söka problematisera Högsta domstolens konkreta tillämpning av den abstrakta prejudikatregel som fastslogs genom NJA 2008 s 406 utifrån den rättsliga kontext som rådde i det ifrågavarande rättsfallet. Som säkerligen framgått är det min övertygelse att Högsta domstolens tillämpning av doktrinen kan och bör sättas ifråga liksom att doktrinen tillämpningsområde i just investeringstvister bör snävas in.

### 4.2.1 NJA 2008 s 406

”Was not the Kyrgyz Republic’s offer to arbitrate, under a reasonable interpretation of the arbitration provisions in the investment law, addressed to ‘foreign investors’ only; and did not that offer, when interpreted correctly, relate to disputes concerning ‘investments’ only? If so, did not Petrobart, when accepting that offer pursuant to the investment law by requesting arbitration, acquire a right to arbitrate disputes concerning ‘investments’ only?”<sup>514</sup>

I det skiljeförfarande som låg till grund för NJA 2008 s 406 invände Republiken mot skiljenämndens behörighet på den grunden att den underliggande ekonomiska aktiviteten inte kvalificerade sig som en investering, att tvisten därför inte var en investeringstvist och att skiljenämnden därför saknade behörighet att uppta denna till sakprövning. Sedan skiljenämnden funnit att investeringskravet inte var uppfyllt och därför avvisat Petrobarts talan på grund av bristande behörighet anförde Petrobart inför domstol att detta var felaktigt ”... av följande skäl, vart och ett tillräckligt för att grunda jurisdiktion:

---

<sup>514</sup> Fohlin (ILO 2008) s 3.



- (a) Vid en korrekt tillämpning av FIL, och med beaktande av innehållet i internationell rätt, skulle skiljenämnden ha funnit sig behörig;
- (b) Genom tillämpning av påståendedoktrinen, som skiljenämnden varit skyldig att tillämpa, skulle skiljenämnden ha funnit sig behörig.”

Petrobart menade således (a) att investeringskravet var uppfyllt – och ägnade mycket utrymme åt att utveckla denna grund – för att i nästa andetag hävda (b) att investeringskravet inte behövde vara uppfyllt. Eftersom Högsta domstolen biföll Petrobart på den andra grunden kan detta naturligtvis inte betecknas som annat än god processföring. För en utomstående betraktare framstår emellertid positioneringen som något märklig eftersom den andra grunden onödiggör den första: varför söka övertyga domstolen om att en processförutsättning är uppfyllt som inte ens behöver vara uppfyllt? En försiktig gissning är att inte ens Petrobart helt och fullt satte tillit till sin andra grund, vilket skulle förklara varför påståendedoktrinen överhuvudtaget inte framfördes som grund för skiljenämndens behörighet vare sig i det underliggande UNCITRAL-förfarandet eller i det parallella SCC-förfarandet. Med tanke på hur ovanligt det är att svenska domstolar undanröjer en meddelad skiljedom är det annars mycket märkligt att Petrobart så att säga sparade detta lilla ess i rockärmen istället för att lägga alla korten på bordet i skiljeförfarandet och därigenom kanske slippa en domstolsprövning med oddsen emot sig.

Som framgått är det min uppfattning att investeringskravet och definitionen av detta utstakar skiljeklausulens liksom det på grundval av denna tillskapade skiljeavtalets omfattning. I samtliga studerade skiljedomar vari skiljesvaranden invänt att investeringskravet inte är uppfyllt har skiljenämnderna också prövat investeringskravet materiellt för att grundlägga behörighet *ratione materiae* och det är som en sådan processförutsättning investeringskravet behandlas både i litteraturen och i ICSID-konventionen. Som sagt var det också på detta sätt som parterna förhöll sig till investeringskravet i det underliggande skiljeförfarandet: ”... on the face of the award, the mutual expectation of the parties seems to be to that effect in the arbitration – though apparently this was not relied on in the subsequent court proceedings.”<sup>515</sup> En högst befogad fråga är därmed om Högsta domstolens dom faktiskt motsvarar dels parternas förväntningar såvitt avser den verkliga innebörden hos och omfattningen av skiljeavtalet och därmed även ramarna för skiljenämndens sakliga behörighet,<sup>516</sup> dels ”... the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.”

Eftersom frågan om skiljeklausulens omfattning av förklarliga skäl inte kan prövas medelst påståendedoktrinen, vilket Högsta domstolen också fastslog, var det enligt min mening *inte* felaktigt av skiljenämnden att avvisa Petrobarts talan sedan den funnit att investeringskravet inte var uppfyllt. Detta då Republikens invändningar avsåg just frågan om skiljeavtalets omfattning.<sup>517</sup> Såsom skiljenämnden mycket riktigt uttalat var “... the crux of the matter in this dispute ... to determine its scope of application.” Huruvida investeringskravet *de facto* var uppfyllt är en helt annan fråga som Högsta domstolen hade kunnat pröva materiellt på samma sätt som hovrätten gjort och vid denna prövning skulle det ha stått domstolen fritt att materiellt bedöma investeringskravet annorlunda än skiljenämnden. Högsta domstolen skulle således ha kunnat undanröja skiljenämndens dom om den efter en materiell prövning funnit att investeringskravet faktiskt var uppfyllt.

<sup>515</sup> Fohlin (ILO 2008) s 2.

<sup>516</sup> Fohlin (ILO 2008) s 2.

<sup>517</sup> Fohlin (ILO 2008) s 2.

Däremot var det enligt min mening felaktigt av Högsta domstolen att undanröja skiljenämndens dom på den grunden att skiljenämnden inte prövat investeringskravet med tillämpning av påståendedoktrinen. I detta lilla men ack så betydelsefulla avseende menar jag således att NJA 2008 s 406 är feldömt. Kanske finns det till och med visst fog för slutsatsen att avgörandet i denna del är mycket feldömt.

NJA 2008 s 406 får, utöver alla ovanstående implikationer, avslutningsvis den intressanta rättsföljden att en skiljeklausul i en investeringslag som till exempel stipulerar att "investment disputes shall be settled by arbitration" till sin omfattning blir lika vid som en klausul som saknar en sådan kvalifikation och blott föreskriver att exempelvis "disputes concerning the investment law shall be settled by arbitration." Att genom investeringslagens ordalydelse söka begränsa vilka typer av tvister med utländska rättssubjekt som värdstaten samtycker till att slita genom skiljeförfarande blir därmed genom NJA 2008 s 406 verkningslöst för det fall svensk rätt utgör *lex arbitri* i förfarandet. Denna följd av Högsta domstolens dom torde med fog kunna betecknas som en nationell egenhet som säkerligen kommer att förvåna och förbrylla många.<sup>518</sup>

#### 4.2.2 En fjärils vingslag

"In conclusion, I emphasise three main points: *First*, as arbitration expands in numerous areas and as economic activities become more diverse and complex, we must increasingly differentiate between types of disputes and users. *Secondly*, whether the development of binding rules through arbitral decisions is desirable or not depends on necessity, namely, the need for certainty and predictability, as well as the need for consistency or equal treatment. Such needs clearly exist in areas where the law is not yet well developed. *Thirdly*, we are at a time when we probably have reached or perhaps passed the peak of globalisation and trade liberalization [...] This is a time when, because of the changing environment, the predictability and consistency of the rule of law are more important than ever. *Finally*, it is important to remember that the credibility of the entire dispute resolution system depends on consistency, because a dispute settlement process that produces unpredictable results will lose the confidence of the users in the long term and defeat its own purpose. These final points lead to the overall conclusion that 'arbitral precedent' is a necessity for certain types of disputes, if not only for the sake of the rule of law."<sup>519</sup>

Sammanfattningsvis vill jag här i uppsatsens sista avsnitt framhålla tre centrala iakttagelser.

*För det första:* Mellan Investment Arbitration och Commercial Arbitration föreligger betydande diskrepanser och det är därför nödvändigt att inom ramen för rättstillämpningen göra åtskillnad mellan dessa olika typer av skiljeförfaranden. Såväl nationella som internationella kommersiella skiljeförfaranden har alltsomoftast sin grund i ett av skiljeavtal omfattat och omtvistat huvudavtal. Parterna står således i ett kontraktsförhållande till varandra och kâranden äger påkalla skiljeförfarande mot svaranden därför att parterna har kommit överens om detta – att tvister som härflyter ur deras rättsförhållande skall överlämnas till skiljenämnd för prövning. Möjligheten att påkalla skiljeförfarande står sålunda öppen för båda parterna och rollerna i skiljeförfarandet är därmed inte på förhand givna; båda parterna i rättsförhållandet kan komma att agera i båda rollerna i skiljeförfarandet. "This is the arbitration world as we know it today. [...] But explorers have set to discover a new territory of international arbitration. They have already landed on a few islands, and they have prepared maps showing a vast continent beyond."<sup>520</sup>

<sup>518</sup> Fohlin (ILO 2008) s 2.

<sup>519</sup> Kaufmann-Kohler (Arb Int'l 2007) s 378. Kursiverat här.

<sup>520</sup> Paulsson (ICSID Rev FILJ 1995) s 232.

Kartan till denna nya värld – Investment Arbitration – står att finna i främmande investeringslagar liksom i bi- och multilaterala investeringsavtal. Världen vid vägs ände vartill dessa kartor för oss är en värld i vilken det överhuvudtaget inte föreligger ett rättsförhållande mellan skiljekäranden och skiljesvaranden: "arbitration without privity".<sup>521</sup>

Mellan investeraren och värdstaten föreligger det inte något materiellt förpliktigande huvudavtal och de har inte heller slutit något traditionellt skiljeavtal. Detta till trots är det, genom innovativa rättsliga lösningar, möjligt för investeraren att påkalla skiljeförfarande direkt mot värdstaten. I detta skiljeförfarande är dock rollfördelningen på förhand given och skriven i sten; investeraren har möjlighet att påkalla skiljeförfarande mot värdstaten medan värdstaten saknar möjlighet att påkalla skiljeförfarande mot investeraren.<sup>522</sup> Skiljeklausulerna som återfinns i de ifrågavarande rättsakterna – statens stående anbud att underkasta sig skiljeförfarande – är således ensidigt förpliktigande: "... an investor may wait until a dispute has arisen to announce its intention to avail itself of the arbitral mechanism – which until that moment is compulsory only as to the State."<sup>523</sup>

Medan kommersiella tvister mellan privaträttsliga rättssubjekt slitits genom skiljeförfarande alltsedan urminnes tider – skiljeförfarandet som tvistlösningsform är som bekant äldre än domstolsförfarandet<sup>524</sup> – utgör Investment Arbitration en nymodighet på den internationella tvistlösningskartan. Genom denna tvistlösningsmekanism har privaträttsliga rättssubjekt – såväl företag som enskilda individer – möjlighet att påkalla skiljeförfarande direkt mot en suverän stat utan att ens stå i ett kontraktsförhållande till denna och därvid åberopa sig direkt på internationell rätt.<sup>525</sup> Emedan tvisten vanligtvis rör statens dispositioner i sin suveräna egenskap kommer skiljenämnderna vid sin prövning att utöva en form av "administrative review of governmental acts."<sup>526</sup> Klart är således att Investment Arbitration "... is dramatically different from anything previously known in the international sphere. It could presage an epochal extension of compulsory arbitral jurisdiction over States, at the behest of private litigants who wish to rely on governmental undertakings even though they have not contracted a forum."<sup>527</sup>

*För det andra:* Förvisso har investeringsrätten som rättsområde expanderat avsevärt och tilldragit sig mycket akademiskt intresse, men dess tvistlösningsmekanism – Investment Arbitration – utgör likväl "... very much a child of public international law dispute settlement where the law is scarce and where the line between 'finding' and 'making' the law is frequently blurred."<sup>528</sup> Ju mer utvecklade ett rättsområde är desto större roll och ansvar får rättstillämparen vid utvecklingen av detsamma. Emedan investeringsrätten alltjämt befinner sig i sin linda tillskapas således många principer inom ramen för rättstillämpningen. Att denna är konsekvent så att det därigenom skapas förutsebarhet är därför särskilt betydelsefullt för utvecklingen av det aktuella rättsområdet.<sup>529</sup>

<sup>521</sup> Paulsson (ICSID Rev FILJ 1995) s 232 ff.

<sup>522</sup> Paulsson (ICSID Rev FILJ 1995) s 232.

<sup>523</sup> Paulsson (ICSID Rev FILJ 1995) s 234.

<sup>524</sup> För en synnerligen välskriven och intressant redogörelse för skiljeförfarandets historik, se Madsen (2007) s 9 ff.

<sup>525</sup> Lauterpacht i Schreuer (2001) s xi. Se även Salacuse (2004) s 69: "Granting a private party the right to bring an action in an international tribunal against a sovereign state with respect to an investment is a revolutionary innovation that would now seem to be taken for granted."

<sup>526</sup> Reinisch (2008) s 3.

<sup>527</sup> Paulsson (ICSID Rev FILJ 1995) s 256.

<sup>528</sup> Reinisch (2008) s 3.

<sup>529</sup> Jfr Kaufmann-Khohler (2008) s 145: "Obviously, investment Arbitration is in its early stages of development and thus requires consistency."

*"To put it simply, rule creation through dispute settlement depends on the need for predictability. When arbitrators apply a national law in commercial arbitration, that law is sufficiently developed to be predictable, and the arbitrators' role does not involve developing rules belonging to this national law. This is the role of the national legislators. When arbitrators apply a body of rules that is less developed and is still in the process of being formed, their role with respect to the establishment of predictable rules is much more important."*<sup>530</sup>

Alltsedan den senare hälften av 1970-talet har Sverige i ökad utsträckning valts som forum för skiljeförfaranden mellan utländska parter i internationella kommersiella avtal, oftast i enlighet med SCC-RoA eller med angivande av SCC som "appointing authority".<sup>531</sup> Denna – för Sverige som skiljedomsnation välkomna – praxis har numera vunnit utbredning också inom investeringsrätten.<sup>532</sup> Detta förhållande medför att SCC och svenska domstolar "... are playing a central role in this law-making process."<sup>533</sup>

*För det tredje:* Investeringsrättens syfte är att skapa gynnsamma förhållanden för utländska investerare att investera i länder i störst behov av utländsk kapital, förhoppningsvis till gagn för människor med de mest akuta behoven av ekonomisk utveckling. För att möjliggöra detta får värdstaten dock betala ett högt pris – statsuveräniteten erbjuder inte längre ett verksamt skydd gentemot privata rättssubjekt med anspråk i hundramiljonersklassen. Detta förhållande medför att systemet som sådant är ytterst känsligt och behovet av förutsebarhet och likabehandling särskilt påtagligt.

*"Future prospects for this development in international arbitration may depend on whether national governments ... take fright and reverse their tracks. That will in turn depend on the degree of sophistication shown by arbitrators when called upon to pass judgement on governmental actions. Arbitration without privity is a delicate mechanism. A single incident of an adventurist arbitrator going beyond the proper scope of his jurisdiction in a sensitive case may be sufficient to generate a backlash."*<sup>534</sup>

Det sagda gäller naturligtvis även eller kanske ännu hellre nationella domstolar som betrotts med uppgiften att överpröva skiljenämnders beslut i fundamentala frågor, däribland den grundläggande frågan om hur ramarna för och prövningen av skiljenämndens behörighet skall hanteras.

*Avslutningsvis:* Trots att Investment Arbitration skiljer sig högst påtagligt från Commercial Arbitration fastslog Högsta domstolen i NJA 2008 s 406 att påståendedoktrinen skulle tillämpas på "samma sätt" oavsett om skiljeförfarandet grundades på lag eller om det grundades på avtal och detta tydligen obeaktat tvistens föremål såväl som karaktären hos parterna däri. Istället för att, som Kaufmann-Kohler förespråkade, söka "... differentiate between types of disputes and users"<sup>535</sup> formulerade följaktligen Högsta domstolen en allmängiltig rättsprincip för alla tänkbara typer av skiljeförfaranden. Detta breda angreppssätt kan möjligen förklara varför

<sup>530</sup> Kaufmann-Kohler (Arb Int'l 2008) s 375. Se även Kaufmann-Kohler (2008) s 145.

<sup>531</sup> Kvant & Olsson (2007) s 26.

<sup>532</sup> Det är visserligen svårt att uppskatta hur många investeringslagar och bilaterala investeringsavtal som i sina skiljeklausuler utpekar SCC som skiljedomsinstitut och Sverige som platsen för förfarandet, men klart är att detta är förhållandevis vanligt. Att det multilaterala fördraget ECT i dess artikel 26 anvisar skiljeförfarande under SCC som ett möjligt tvistlösningsalternativ kommer naturligtvis att öka måltillströmningen till institutet ytterligare. Härutöver förekommer det ett okänt men troligen relativt stort antal *ad hoc*-förfaranden i investeringstvister vari skiljenämnderna har sitt situs i Stockholm. Se Rubins & Hory (SIAR 2005:1) s 50.

<sup>533</sup> Rubins & Hory (SIAR 2005:1) s 50.

<sup>534</sup> Paulsson (ICSID Rev FILJ 1995) s 257.

<sup>535</sup> Kaufmann-Kohler (Arb Int'l 2007) s 378.

domstolen å ena sidan kom att formulera en abstrakt prejudikatregel som framstår som väl avpassad för traditionella konventionella kommersiella skiljeförfaranden, medan domstolen vid den konkreta tillämpningen av regeln å andra sidan kom att förbise det aktuella rättsområdets särskilda särdrag. Det sistnämnda förhållandet – att avgörandet saknar förankring i sin rättsliga kontext – medförde att Högsta domstolen, när den prövade investeringskravet med tillämpning av påståendedoktrinen, enligt min mening dels tillämpade doktrinen utanför det tillämpningsområde som domstolen själv utpekat, närmare bestämt för att pröva frågan om skiljeavtalets omfattning, dels hanterade investeringskravet på ett sätt som med fog kan sägas avvika från etablerad internationell praxis. Enligt min mening är det Högsta domstolens uttalande – att det var felaktigt av skiljenämnden att avvisa skiljekärandens talan på den grunden att investeringskravet inte var uppfyllt – som är felaktigt, inte att skiljenämnden avvisade skiljekärandens talan sedan den funnit att investeringskravet inte var uppfyllt. Tillämpningsområdet för påståendedoktrinen i investeringstvister bör därför enligt min mening snävas in så att investeringskravet framgent kan underkastas en enhetlig prövning.

Ehuru den abstrakta prejudikatregel som Högsta domstolen ställt upp i NJA 2008 s 406 manar till efterföljd kan således domstolens konkreta tillämpning av densamma på omständigheterna i det aktuella rättsfallet efter mitt förmenande starkt ifrågasättas. Enligt min mening kan Högsta domstolens tillämpning av påståendedoktrinen inte betecknas som någonting annat än en "national peculiarity". Det är således min ofrånkomliga slutsats att Högsta domstolen dömt fel och att NJA 2008 s 406 därför får betecknas som ett olycksfall i arbetet; i kontrast till det numera ökända Titan-målet är dock NJA 2008 s 406 ett alltför skiljedoms*vänligt* olycksfall. I den ifrågavarande kontexten är detta emellertid nog så olyckligt.

Investment Arbitration är en ömtålig tvistlösningsmekanism i vilken stora värden – ekonomiska såväl som politiska och humanitära – står på spel. Det är likaså ett system under utveckling där skiljelinjen mellan att finna rätt och att skapa rätt är både hårfin och svårdragen. Dessa båda omständigheter gör samfällt behovet av en enhetlig rättstillämpning särskilt påtagligt. Trots att varken skiljenämnder eller nationella domstolar kan sägas ha någon juridisk skyldighet att söka ansluta till den *de facto* prejudikatbildning som föreligger inom Investment Arbitration talar således starka ändamålsskäl för att dessa såvitt möjligt bör "... follow precedents so as to foster a normative environment that is predictable."<sup>536</sup> Om så ej sker – om investeringsrätten, för att låna Matthew Kramers ord, förvandlas till ett "higgledy-piggledy array of contrary signals"<sup>537</sup> – riskerar nämligen hela systemet att rämna: "... a dispute settlement process that produces unpredictable results will lose the confidence of the users in the long term and defeat its own purpose."<sup>538</sup> Annorlunda uttryckt: En fjärils vingslag i Stockholm *kan* utlösa en storm i tredje världen.

<sup>536</sup> Kaufmann-Kohler (Arb Int'l 2007) s 374.

<sup>537</sup> Kramer (1999) i Kaufmann-Kohler (Arb Int'l 2007) s 374 not 101.

<sup>538</sup> Kaufmann-Kohler (Arb Int'l 2007) s 378.

# KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

“Kort sagt, vår junker fördjupade sig så pass i sin läsning att han därmed tillbragte hela dygnet, så att hans hjärna genom för lite sovande och för mycket läsande förtorkades och han miste vettet.”

- Miguel de Cervantes, *Don Quijote* -

## OFFENTLIGT TRYCK

---

### Propositioner

Prop 1995/96:68	<i>Energistadgefördraget</i>
Prop 1998/99:35	<i>Ny lag om skiljeförfarande</i>
Prop 2001/02:107	<i>Lag om grupprättegång</i>

### Statens offentliga utredningar

SOU 1994:81	<i>Ny lag om skiljeförfarande – Delbetänkande av Skiljedomsutredningen</i>
SOU 1995:65	<i>Näringslivets tvistlösning – Slutbetänkande av Skiljedomsutredningen</i>

## LITTERATUR

---

Agell, Anders, *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*. I: Håstad, Torgny & Frändberg, Åke [red], *Festskrift till Stig Strömholm*, del 1, Iustus, 1997, s 35-62. Cit: Agell (1997).

Asp, Petter, *Om relationalistisk metod - eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap*. I: Asp, Petter & Nuotio, Kimmo, *Konsten att rättsvetenskapliga – Den tysta kunskapen i juridisk forskning*, Iustus Förlag, 2004, s 47-68. Cit: Asp (2004).

Bagner, Hans, *Olycksfall i arbetet – ICC-skiljedom avvisad av Svea hovrätt*, ICC Business World, ICC-nytt 2005:3, s 6. Cit: Bagner (ICC-nytt 2005).

Baker, James C, *Foreign Direct Investment in Less Developed Countries – The Role of ICSID and MIGA*, Quorum Books, 1999. Cit: Baker (1999).

Bergholtz, Gunnar, *Rune Lavin v Aleksander Peczenik*. I: Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Bergholtz, Gunnar [red], *Justice, morality and society – A tribute to Aleksander Peczenik on the occasion of his 60th birthday*, Juristförlaget, 1997, s 69-78. Cit: Bergholtz (1997).

Berglund, Hadar, *Om skiljeavtal och skiljedom: bidrag till läran om skiljeavtalets och den därpå grundade skiljedomens processuella verkningar enligt svensk rätt*, A & W, 1920. Cit: Berglund (1920).

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Nerep-Warling, Wiweka, Victorin, Anders, Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder* [6e uppl], Norstedts Juridik, 2000. Cit: Bernitz m fl (2000).

Bishop, Doak R, Crawford, James & Reisman, Michael W, *Foreign Investment Disputes – Cases, Materials & Commentary*, Kluwer Law International, 2005. Cit: Bishop, Crawford & Reisman (2005).

Bolding, Per Olof, *Skiljedom – Studier i rättspraxis beträffande svensk skiljedoms giltighet och verkställbarhet*, P A Norstedt & söners förlag, 1962. Cit: Bolding (1962).

Born, Gary B, *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials* [2nd ed], Kluwer Law International, 2001. Cit: Born (2001).

Born, Gary B, *International Arbitration and Forum Selection Agreements – Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, 1999. Cit: Born (1999).

Born, Gary B, *International Commercial Arbitration In the United States – Commentary and Materials*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994. Cit: Born (1994).

Broches, Aron, *Selected essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Kluwer Academic Publishers, 1995. Cit: Broches (1995).

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law* [6th ed], Oxford University Press, 2003. Cit: Brownlie (2003).

Bylund, Leif, *Bör processhindren avskaffas?*, Svensk Juristtidning 1975, s 334-379. Cit: Bylund (SvJT 1975).

Böckstiegel, Karl-Heinz, *Enterprise v State: the New David and Goliath?*, Arbitration International, Vol 23, No 1, 2007, s 93-104. Cit: Böckstiegel (Arb Int'l 2007).

Cars, Thorsten, *Lagen om skiljeförfarande – En kommentar* [2a uppl], Faktas Digitala Kommentarer, 2000. Cit: Cars (2000).

Coe, Jack J Jr, *Domestic Court Control of Investment Awards: Necessary Evil or Achilles Heel Within NAFTA and the Proposed FTAA?*, Journal of International Arbitration, 19(3) 2002, s 185-207. Cit: Coe (J Int'l Arb 2002).

Commission, Jeffery, *Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*, Journal of International Arbitration, 24(2) 2007, s 129-158. Cit: Commission (J Int'l Arb 2007).

Coulson, Robert, *Will the Growth of Alternative Dispute Resolution (ADR) in America Be Replicated i Europe?*, Journal of International Arbitration, 9(3) 2002, s 39-43. Cit: Coulson (J Int'l Arb 1992).

Cremades, Bernardo & Cairns, David, *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes. I: Horn, Norbert* [ed], Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural And Substantive Legal Aspects, Kluwer Law International, 2004, s 325-354. Cit: Cremades & Cairns (2004).

Cremades, Bernardo, *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in investment-Protection Treaties*. I: Briner, Robert, Fortier, Yves, Berger, Klaus Peter och Bredow, Jens, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Carl Heymanns Verlag, 2001, s 149-164. Cit: Cremades (2001).

Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, *Rättegång I* [8e uppl], Norstedts Juridik, 2002. Cit: Ekelöf I.

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång II* [8e uppl], Norstedts Juridik, 1996. Cit: Ekelöf II.

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång IV* [6e uppl], Norstedts Juridik, 1992. Cit: Ekelöf IV.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Boman, Robert, *Rättegång V* [7e uppl], 1998. Cit: Ekelöf V.

Ekelöf, Per Olof, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper: några problem inom den allmänna processrättsläran*, Norstedt, 1956. Cit: Ekelöf (1956).

Forssell, Hans & Wallin, Martin, *Skiljeförfarande eller domstolsförfarande? Kommentar till en rättsfallsanalys*. Juridisk Tidskrift, Nr 4 2007/08, s 943-946. Cit: Wallin & Forssell (JT 2007/08).

Fouchard, Gaillard & Goldman, *On International Commercial Arbitration*, edited by Gaillard, Emmanuel & Savage, John, Kluwer Law International, 1999. Cit Fouchard, Gaillard & Goldman (1999).

Gärde, Nathanael med fler, *Nya rättegångsbalken*, Faksimilupplaga, Fritzes, 1994. Cit: Gärde m fl (1994).

Hamida, Walid, Ben, *Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control – Ad Hoc Committee’s Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, *Journal of International Arbitration* 24(3), 2007, s 287-306. Cit: Hamida (J Int’l Arb 2007).

Hassler, Åke, *Skiljeförfarande*, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, 1966. Cit: Hassler (1966).

Hassler, Åke, *Svensk civilprocessrätt – En lärobok*, Nordisk Bokhandel, 1963. Cit: Hassler (1963).

Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, 2001. Cit: Hellner (2001).

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt* [7e uppl], Norstedts Juridik, 2006. Cit: Hellner & Radetzki (2006).

Heuman, Lars, *Bör reglerna om grupptalan ändras?*, Juridisk Tidskrift, Nr 4 2007/08, s 829-842. Cit: Heuman (JT 2007/08).

Heuman, Lars, *Specialprocess – Utsökning och konkurs*, Norstedts juridik, 2007. Cit: Heuman (2007).



Heuman, Lars, *Prejudikattolkning av kortfattade domar och betalning som eftergift*, Juridisk Tidskrift, Nr 3 2006/07, s 592-617. Cit Heuman (JT 2006/07).

Heuman, Lars, *Skiljemannarätt*, Norstedts Juridik, 1999. Cit: Heuman (1999).

Heuman, Lars, *Current Issues in Swedish Arbitration*, Juristförlaget/Deventer/Kluwer, 1990. Cit: Heuman (1990).

Heuman, Lars & Westberg, Peter, *Argumentationsformer inom processrätten: En studiebok*, Juristförlaget, 1995. Cit: Heuman & Westberg (1995).

Hirsch, Moshe, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Kluwer Academic Publishers, 1993. Cit: Hirsch (1993).

Horn, Norbert, *Current Use of the UNCITRAL Arbitration Rules in the Context of Investment Arbitration*, Arbitration International, Vol 24, No 4, 2008, s 587-601. Cit Horn (Arb Int'l 2008).

Horn, Norbert, *Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and means*. I: Horn, Norbert [ed], *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural And Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004, s 3-32. Cit: Horn (2004).

Hunter, Robert, *Anticipating Trends in Dispute Resolution*. I: Zylva, Martin Obams de & Harrison, Reziya [eds], *International Commercial Arbitration - Developing Rules for the New Millennium*, Jordan Publishing, 2000, s 4-29. Cit: Hunter (2000).

Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, 2002. Cit: Hydén (2002).

Igbokwe, Virtus, Chitoo, *Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations*, Journal of International Arbitration, 23(4), 2006, s 267-299. Cit: Igbokwe (J Int'l Arb 2006).

Jarvin, Sigvard & Dorgan, Carroll S, *Are Foreign Parties Still Welcome In Stockholm? – The Svea Court's Decision in Titan Corporation v Alcatel CIT SA Raises Doubts*, Mealey's International Arbitration Report, Vol 20, Nr 7, 2005, s 42-48. Cit: Jarvin & Dorgan (Mealey's Int'l Arb Rep 2005).

Kallenberg, Ernst, *Svensk civilprocessrätt I*, Avd I-III [2a uppl], 1923. Cit Kallenberg (1923).

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, *Is Consistency a Myth?*. I: Emmanuel, Gaillard & Banifatemi, Yas [eds], *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, 2008, s 137-148. Cit: Kaufmann-Kohler (2008).

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, Arbitration International, Vol 23, No 3, 2007, s 357-378. Cit: Kaufmann-Kohler (Arb Int'l 2007).

Knutsson, Anders, *Om särskilda yttranden i HD*. I: Festskrift till Bertil Bengtsson, Nerenius & Santérus, 1993, s 271-284. Cit Knutsson (1993).

Kreindler, Richard H, *Perspectives on State Party Arbitration: The Future of BITs – The practitioners' perspective*, Arbitration International, Vol 23, 2007, s 43-62. Cit: Kreindler (Arb Int'l 2007).

Kvart, Johan & Olsson, Bengt, *Tvistlösning genom skiljeförfarande*, Norstedt Juridik, 1999. Cit: Kvart & Olsson (1999).

Kvart, Johan & Olsson, Bengt, *Tvistlösning genom skiljeförfarande* [2:a uppl], Norstedt Juridik, 1999. Cit: Kvart & Olsson (2007).

Laird, Ian, *A Distinction Without a Difference? An examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in Salini v Jordan and Methanex v USA*. I: Weiler, Todd [ed], *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSIF, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*, Cameron May, 2005, s 201-222. Cit: Laird (2005).

Larsson, Sven, *Fullgörelsetalan*. I: Hessler, Henrik, Festskrift till Per Olof Ekelöf, Norstedt, 1972, s 462-484. Cit: Larsson (1972).

Lavin, Rune, *Om förvaltningsrättslig forskning – en replik*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, Nr 3, 1990, s 71-74. Cit: Lavin (FT 1990)

Lavin, Rune, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, Nr 3, 1989, s 115-129. Cit: Lavin (FT 1989)

Legum, Barton, *Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?*, Arbitration International, Vol 22, No 4, 2006, s 521-526. Cit: Legum (Arb Int'l 2006).

Lind, Johan, *Rättsfallsanalyser – recension eller analys?*, Juridisk Tidskrift, Nr 1 1995/96, s 232-240. Cit: Lind (JT 1995/96).

Lindblom, Per Henrik, *Sena uppsatser – Om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen*, Norstedts Juridik, 2006. Cit: Lindblom (2006).

Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess – Om domstolarnas roll, forum, kumulation, intresseavvägning, officialprövning, taleformer, talerätt, åberopsrätt, bevisning, förenklad skadeståndsberäkning och rättskraft vid civilprocessuell domstolstalan i miljömål*, Del 1, Iustus, 2001. Cit: Lindblom (2001).

Lindblom, Per Henrik, *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*, Iustus, 2000. Cit: Lindblom (2000).

Lindblom, Per Henrik, *Studier i processrätt*, Norstedts Juridik, 1993. Cit: Lindblom (1993).

Lindblom, Per Henrik, *Processhinder*, 1974. Cit: Lindblom (1974).

Lindblom, Per Henrik & Rylander, Stefan, *Att skriva uppsats – Råd och anvisningar för uppsatsarbete i jurist- och socionomutbildningen*, Iustus, 1979. Cit Lindblom & Rylander (1979).

Lindell, Bengt, *Civilprocessen* [2a uppl], Iustus, 2003. Cit: Lindell (2003).

Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande – En kommentar*, Norstedt Juridik, 2005. Cit: Lindskog (2005).

Lindskog, Stefan, *Högsta domstolen och den kommersiella rätten*, Juridisk Tidskrift, Nr 1 2002/03, s 68-81. Cit: Lindskog (JT 2002/03).

Lindskog, Stefan, *NJA 1997 s 418 – Lagstiftarens intentionsdjup som lagtolkningsfaktor*, Juridisk Tidskrift, Nr 1 2001/02, s 217-221. Cit: Lindskog (JT 2001/02).

Madsen, Finn, *Commercial Arbitration in Sweden – A Commentary on the Arbitration Act (1999:116) and the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, Oxford University Press, 2007. Cit: Madsen (2007).

Madsen, Finn, *Skiljeförfarande i Sverige – En kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut*, Jure Förlag AB, 2005. Cit: Madsen (2005).

Magnusson, Anette, *Prima Facie Decisions on Jurisdiction*, Stockholm Arbitration Report, 2000:2, Ref No 25, s 1-11. Cit: Magnusson (SAR 2000:2)

Magnusson, Anette, & Larsson & Hanna, *Recent Practice of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – Prima Facie Decisions on Jurisdiction and Challenges of Arbitrators*, Stockholm Arbitration Report, 2004:2, s 47-84. Cit: Magnusson & Larsson (SAR 2004:2).

Magnusson, Anette & Shaughnessy, Patricia, *Nya regler för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut*, Juridisk Tidskrift, Nr 4 2006/07, s 912-933. Cit Magnusson & Shaughnessy (JT 2006/07).

Meesen, Karl, *State Immunity in the Arbitral Process*. I: Norbert [ed], *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural And Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004, s 387-398. Cit: Meesen (2004).

Nathan, KVSJ, *ICSID Convention – The Law of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Juris Publishing, 2000. Cit: Nathan (2000).

Nordh, Roberth, *Rättegångshinder – Om forum, talerätt, åtalsrätt mm*, Iustus, 2008. Cit: Nordh (2008).

Obadia, Eloïse, *ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues*, News from ICSID, Vol 18, No 2, 2001, s 14-18. Cit: Obadia (2001).

Olsson, Katarina, *Vila vid denna källa*. I: Asp, Petter & Nuotio, Kimmo, *Konsten att rättsvetenskap – Den tysta kunskapen i juridisk forskning*, Iustus Förlag, 2004, s 203-222. Cit: Olsson (2004).

Palmlund, Monica Steifert, *Skiljeavtalets räckvidd i sammansatta rättsförhållanden*, Juridisk Tidskrift, Nr 2 2005/06, s 432-444. Cit: Palmlund (JT 2005/06).

Park, William W, *International Forum Selection*, Kluwer Law International, 1995. Cit: Park (1995).

Paulsson, Jan, *Jurisdiction and Admissibility*. I: Aksen, Gerald, Böckstiegel, Karl-Heinz, Mustill, Michael J, Patocchi, Paolo Michele, Whitesell, Anne Marie [eds], *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publications, 2005, s 601-617. Cit: Paulsson (2005).

Paulsson, Jan, *Arbitration without Privity*, 10 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 1995, s 232-257. Cit: Paulsson (ICSID Rev FILJ 1995).

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? – Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, 1995. Cit: Peczenik (1995).

Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 1990, s 41-52. Cit: Peczenik (FT 1990).

Petrochilos, Georgios & Rubins, Noah, *Final Arbitral Award Rendered in 2005 in SCC Case 126/203 Petrobart Ltd v The Kyrgyz Republic – Observations by Georgios Petrochilos & Noah Rubins*, Stockholm International Arbitration Review, 2005:3, s 45-128. Cit: Petrochilos & Rubins (SIAR 2005:3).

Pietro, Domenico di & Platte, Martin, *Enforcement of International Arbitration Awards – The New York Convention of 1958*, Cameron May, 2001. Cit: Pietro & Platte (2001).

Poulain, Bruno, *Petrobart vs The Kyrgyz Republic – a few reservations regarding the Tribunal's constructions of the material, temporal and spatial application of the Treaty*, Transnational Dispute Management Volume 2, Issue 05, November 2005. Cit: Poulain (Transnat'l Disp Mgmt 2005).

Poudret, Jean-Francois & Besson, Sébastien, *Comparative Law of International Commercial Arbitration* [2nd ed], Sweet & Maxell, 2007. Cit: Poudret & Besson (2007).

Pålsson, Lennart, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna. Domstols behörighet samt erkännande och verkställighet av domar i privaträttsliga ämnen inom EU/EFTA-området*, Norstedts Juridik, 2008. Cit: Pålsson (2008).

Pålsson, Lennart, *Dubbelrelevanta rättsfakta vid prövning av domstols behörighet*, Svensk Juristtidning, 1999, s 315-329. Cit: Pålsson (SvJT 1999).

Pålsson, Lennart, *The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions: The Forum Solutionis*. I: Andersen, Lennart, Fejø, Nielsen, Ruth, Festschrift til Ole Lando, GadJura, 1997, s 259-282. Cit: Pålsson (1997).

Ramberg, Christina, *Erfarenheter – som kan vara till nytta för doktorander i juridik*, Jure, 2003 Cit: Ramberg (2003).

Ramberg, Jan, *Affärstvister och konfliktlösning*, Industrilitteratur, 2006. Cit: Ramberg (2006).

Ramberg, Jan, *International Commercial Transactions*, Norstedts Juridik, 2004. Cit: Ramberg (2004).

Reed, Lucy, Paulsson, Jan & Blackaby, Nigel, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2004. Cit: Reed, Paulsson & Blackaby (2004).

Redfern, Alan & Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* [4th ed, student ver], Sweet & Maxwell, 2004. Cit: Redfern & Hunter (2004).

Reldén, Anders & Nilsson, Mattias Nilsson, *Forumshopping, behörighetstvister och parallella processer - Om skiljeavtal med undantagsklausuler – särskilt i entreprenadavtal*, Juridisk Tidskrift Nr 3 2007/08, s 733-752. Cit: Reldén & Nilsson (JT 2007/08).

Reldén, Anders & Nilsson, Mattias, *Olycksfall i arbetet eller en skiljedomsvänlig praxis? – En kommentar om svensk domsrätt vid klander av skiljedom*, Juridisk Tidskrift, Nr 4 2005/06, s 913-931. Cit: Reldén & Nilsson (JT 2005/06).

Reinisch, August, *The Role of Precedent in ICSID Arbitration*. I: Austrian Arbitration Yearbook 2008 (forthcoming), tillgänglig på: [https://typo3.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Personal/Publikationen\\_Reinisch/role\\_precedents\\_icsid\\_arbitrationaayb\\_2008.pdf](https://typo3.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Personal/Publikationen_Reinisch/role_precedents_icsid_arbitrationaayb_2008.pdf), senast besökt 2009-05-05. Cit: Reinisch (2008).

Roos, Carl Martin, *Förlikningsgapet – om rättsekonomi och processrätt*, Juridisk Tidskrift, Nr 3 1994/95, s 476-498. Cit: Roos (JT 1994/95).

Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed – en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Nyt nordisk forlag Arnold Busck, 1953. Cit: Ross (1953).

Rubins, Noah, *The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration*. I: Horn, Norbert [ed], *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural And Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004, s 283-324. Cit: Rubins (2004).

Rubins, Noah, *The Evolution of Investment Arbitration in the US FTAs with Singapore and Chile*, Transnational Dispute Management, Volume 1, Issue 03, July 2004. Cit: Rubins (Transnat'l Disp Mgmt 2004).

Rubins, Noah & Hory, Alexandre, *Investment Arbitration Introduction*, Stockholm International Arbitration Review, 2005:1, s 49-52. Cit: Rubins & Hory (SIAR 2005:1).

Runesson, Eric M, *Licensavtalet, skiljeavtalet och immaterialrätten*, Juridisk Tidskrift Nr 3 2002/03, s 673-693. Cit: Runesson (JT 2002/03).

Runesson, Eric M och Arvmyren, Simon, *Global Arbitration Review*, The International Journal of Public and Private Arbitration, The European & Middle Eastern Arbitration Review 2009, Section 2: Country Chapters, Sweden, tillgänglig på <http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/14/sections/54/chapters/531/sweden>, senast besökt 2009-04-21. Cit Runesson & Arvmyren (Global Arb Rev 2009).

Salacuse, Jeswald, *Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain*. I: Horn, Norbert [ed], *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural And Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004, s 51-87. Cit: Salacuse (2004).

Sanders, Pieter, *The History of the New York Convention*. I: Berg, Albert Jan van den [ed], *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, International Council for Commercial Arbitration, Congress Series No 9, Kluwer Law International, 1999, s 11-14. Cit: Sanders (1999).

Schreuer, Christoph & Weiniger, Matthew, *Conversations Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration?*. I: Muchlinski, Peter, Ortino, Federico & Christoph Schreuer [eds], *The Oxford Handbook on International Investment Law*, Oxford University Press, 2008. Även publicerad i *Transnational Dispute Management*, Volume 5, Issue 03, May 2008. Cit Schreuer & Weiniger (2008).

Schreuer, Christoph, *Preliminary Rulings in Investment Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, Volume 5, Issue 03, May 2008. Cit: Schreuer (Transnat'l Disp Mgmt 2008).

Schreuer, Christoph, *Consent to Arbitration*, *Transnational Dispute Management*, Volume 2, Issue 05, November 2005 (updated February 27 2007). Cit Schreuer (Transnat'l Disp Mgmt 2007).

Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, 2001. Cit: Schreuer (2001).

Schöldström, Patrik, *Skiljeförfarande eller domstolsförfarande? Replik till en kommentar*, Juridisk Tidskrift, Nr 3 2008/09, s 689-691. Cit: Schöldström (JT Nr 3 2008/09).

Schöldström, Patrik, *Påståendedoktrinen och skiljeförfarande*, Juridisk Tidskrift, Nr 1 2008/09, s 138-142. Cit: Schöldström (JT 2008/09).

Schöldström, Patrik, *Skiljeklausul som rättegångshinder för olika rättsliga grunder*, Juridisk Tidskrift, Nr 2 2007/08, s 467-474. Cit: Schöldström (JT 2007/08).

Schöldström, Patrik, *Kärandens påstående som grund för domstols behörighet*. I: Nilsson, Mattias [red], *Till minnet av Södra Roslags tingsrätt – En minnesskrift utgiven av Notarieföreningen vid Södra Roslags tingsrätt*, Jure Förlag, 2007, s 172-186. Cit: Schöldström (2007).

Shaughnessy, Patricia, *The Right of the Parties to Determine the Place of an International Commercial Arbitration*, *Stockholm International Arbitration Review*, 2005:2, s 264-274. Cit: Shaughnessy (SIAR 2005:2).

Shihata, Ibrahim F I, *Legal Treatment of Foreign Investment: "the World Bank Guidelines"*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993. Cit: Shihata (1993).

Smutny, Abby Cohen, *Arbitration before the International Centre for Settlement of Investment disputes*, *Transnational Dispute Management*, Volume I, Issue 1, February 2004. Cit: Smutny (Transnat'l Disp Mgmt 2004).

Sornarajah, M, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000. Cit: Sornarajah (2000).

Spiermann, Olle, *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, *Arbitration International*, Vol 20, No 2, 2004, s 179-211. Cit: Spiermann (Arb Int'l 2004).

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning – En lärobok i allmän rättslära*, Norstedts juridik, 1996. Cit: Strömholm (1996).

Sutton, Stephen, *Emilio Augustin Maffezini v Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power*, *Arbitration International*, Vol 21, No 1, 2005, s 113-126. Cit: Sutton (Arb Int'l 2005).

Sutton, John, Kendall, John & Gill, Judith, *Russel on Arbitration* [21th ed], Sweet & Maxwell, 1997. Cit: Sutton, Kendall & Gill (1997).

Turinov, Anna, *"Investment" and "Investor" in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction*, *Journal of International Arbitration*, 26(1), 2009, s 1-23. Cit: Turiov (J Int'l Arb 2009).

Tweeddale, Andrew & Tweeddale, Keren, *Arbitration of Commercial Disputes – International and English Law and Practice*, Oxford University Press, 2005. Cit: Tweeddale & Tweeddale (2005).

Töllborg, Dennis, *Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken*, *Juridisk Tidskrift*, Nr 2 1995/96, s 354-365. Cit: Töllborg (JT 1995/96).

Welamson, Lars, *Anm av Bolding, Per Olof, Skiljedom – Studier i rättspraxis beträffande svensk skiljedoms giltighet och verkställbarhet*, *Svensk Juristtidning*, 1964, s 278 ff. Cit: Welamson (SvJT 1964).

Wennberg, Suzanne, *Vett och etikett i fråga om rättsfallsanalyser*, Juridisk Tidskrift, Nr 3 1995/96, s 983-986. Cit: Wennberg (JT 1995/96).

Westberg, Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats*. I: Heuman, Lars [red], Festskrift till Per Olof Bolding, Juristförlaget, 1992, s 421-446. Cit: Westberg (1992).

Wiklund, Ola, *Rättspositivismen, EG-rätten och problemet med den kreativa domaren*, Juridisk Tidskrift, Nr 2 1994/95, s 332-349. Cit: Wiklund (1994/95).

Wong, Jarrod, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*, George Mason Law Review, Vol 14, 2006, s 135-177. Cit: Wong (Geo Mason L Rev 2006).

Yala, Farouk, *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, Journal of International Arbitration, 22(2), 2005, s 105-126. Cit: Yala (J Int'l Arb 2005).

## ÖVRIGA KÄLLOR

---

Appleton, *PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey* ICSID Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, June 4, 2004, Appleton's International Investment Law & Arbitration News, Vol 1, No 1, tillgänglig på: <http://www.appletonlaw.com/cases/Appletons%20January%202005%20News.pdf>, senast besökt 2009-05-05. Cit: Appleton (Int'l Inv L & Arb News).

Berglie, Marcus, *The Never-Ending Away Match. A Critical Analysis of Respondents' Possibilities of Achieving Equitable and Effective Legal Review of Illegally Imposed Anti-Dumping Measures*, Studentuppsats, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2009. Ej publicerad. Cit: Berglie (2009).

UNCITRAL secretariat, *Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*, tillgänglig på [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf), senast besökt 2005-09-09.

Fohlin, Paulo & Nyberg, Yohanna, *Court Rules on Doctrine of Assertion*, International Law Office News Letter, 23/05/2006, tillgänglig på: <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?r=12593>, senast besök 2009-05-05. Cit: Fohlin & Nyberg (ILO 2006).

Fohlin, Paulo, *Supreme Court Clarifies Doctrine of Assertion in Investment Arbitration*, International Law Office, Legal Newsletters, 27/05/2008, tillgänglig på: [http://www.vinge.se/upload/bocker\\_artiklar/Vinge.pdf](http://www.vinge.se/upload/bocker_artiklar/Vinge.pdf), senast besökt 2009-05-05. Cit: Fohlin (ILO 2008).

*ICC Statistical Report (2008)*, tillgänglig på <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=26612>, senast besökt 2009-05-05.

*ICSID Reports Volym 13*, edited by: Crawford, James, Lee, Karen & Lauterpacht, Elihu, Cambridge University Press, 2008. Cit: ICSID Rep 2008.



*ICSID Annual Report (2008)*, tillgänglig på: [http://web.worldbank.org/external/projects/main?menuPK=51521804&pagePK=51351007&piPK=64675967&theSitePK=40941&menuPK=64154159&searchMenuPK=51521793&theSitePK=40941&entityID=000333038\\_20081211231656&searchMenuPK=51521793&theSitePK=40941](http://web.worldbank.org/external/projects/main?menuPK=51521804&pagePK=51351007&piPK=64675967&theSitePK=40941&menuPK=64154159&searchMenuPK=51521793&theSitePK=40941&entityID=000333038_20081211231656&searchMenuPK=51521793&theSitePK=40941), senast besökt 2009-05-05.

Magnusson, Anette, *A Note on General Principles of Arbitration in Sweden*, Stockholm Arbitration Newsletter, 2/2004, tillgänglig på: [http://www.sccinstitute.com/\\_upload/shared\\_files/newsletter/newsletter\\_2\\_2004\\_eng.pdf](http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/newsletter/newsletter_2_2004_eng.pdf), senast besökt 2009-05-05. Cit: Magnusson (SCC 2/2004).

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements*, OECD, 2008. Tillgänglig på: [www.oecd.org/dataoecd/3/7/40471468.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/3/7/40471468.pdf), senast besökt 2009-04-13. Cit: OECD (2008).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Dispute Settlement, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Consent to Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, United Nations, 2003. Tillgänglig på [www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add2\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add2_en.pdf), senast besökt 2009-04-13. Cit: UNCTAD (2003).

*SCC Statistical Report (2008)*, tillgänglig på: [http://www.chamber.se/filearchive/2/25118/SCC\\_Statistical\\_Report\\_2008\\_.pdf](http://www.chamber.se/filearchive/2/25118/SCC_Statistical_Report_2008_.pdf), senast besökt 2009-05-05.

# AVGÖRANDE

## HÖGSTA DOMSTOLEN

---

NJA 2008 s 406  
NJA 2008 s 120  
NJA 2007 s 475  
NJA 2007 s 125  
NJA 2005 s 586  
NJA 1998 s 278  
NJA 1984 s 705  
NJA 1984 s 229  
NJA 1982 s 738  
NJA 1978 s 113  
NJA 1976 s 422  
NJA 1973 s 527  
NJA 1973 s 480  
NJA 1973 s 1 (I-III)  
NJA 1964 s 486  
NJA 1955 s 500  
NJA 1951 s 656  
NJA 1949 s 289  
NJA 1948 s 590  
NJA 1941 s 198  
NJA 2000 C 48  
NJA 2002 C 62  
NJA 2005 N 12

## HOVRÄTTEN

---

RH 2005:1  
RH 1994:95  
RH 1989:83  
RH 1987:66  
RH 1991:16  
SvJT 1979 ref s 9  
Göta hovrätts dom i mål nr Ö 3163-07  
Svea hovrätts dom i mål nr T 5208-05  
Svea hovrätts dom i mål nr T 3739-03

## ARBETSDOMSTOLEN

---

AD 1995 nr 120  
AD 1984 nr 147

AD 1977 nr 82  
AD 1981 nr 64

## **STOCKHOLMS HANDELSKAMMARENS SKILJEDOMSINSTITUT**

---

*Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, SCC Case No 126/2003, Award, 29 March 2005.

## **INTERNATIONAL CENTER FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES**

---

*ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v Republic of Hungary*, ICISD Case No ARB/03/16, Award, 2 October 2006.

*AES Corporation v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005.

*Alcoa Minerals of Jamaica Inc v Jamaica*, ICSID Case No ARB/74/2, Decision on Jurisdiction and Competence of July 6.

*Asian Express Intl PTE Limited v Greater Colombo Economic Commission*, Request to register refused on the basis that the dispute is "manifestly outside the jurisdiction of the Centre, 9 April 1985 (ej publicerad).

*Autopista Concesionada de Venezuela CA v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/00/5, Award on Jurisdiction, 27 September 2001.

*Azurix Corp v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Award, 14 July 2006.

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

*Ceskoslovenska Obchodni Banka AS v The Slovak Republic*, ICSID Case No ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.

*CMS Gas Transmission Company v Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, Decision on Objection to Jurisdiction, 17 July 2003 (opublicerad).

*Emilio Agustin Maffezini v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000.

*Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Republic of Argentina*, ICISD Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 2 August 2004.

*El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.

*Fedax NV v Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997.

*Helnan International Hotels A/S v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 17 October 2006.

*IBM World Trade Corporation v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/02/10, Decision on Jurisdiction, 22 December 2003.

*Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipac v Romania*, ICSID Case No ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008.

*Inceysa Vallisoletana SL v Republic of El Salvador*, ICSID Case No ARB/03/26, Award, 2 August 2006.

*Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006.

*Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004.

*Lanco International Inc v Argentina*, ICSID Case No ARB/97/6, Award on Jurisdiction, 8 December 1998.

*Liberian Eastern Timber Corporation v Government of Republic of Liberia*, ICISD Case No ARB/83/2, Award, March 31 1986.

*Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17 2007.

*Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/00/02, Award, 5 March 2002.

*Mr Patrick Mitchell v The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No ARB/99/7, Award, 9 Februari 2004.

*Mr Patrick Mitchell v The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, November 1 2006.

*Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v Argentine Republic*, ICISD Case No ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006.

*Paso Energy International Co v Argentine Republic*, ICSID Case ARB 03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.

*PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, June 4, 2004.

*Salini Costruttrory SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 16 2001.

*Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/02/13, Award, 31 January 2006.

*Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007.

*Société Générale de Surveillance SA v the Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case No ARB/01/13, Award on Jurisdiction, 6 August 2003.

*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006.

*Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/04/15, Award, 13 September 2006.

*Tokios Tokelés v Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, Award and Separate Opinion, 26 July 2007.

*Tredax Hellas SA v Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, December 26 1994.

*Tredax Hellas SA v Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/94/2, Award, 29 April 1999.

*Waste Management Inc v United Mexican States*, Dissenting Opinion, Dissenting Opinion of Keith Hight, ICSID Case No ARB(AF)/92/2, June 2 2000.

*Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, April 11 2007.

*World Duty Free Company Limited v The Republic of Kenya*, ICSID Case No ARB/00/7, Award, 4 October 2006.

*Zhinvali Development Ltd v Republic of Georgia*, ICISD Case No ARB/00/1, Award, 24 Januari, 2003 (opublicerad).

### **AD HOC (UNCITRAL)**

---

*CME Czech Republic B V (The Netherlands) v The Czech Republic*, UNCITRAL, Award, 14 March 2003.

*EnCana Corporation v Republic of Ecuador*, LCIA Case No UN3481, UNCITRAL Award, 3 February 2006.

*Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, v United States*, UNCITRAL (NAFTA), Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006.

*Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 3 August 2005.

*Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, UNCITRAL, Award, 13 February 2003 (opublicerad men refererad i ICDIS Rep 2008).

*Swembalt AB v The Republic of Latvia*, UNICTRAL, Award, 23 October 2000.

### **INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE**

---

*Barcelona Traction Case*, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, ICJ Reports (1970).

### **EUROPEAN COURT OF JUSTICE**

---

Case C-190/89, *Marc Rich and Co AG v Società Italiana Impianti PA*, [1991] ECR I-3855.

### **SØ- OG HANDELSRETTE**

---

Mål S-22-01