

# Skiljeförfarande och Bryssel/Luganokonventionerna

Av professor LENNART PÅLSSON

## 1. Ämnet och dess förankring i rättskällorna

Den mellan EG:s medlemsstater gällande Brysselkonventionen av år 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område går tillbaka på art. 220 i EEG-fördraget. Enligt denna bestämmelse skulle medlemsstaterna, ”i den utsträckning det är nödvändigt, inleda förhandlingar med varandra i syfte att till förmån för sina rättssubjekt säkerställa ... förenkling av formaliteter för ömsesidigt erkännande och verkställighet av rättsliga avgöranden *och skiljedomar*” (min kursivering).

Brysselkonventionen går i väsentliga stycken längre än det sålunda givna mandatet. Till en början är dess regler ingalunda begränsade till ”förenkling av formaliteter” för erkännande och verkställighet utan innebär också en genomgripande reform av de materiella förutsättningarna härför. Vidare omfattar reglerna inte bara erkännande- och verkställighetsfrågor utan även, och t. o. m. i första hand, domstolarnas direkta behörighet. Slutligen är konventionen ej heller begränsad att gälla ”till förmån för” medlemsstaternas rättssubjekt.

På andra sidan når konventionen i ett hänseende inte upp till de ambitioner som kommer till uttryck i art. 220 i EEG-fördraget. Enligt art. 1.II.4 är konventionen nämligen inte tillämplig på skiljeförfarande. Till denna bestämmelse knyter sig en hel del problem, som jag avser att belysa i uppsatsen.

I expertkommitténs rapport över Brysselkonventionen (Jenard-rapporten)<sup>1</sup> angavs som motivering för bestämmelsen i fråga att det redan fanns eller planerades åtskilliga konventioner om skiljeförfarande, främst 1958 års New Yorkkonvention.<sup>2</sup> Några särskilda regler i ämnet behövdes därför inte för EG-staternas del. Bestämmelsen innebär enligt rapporten att Brysselkonventionen inte är tillämplig på frågor om erkännande och verkställighet av skiljedomar eller på spørsmål om domstols behörighet i tvister ”relating

<sup>1</sup> OJ 1979 C 59/1. Om det följande se s. 13, 43.

<sup>2</sup> New Yorkkonventionen har numera tillträtts av samtliga EG-stater utom Portugal. Sju EG-stater — Belgien, Danmark, Frankrike, Italien, Luxemburg, Spanien och Tyskland — har dessutom tillträtt 1961 års europeiska konvention ”on International Commercial Arbitration” (för texten härtill se 484 UNTS 364).

to arbitration”, t. ex. i mål om hävande av en skiljedom, samt ej heller på frågor om erkännande av domar meddelade i sådana tvister.

Något utförligare kommenteras art. 1.II.4 i den rapport som upprättades över 1978 års tillträdeskonvention med Danmark, Irland och Storbritannien (Schlosser-rapporten).<sup>3</sup> Under de förhandlingar som föregick denna konvention gjordes det främst från brittisk sida gällande att bestämmelsen borde ges en mycket vid tolkning och anses omfatta varje tvist för vilken parterna avtalat om lösning genom skiljedom, ”including any secondary disputes connected with the agreed arbitration”. Denna uppfattning delades inte av de ursprungliga EG-staterna. Enligt deras mening borde bestämmelsen, såvitt angår förfaranden inför statliga domstolar, anses begränsad till tvister som hänför sig till — ett avslutat, pågående eller ännu inte påbörjat — skiljeförfarande. I praktiken synes denna meningsskiljaktighet kunna få betydelse bara i det fall att en dom i själva saken har meddelats i en konventionsstat (land nr 1) med åsidosättande av ett av svaranden påstått skiljeavtal och att verkställighet av domen begärs i en annan konventionsstat (land nr 2), där skiljeavtalet betraktas som giltigt och tillämpligt på tvisten (se nedan avsnitt 7.2.1). Någon lösning av tolkningstvisten uppnåddes inte under förhandlingarna. Konventionstexten lämnades i här aktuell del utan ändring.

I Schlosser-rapporten påpekas vidare att konventionen inte på något sätt inskränker parternas frihet att hänskjuta tvister till avgörande genom skiljedom. Något på konventionen grundat hinder härför föreligger inte ens i tvister för vilka konventionen (art. 16) tillerkänner en viss stats domstolar exklusiv behörighet.<sup>4</sup> — I anslutning till och med en viss precisering av Jenard-rapporten sägs art. 1.II.4 innebära att konventionen inte omfattar domstolsförfaranden som är ”ancillary” till ett skiljeförfarande, t. ex. en domstols befattning med utseende eller avskedande av en skiljeman, bestämmande av platsen för skiljeförfarandet, förlängning av frister för meddelande av skiljedom eller med avgörandet av rättsfrågor som av skiljemännen har hänskjutits till domstolen (enligt den procedur som i engelsk rätt var känd som ”statement of a special case”). Detsamma sägs gälla domar angående ett skiljeavtals giltighet eller ogiltighet, mål och avgöranden om återkallelse, ändring, erkännande eller verkställighet av en

<sup>3</sup> OJ 1979 C 59/71. Här aktuella frågor behandlas på s. 92–93 (nr 61–65).

<sup>4</sup> En helt annan sak är att flertalet sådana tvister inte är ”arbitrabla” enligt nationell rätt. Jfr Audit i 9 Arbitration International 1, 5–6 (1993).

skiljedom samt domar som innebär en inkorporering av en skiljedom.<sup>5</sup>

Bestämmelsen i art. 1.II.4 uppmärksammades också i rapporten över 1982 års tillträdeskonvention med Grekland (Evrigenis/Kerameus-rapporten).<sup>6</sup> Där uttalas bl. a. att domstolsförfaranden som direkt angår ett skiljeförfarande som "the principal issue", t. ex. där det är fråga om domstolens medverkan till upprättandet av en skiljenämnd eller om ogiltigförklaring eller erkännande av en skiljedom, faller utanför konventionen. Häremot ställs fall där domstolen prejudiciellt ("as an incidental question") har att pröva giltigheten av ett skiljeavtal som av svaranden åberopas som grund för att bestrida behörigheten för den domstol vid vilken talan har väckts i enlighet med konventionen; sådana fall sägs vara omfattade av konventionen.<sup>7</sup>

Ingenting av intresse i detta sammanhang finns att anteckna från rapporten över 1989 års tillträdeskonvention med Portugal och Spanien (Almeida Cruz/Desantes Real/Jenard-rapporten).<sup>8</sup>

Parallellkonventionen till Brysselkonventionen, den år 1988 ingångna Luganokonventionen mellan EG:s och EFTA:s medlemsstater, är i alla här relevanta hänseenden identisk med Brysselkonventionen. Den över Luganokonventionen upprättade rapporten (Jenard/Möller-rapporten)<sup>9</sup> tillför inte ämnet något nytt.

Den hittills givna redogörelsen kan möjligen ge intryck av att ämnet bara i mindre mån är kontroversiellt. I verkligheten har det dock gett upphov till djupgående meningsskiljaktigheter av såväl principiell som praktisk betydelse. Det blev uppenbart i samband med det av EG-domstolen (*GD*) år 1991 avgjorda fallet *Marc Rich*,<sup>10</sup> det första och hittills enda fall som rör tolkningen av art. 1.II.4 i Brysselkonventionen. Det avgörandet ger svar på en del av, men ingalunda alla, de frågor som kan ställas i sammanhanget.

Då fallet *Marc Rich* har avgjorts efter tidpunkten för undertecknandet av Luganokonventionen, är det inte i striktare mening bindande för EFTA-staterna utan hör till de avgöranden som EFTA-staternas domstolar bör ta "tillbörlig hänsyn" till vid tolkningen av konventionen.<sup>11</sup> Denna distinktion har jag dock inte funnit anledning att lägga vikt vid i uppsatsen. Jag utgår från att avgörandet

<sup>5</sup> Angående domar av sistnämnda slag, vilka bygger på den engelska "doctrine of merger", se nedan avsnitt 5.

<sup>6</sup> OJ 1986 C 298/1. Om det följande se s. 10 (nr 35).

<sup>7</sup> Innebörden av detta uttalande är inte helt klar. Jfr generaladvokatens yttrande (premisserna 44–47) i det nedan omtalade fallet *Marc Rich*.

<sup>8</sup> OJ 1990 C 189/35.

<sup>9</sup> OJ 1990 C 189/57.

<sup>10</sup> C-190/89 *Marc Rich v. Società Italiana Impianti* [1991] ECR I-3855.

<sup>11</sup> Se den deklaration som avgavs av EFTA-staterna vid undertecknandet av Luganokonventionen, jfr Jenard/Möller-rapporten (ovan not 9) s. 90–91 (nr 115–116).

kommer att betraktas som auktoritativt vid tolkningen såväl av Bryssel- som av Luganokonventionen.

I det följande lämnas först en redogörelse för fallet *Marc Rich* (avsnitt 2). Därefter avser jag att i systematisk form, om än utan anspråk på fullständighet, behandla en rad problem rörande konventionens tillämplighet som kan uppkomma i samband med ett skiljeförfarande. I den mån konventionen inte är tillämplig, går jag också in på relevanta regler i nationell rätt, huvudsakligen i Sverige. Härvid tar jag i tur och ordning upp frågor om skiljeavtalets existens, giltighet och tolkning (avsnitt 3), om domstols medverkan till skiljeförfarandet (avsnitt 4), om verkställighet av inländska skiljedomar (avsnitt 5) samt om hävande och ogiltigförklaring av skiljedom (avsnitt 6). Slutligen behandlas vissa återstående frågor — vilka faller utanför ramen för avsnitten 3–6 — om erkännande och verkställighet av utländska avgöranden (avsnitt 7) samt om litispensens (avsnitt 8).

Det kan förutskickas att det i flera fall inte är möjligt att ge något säkert svar på de frågor som ställs. Oavsett detta har det syntts vara av intresse att inventera, strukturera och problematisera ämnet.

När jag i uppsatsen talar om ”konventionen” utan närmare specificering, avses — beroende på sammanhanget — antingen Brysselkonventionen eller Luganokonventionen eller båda konventionerna.

## 2. Fallet *Marc Rich*<sup>12</sup>

*Sakförhållande och frågeställning.* Ett italienskt bolag (S) hade sålt ett parti iransk olja till ett schweiziskt bolag (K). Sedan parterna blivit ense om avtalet, bekräftade K per telex avtalets innehåll, dock med vissa tillägg av innebörd bl. a. att tvister angående avtalet skulle avgöras genom skiljedom i London. Det meddelandet lämnades obesvarat.

Så snart oljan levererats, reklamerade K under påstående att oljan var förorenad samt krävde skadestånd. S bestred kravet och väckte i stället en negativ fastställsetalan vid italiensk domstol med yrkande om förklaring att S inte bar ansvar för den påstådda föroreningen. K gjorde behörighetsinvändning under åberopande av skiljeklausulen. Denna fråga avgjordes omsider av den italienska

<sup>12</sup> Ovan not 10. För kommentarer till fallet se Audit (ovan not 4) s. 1–25; Haas i IPRax 1992 s. 292–296; Hartley i 16 *European Law Review* 529–533 (1991); Huet i *Clunet* 1992 s. 488–493; Jayme/Kohler i IPRax 1991 s. 361, 365 och i IPRax 1992 s. 346, 352 f.; Kaye i 7 *Arbitration International* 289–298 (1991) och i 9 *Arbitration International* 27–55 (1993); Mayer i *Revue critique de droit international privé* 1993 s. 316–320; Thomas i 7 (no. 3) *Journal of International Arbitration* 43–52 (1990); Volken i *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 1992 s. 239 f.

kassationsdomstolen, som fann att något giltigt skiljeavtal inte hade kommit till stånd samt att italiensk domstol var behörig.<sup>13</sup>

Redan samma dag som K fått del av stämningen i det italienska målet, påkallade K skiljeförfarande i London och utsåg sin skiljeman. Då S vägrade delta i skiljeförfarandet, vände sig K till High Court med begäran att domstolen i S:s ställe skulle utse skiljeman.<sup>14</sup> S invände att engelsk domstol inte var behörig, eftersom det egentliga föremålet för tvisten var huruvida ett giltigt skiljeavtal förelåg, en fråga som hörde under Brysselkonventionen och som borde bedömas av italiensk domstol. Sedan invändningen ogillats av High Court och S överklagat, fann Court of Appeal att saken gav anledning till tvivel och att ett antal tolkningsfrågor rörande konventionen borde hänskjutas till GD för avgörande.

Den första och grundläggande frågan som ställdes var huruvida undantaget i art. 1.II.4 omfattar alla tvister eller domar (underförstått: i anknytning till ett skiljeförfarande) och om det i så fall gäller även när skiljeavtalets existens är föremål för tvist. För den händelse konventionen, och inte dess art. 1.II.4, skulle anses tillämplig i det aktuella målet, frågade Court of Appeal om engelsk domstol var behörig enligt bestämmelserna i art. 5.1 och art. 17 i konventionen samt om den i så fall likväl var skyldig att avvisa eller vilandeförklara målet enligt art. 21 om litispensens, alternativt att vilandeförklara målet enligt art. 22 om konnexitet, på den grunden att talan först väckts vid italiensk domstol.

*Målet inför GD.* I målet avgavs skriftliga yttranden av parterna, av tre av medlemsstaternas regeringar och av kommissionen. Av särskilt intresse är två av S åberopade utlåtanden, det ena av Jenard<sup>15</sup> och det andra av Schlosser,<sup>16</sup> båda välkända som rapportörer i de expertkommittéer som förberett den ursprungliga konventionen respektive 1978 års tillträdeskonvention.

Jenard hävdade i sitt utlåtande att art. 1.II.4 inte omfattar alla judiciella förfaranden i anslutning till ett skiljeförfarande. Av hänsyn främst till konventionens syfte att undvika konkurrerande tvisteprocedurer och avgöranden i olika konventionsstater borde konventionen anses tillämplig i situationer av den typ som förelåg i målet, där skiljeavtalets existens kom upp till prejudiciell bedöm-

<sup>13</sup> Corte di Cassazione 25.1.1991, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1992 s. 322. Engelsk översättning: [1993] ILPr 402. Bedömningen av sistnämnda fråga grundade sig varken på Brysselkonventionen, vilken inte var tillämplig i det italienska målet (eftersom svaren inte hade hemvist i en konventionsstat, jfr art. 4.I), eller på Luganokonventionen, vilken ännu inte hade trätt i kraft, utan på autonoma regler i italiensk lag om behörighet för *forum loci contractus*.

<sup>14</sup> Enligt Arbitration Act 1950, sec. 10(3).

<sup>15</sup> Publicerat i 7 Arbitration International 243–250 (1991).

<sup>16</sup> Publicerat bl. a. i 7 Arbitration International 227–242 (1991).

ning i den italienska rättegången men (enligt Jenards synsätt) som huvudfråga inför den engelska domstolen. Med denna utgångspunkt fann Jenard att det saknades grund för engelsk domstols behörighet samt att reglerna om litispendens och konnexitet (art. 21–22) i alla händelser var tillämpliga och borde medföra hinder för prövning av det engelska målet, eftersom rättegången i Italien hade inletts först.

Schlosser gick i sitt utlåtande på en väsentligt mera radikal linje, som också skiljer sig markant från den uppfattning han själv tidigare företrätt som rapportör vid tillkomsten av 1978 års tillträdeskonvention.<sup>17</sup> På anförda skäl hävdade Schlosser numera att bestämmelsen i art. 1.II.4 borde ges snävast möjliga tolkning. Den borde anses begränsad till själva skiljeförfarandet och inte alls omfatta anknytande judiciella förfaranden. Fastmera borde konventionen anses fullt ut tillämplig på sådana förfaranden och däri meddelade beslut eller domar. I det aktuella fallet var engelsk domstol enligt Schlossers mening (till skillnad från Jenards) likväl behörig, i första hand med tillämpning av art. 5.1. Härvid anlades det betraktelsesättet att förpliktelserna enligt skiljeavtalet skulle uppfyllas på den ort där skiljeförfarandet skulle äga rum, dvs. i London. I andra hand kunde art. 17 åberopas till stöd för samma slutsats, då skiljeavtalet fick anses implicera en överenskommelse om behörighet för domstol på platsen för skiljeförfarandet. Emellertid borde den engelska domstolen till sist vara skyldig att avvisa eller vilandeförklara målet på grund litispendens eller konnexitet, då det italienska och det engelska målet rörde samma sak (art. 21) eller i vart fall hade sådant samband med varandra som avses i art. 22.

Som man kan vänta sig, innehåller båda utlåtandena beaktansvärda synpunkter och erbjuder stimulerande läsning — även för den som finner det svårt att godta de uppfattningar som förs fram, särskilt i Schlossers utlåtande, som nog måste betecknas som i överkant djärvt. Det finns dock inte anledning att här ge någon närmare redogörelse för dem, så mycket mindre som båda utlåtandena finns tillgängliga i tryck.

Generaladvokaten, M. Darmon, tog i sitt — mycket utförliga och innehållsdiga — domsförslag avstånd från de uppfattningar som förts fram i de båda utlåtandena (samt av S och delvis också av kommissionen). Hans ståndpunkt innebar i största korthet följande: Den engelska domstolens fråga var för generellt formulerad.

<sup>17</sup> Sin ändrade ståndpunkt hade Schlosser dock gett uttryck för redan i arbeten utgivna innan fallet *Marc Rich* dök upp. Se bl. a. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit* (2. Aufl. Tübingen 1989) s. 92–95.

Det egentliga processföremålet var begränsat till K:s begäran om utseende av en skiljeman. Det spörsmålet rörde skiljeförfarande i den mening som avses i art. 1.II.4 och föll därmed utanför konventionen. Vad angår skiljeavtalets existens, var det visserligen den reella tvistefrågan i målet, men den hade likväl enbart karaktär av prejudiciell fråga (till vilken den engelska domstolen hade att ta ställning innan den kunde avgöra huvudfrågan). Den kunde därför inte påverka konventionens tillämplighet, som bestäms uteslutande av huvudfrågan i målet. Men även om denna "processuella" analys inte skulle godtas utan skiljeavtalets existens anses utgöra en del av det egentliga processföremålet, borde slutsatsen bli densamma, ty även spörsmålet om skiljeavtalets existens eller giltighet måste anses röra skiljeförfarande och därmed omfattas av bestämmelsen i art. 1.II.4.

*Avgörandet.* GD gick väsentligen på samma linje som generaladvokaten. Till en början fann GD sig sålunda kunna begränsa svaret på den engelska domstolens första fråga till att gälla huruvida art. 1.II.4 omfattar en sak om domstols utseende av skiljeman. I den delen förkastade GD den snäva tolkning som hävdats av S med stöd av Schlossers utlåtande samt anslöt sig till en vidare tolkning, som innebär att bestämmelsen omfattar även judiciella förfaranden i anslutning till skiljeförfarandet. Härvid hänvisade GD till de förut återgivna uttalandena i Jenard-, Schlosser- och Evrigenis/Kerameus-rapporterna, särskilt det där angivna motivet för att utesluta skiljeförfarande från konventionens tillämpningsområde, nämligen att det redan fanns andra konventioner i ämnet. Dessa konventioner, främst New Yorkkonventionen, innehåller regler bl. a. om verkan av skiljeavtal och om erkännande av skiljedomar, regler som måste respekteras, inte av skiljemännen själva men väl av de fördragsslutande staternas domstolar. Det måste därför antas att parterna i Brysselkonventionen haft för avsikt att undanta skiljeförfarandet som helhet, inklusive dit hänförliga frågor som dras inför nationell domstol, från konventionens tillämpningsområde. Vad speciellt angår domstols utseende av en skiljeman, är detta en statlig åtgärd som syftar till att få i gång skiljeförfarandet. En sådan åtgärd faller inom skiljeförfarandets område och omfattas därför av art. 1.II.4.

Vad sedan beträffar skiljeavtalet, fann GD lika med generaladvokaten att dess existens och giltighet utgjorde en prejudiciell fråga i målet, vilken inte kunde påverka bedömningen. Ty vid prövningen huruvida ett mål går in under konventionen skall hänsyn tas enbart till själva processföremålet, in casu utseendet av en skiljeman. När det vid denna prövning befinnes att konventionen inte är tillämp-

lig, måste det gälla även om målet ger upphov till en prejudiciell fråga — oavsett vad den frågan går ut på — som domstolen har att ta ställning till för att kunna avgöra saken.

Svaret på den engelska domstolens första fråga blev därför att det i art. 1.II.4 föreskrivna undantaget omfattar ett mål vid nationell domstol om utseende av skiljeman, även om det i målet uppkommer en prejudiciell fråga om skiljeavtalets existens eller giltighet. I och med det svaret blev övriga frågor som hade ställts av den engelska domstolen överflödiga.

*Domens efterspel.* I och med GD:s dom låg fältet fritt — skulle man kunna tro — för den engelska domstolen att utse skiljeman. Därefter skulle skiljeförfarandet kunna påbörjas och fortgå parallellt med rättegången i Italien. I förlängningen kan man föreställa sig nya komplikationer, bl. a. i form av konkurrens mellan motstridiga avgöranden i de båda förfarandena.

I verkligheten blev det dock inte så. I ett annat mål mellan samma parter vid engelsk domstol fann Court of Appeal nämligen att K hade gått i svaromål i själva saken i den italienska rättegången.<sup>18</sup> Härigenom hade K enligt den engelska domstolens synsätt underkastat sig italiensk jurisdiktion ("submission to the jurisdiction") och blivit bunden bl. a. av kassationsdomstolens förut nämnda dom av innebörd att något skiljeavtal inte förelåg och att italiensk domstol var behörig i själva saken. K kunde därför inte längre påkalla skiljeförfarande i England. De närmare detaljerna i detta tämligen komplicerade mål kan här förbigås.

Jag lämnar därmed det konkreta fallet *Marc Rich* och går över till de generella frågor som skall behandlas, delvis med stöd av och i anknytning till samma fall.

### 3. Skiljeavtalets existens, giltighet och tolkning

#### 3.1 Frågan kommer upp inför skiljenämnden

Antag att en part, sedan skiljenämnden har konstituerats, inför denna gör gällande att något skiljeavtal inte har kommit till stånd eller att avtalet är ogiltigt eller att det inte är tillämpligt på den aktuella tvisten samt att skiljenämnden därför inte är behörig. I den mån sådana frågor skall avgöras av skiljenämnden själv, inom ramen för dess "compétence de la compétence" enligt den nationella lag som gäller för förfarandet, står det utan vidare klart att konventionen inte är tillämplig. Ty även med en "minimalistisk" tolkning måste det i art. 1.II.4 föreskrivna undantaget anses omfatta alla frågor som uppkommer och avgörs i själva skiljeförfarandet.

<sup>18</sup> *Marc Rich v. Impianti* [1992] ILPr 544 (CA).

### 3.2 *Frågan kommer upp prejudiciellt i mål vid domstol*

Spörsmål angående skiljeavtalets existens etc. kan komma upp till prejudiciell bedömning inför domstol i många olika sammanhang. Det vanligaste fallet är väl att en part väcker talan i själva saken vid domstol. Svaranden åberopar ett skiljeavtal som rättegångshinder och yrkar avvisning eller vilandeförklaring av målet. Käranden gör gällande att något giltigt skiljeavtal inte har träffats (eller att avtalet inte omfattar den väckta talan). Det är den situation som förelåg för de italienska domstolarna i *Marc Rich*.

Det är närmast en självklarhet att den domstol vid vilken talan har väckts — oavsett om den påstås vara behörig med stöd av konventionen eller enligt nationella regler — har rätt att pröva invändningar mot dess behörighet, inklusive en invändning om skiljeavtal. I alla händelser har konventionen ingenting att säga härom. Som förut nämnts lägger konventionen inga hinder i vägen för att en tvist, för vilken konventionen anvisar behörig domstol, i stället hänskjuts till avgörande genom skiljedom; detta kan sägas vara en aspekt av bestämmelsen i art. 1.II.4. Alla härvid uppkommande frågor, t. ex. om skiljeavtalets giltighet eller omfattning eller om tvistens ”arbitrabilitet”, får avgöras enligt domstolslandets egna — ofta på andra konventioner, däribland New Yorkkonventionen, grundade — regler.

Ett annat fall är att en part före eller under skiljeförfarandet ansöker om domstols medverkan till någon åtgärd för att få i gång eller underlätta förfarandet, t. ex. genom att i en tredskande motparts ställe utse skiljeman. Motparten bestrider yrkandet under påstående att något giltigt skiljeavtal inte har kommit till stånd (eller att avtalet inte är tillämpligt på tvisten).

Det är den situation som förelåg för de engelska domstolarna och för GD i *Marc Rich*. Som otvetydigt framgår av GD:s avgörande, faller den prejudiciella prövning av skiljeavtalet som här kan bli nödvändig utanför konventionen. Det beror inte på bestämmelsen i art. 1.II.4, som inte alls behöver åberopas, utan helt enkelt på att konventionens sakliga tillämpningsområde bestäms med hänsyn enbart till själva processföremålet. När det som i *Marc Rich* står klart att processföremålet faller utanför konventionen, är konventionen inte tillämplig. Den bedömningen påverkas inte av att målet ger upphov till en prejudiciell fråga, oavsett om denna fråga skulle höra under konventionen om den skulle avgöras självständigt.

Samma betraktelsesätt måste säkerligen anläggas i andra sammanhang där skiljeavtalet blir föremål för prejudiciell bedömning. Som exempel kan nämnas fall där en part yrkar att en skiljedom skall förklaras ogiltig eller hävas eller att en utländsk skiljedom

skall vägras erkännande på den grunden att något giltigt skiljeavtal inte har förelegat eller att avtalet inte har omfattat den genom skiljedomen avgjorda tvisten.

I ett särskilt fall råder dock delade meningar. Det är den situationen att det mot erkännande av en dom i själva saken, vilken härrör från en konventionsstat, invänds att domen har meddelats med åsidosättande av ett skiljeavtal som är giltigt (och tillämpligt på tvisten) i den konventionsstat där erkännande begärs. Denna situation skall behandlas i annat sammanhang, se nedan avsnitt 7.2.1.

### *3.3 Frågan kommer upp som självständigt processföremål vid domstol*

Hur förhåller det sig med konventionens tillämplighet i mål och på domar angående en självständigt förd fastställelsetalan om skiljeavtalets existens, giltighet eller tillämplighet? Svaret på den frågan beror på tolkningen av art. 1.II.4.

Bestämmelsens ordalydelse ger i detta fall inte något entydigt utslag, ty begreppet "skiljeförfarande" kan men behöver inte nödvändigtvis omfatta tvister angående skiljeavtalet. Ej heller kan spørsmålet besvaras med hänvisning till fallet *Marc Rich*, ty GD:s avgörande är — till skillnad från generaladvokatens domsförslag — begränsat till situationer där skiljeavtalets giltighet skall bedömas prejudiciellt.

Vissa skäl talar för att konventionen bör vara tillämplig på en talan av förevarande slag. Sålunda kan en tvist om skiljeavtalet lättare än andra i uppsatsen behandlade slag av tvister särskiljas från det egentliga skiljeförfarandet och kan i och för sig mycket väl tänkas lyda under en annan rättslig regim. Vidare kan det tyckas egendomligt att en tvist om skiljeavtalets giltighet etc. skall anses röra skiljeförfarande, och därmed falla utanför konventionen, trots att det ännu inte står fast att något giltigt skiljeavtal har kommit till stånd — det föreligger kanske från början bara ett föga underbyggt påstående härom från ena partens sida — och följaktligen inte heller att något skiljeförfarande skall äga rum. Ligger det inte närmare till hands att anse konventionen tillämplig, om förutsättningarna härför i övrigt är uppfyllda? På så sätt skulle uppnås att den domstol (eller någon av de domstolar) som enligt konventionen är behörig att ta upp själva saken också blir behörig att pröva skiljeavtalets giltighet och därigenom att avgöra huruvida dess behörighet skall stå fast eller vika till förmån för ett skiljeförfarande. Dessutom är denna ståndpunkt ägnad att minska risken för att själva saken kommer att prövas i parallella och med varandra konkurrerande förfaranden — ett skiljeförfarande i landet A och en rättegång i landet B — en konkurrens som i sin tur kan leda till att en i

landet A meddelad skiljedom kommer att stå mot en dom i landet B.

Icke desto mindre kan det sägas vara rådande uppfattning att tvister om skiljeavtalets giltighet etc. omfattas av art. 1.II.4 och därmed är undantagna från konventionens tillämpningsområde. Denna ståndpunkt har otvetydigt stöd i Schlosser-rapporten<sup>19</sup> — låt vara att Schlosser själv sedermera, i sitt utlåtande i *Marc Rich*, har distanserat sig från den. Den kommer också till uttryck i generaladvokatens domsförslag i *Marc Rich*<sup>20</sup> samt i litteraturen.<sup>21</sup>

Till stöd för denna mening kan till en början anföras att en tvist om skiljeavtalets giltighet etc. närmast utgör ett förspel till tvisten om själva saken. Den har så att säga inget eget existensberättigande utan syftar enbart till att få avgjort huruvida själva saken skall eller inte skall prövas i ett skiljeförfarande. Det förefaller därför trots allt rimligast att en sådan tvist får dela samma öde som själva skiljeförfarandet, dvs. att falla utanför konventionen.

Vidare skiljer sig en tvist om skiljeavtalets giltighet etc. i grunden inte särskilt mycket från fall där samma fråga kommer upp till prejudiciell bedömning i mål som ostridigt rör skiljeförfarande. Antag att Primus väcker talan vid domstol med yrkande om förklaring att något giltigt skiljeavtal inte har träffats mellan honom och Secundus. Ett alternativt scenario är att Secundus förekommer Primus genom att påkalla skiljeförfarande och begära domstols medverkan till utseende av skiljeman, varvid Primus gör invändning om skiljeavtalets ogiltighet. I sistnämnda fall befinner man sig helt klart utanför konventionens område. Varför skulle det förhålla sig annorlunda när talan om skiljeavtalets ogiltighet väcks självständigt? — Man kan också jämföra med mål om hävande eller ogiltigförklaring av en skiljedom. Sådana mål faller utanför konventionen, även om kärandens talan grundas på att det inte har förelegat något giltigt skiljeavtal (nedan avsnitt 6). Om konventionen sålunda inte är tillämplig när skiljeavtalet angrips i efterhand, bör den väl inte heller vara tillämplig när angreppet sätts in i förväg i ett självständigt mål om skiljeavtalets ogiltighet.

Härtill kommer att konventionens behörighetsregler, vilka i första hand hänvisar till forum i svarandens hemviststat (art. 2), inte passar för en talan angående skiljeavtals giltighet eller tillämplighet. Forum för en sådan talan bör åtminstone primärt stå till

<sup>19</sup> S. 93 (nr 64).

<sup>20</sup> Premisserna 34–40.

<sup>21</sup> Se, bland de relativt få författare som har behandlat frågan, Audit (ovan not 4) s. 8–13 och Kaye 1991 (ovan not 12) s. 294 f.

buds i det land där skiljeförfarandet skall äga rum eller påkallas.<sup>22</sup> För att komma dithän enligt konventionen måste man antingen gå vägen över art. 5.1 — varvid förpliktelseerna enligt skiljeavtalet jämföras med materiella avtalsförpliktelser och anses ha sin uppfyllelseort där skiljeförfarandet skall försiggå — eller i skiljeavtalet tolka in en tyst överenskommelse om behörighet för domstolarna på platsen för förfarandet, en överenskommelse som blir att bedöma enligt art. 17. Båda dessa tolkningar förefaller så konstlade och godtyckliga eller tendentiösa att de inte bör kunna godtas.<sup>23</sup>

Slutligen bör beaktas att om konventionen anses tillämplig i mål av här aktuellt slag, så måste inte bara dess behörighetsregler utan också dess regler om erkännande av domar komma till användning. En i en konventionsstat meddelad dom angående ett skiljeavtals existens, giltighet eller tillämplighet skulle nära nog automatiskt bli gällande inom hela konventionsområdet, inklusive den stat där skiljeförfarandet kan komma att äga rum. Denna stats domstolar skulle därmed sakna utrymme för självständig bedömning av skiljeavtalet enligt sina egna regler. En sådan konsekvens ter sig olycklig och är oförenlig med den gängse uppfattningen att den kontroll över skiljeförfarandet som kan vara behövlig närmast bör utövas av domstolarna i det land där förfarandet äger rum.<sup>24</sup>

De sist anförda synpunkterna väger efter min mening väsentligt tyngre än de skäl som kan åberopas för konventionens tillämplighet. Min slutsats blir därför att mål och domar rörande skiljeavtalet bör anses omfattade av art. 1.II.4 och falla utanför konventionen. Hithörande frågor får då bedömas enligt tillämpliga regler i forumlandets egen lag.

Svensk rätt innehåller inga särskilda bestämmelser om domstols behörighet i här aktuella mål. I princip har man då att utgå från forumreglerna i 10 kap. RB och att tillämpa dem analogiskt i fråga om domsrätten. Dessvärre är dock ej heller dessa regler anpassade till de behov som gör sig gällande i samband med internationella skiljeförfaranden. De anvisar sålunda inte något forum för tvister angående skiljeavtalet i fall som saknar anknytning till Sverige men som enligt (det påstådda) avtalet skall avgöras genom skiljeförfarande här i landet. Det måste anses lämpligt och önskvärt att svensk domstol står till förfogande för en sådan tvist. Tänkbart är

<sup>22</sup> Här liksom på andra ställen i uppsatsen underförstås att detsamma gäller det land enligt vars lag förfarandet skall äga rum, om den lagen inte sammanfaller med *lex loci arbitri*.

<sup>23</sup> Se generaladvokatens domsförslag i *Marc Rich*, premisserna 79–84, 94.

<sup>24</sup> Se t. ex. generaladvokatens domsförslag i *Marc Rich*, premiss 76; van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Deventer 1981) s. 30; Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* (Abingdon 1987) s. 149 f.; Schlosser 1991 (ovan not 16) s. 235.

att det hinder härför som består i avsaknaden av en lokalt behörig domstol kan övervinnas med hjälp av en analogi från 26 § 1 st. lagen (1929:145) om skiljemän (SML), som för där avsedda fall hänvisar till Stockholms tingsrätt som reservforum.<sup>25</sup>

En utländsk dom angående ett skiljeavtals existens, giltighet eller tillämplighet torde inte kunna påräkna erkännande i Sverige.

#### 4. Domstols medverkan till skiljeförfarandet

Såväl innan ett skiljeförfarande har kommit i gång som under förfarandets lopp kan det uppkomma behov av domstols bistånd med en eller annan åtgärd i syfte att möjliggöra eller underlätta skiljeförfarandet eller att stärka dess effektivitet. Sådana behov gör sig särskilt, om än inte enbart, gällande i *ad hoc*-förfaranden. De åtgärder som en domstol, på begäran av någon av parterna eller av skiljenämnden, kan vidta varierar från land till land.<sup>26</sup> Som exempel kan nämnas utseende (i parts ställe) av skiljeman eller ersättare för skiljeman som har lämnat sitt uppdrag, avskedande av skiljeman som har misskött uppdraget, prövning av jävsinvändning mot skiljeman, bestämmande av platsen för skiljeförfarandet, fastställande av den tid inom vilken skiljedom skall meddelas eller förlängning av denna frist samt anskaffning och upptagning av bevisning såvitt tvångsmedel behöver anlitas härför.

Sådana åtgärder måste anses röra skiljeförfarande och vara undantagna från konventionens tillämpningsområde enligt art. 1.II.4.<sup>27</sup> Såvitt angår utseende av skiljeman, bekräftas denna uppfattning av GD:s dom i *Marc Rich*. Anledning saknas att bedöma övriga här nämnda typer av åtgärder på annat sätt.

För denna ståndpunkt finns det starka sakliga skäl. Åtgärder av förevarande slag har i allmänhet sitt "naturliga forum" i det land där skiljeförfarandet äger rum eller skall äga rum eller i vissa fall, främst såvitt angår bevisupptagning, i det land där den sökta åtgärden skall vidtas. Ett sådant forum ställer konventionen inte till rådighet, i vart fall inte utan en tämligen forcerad tolkningsakrobatik i anslutning till art. 5.1 eller art. 17.<sup>28</sup>

Särskilda synpunkter kan dock läggas på en typ av bistånd som kan lämnas av domstol, nämligen beslut om *säkerhetsåtgärder*.

<sup>25</sup> Se Arbitration in Sweden, published by the Stockholm Chamber of Commerce (2nd ed. Stockholm 1984) s. 88–90; Paulsson i 21 Virginia Journal of International Law 211, 230–232 (1981). Jfr NJA 1989 s. 143 (Ugandamålet), som rörde skiljedoms ogiltighet. *Contra*: Hjerner i Hommage à Frédéric Eisemann, Liber Amicorum (Paris 1978) s. 61, 63 f., 74.

<sup>26</sup> Se t. ex. Schlosser 1989 (ovan not 17) s. 305–318 och 446–459 samt angående svensk rätt Hobér i Swedish and International Arbitration 1990 s. 53, 61–64.

<sup>27</sup> Allmänt omfattad mening. Se t. ex. Schlosser-rapporten (ovan not 3) s. 93 (nr 64).

<sup>28</sup> Jfr ovan vid not 23.

Sådana beslut kan ju meddelas också i samband med rättegång och är således inte specifika för skiljeförfarandet. I rättegångsfallet är konventionen i princip tillämplig, om förutsättningarna härför i övrigt är uppfyllda. Skall något annat gälla när yrkandet om säkerhetsåtgärder framställs eller beslutet har meddelats inom ramen för ett skiljeförfarande? Svaret på den frågan ter sig inte lika givet som när det gäller förut nämnda slag av åtgärder.

Såvitt angår domstols behörighet, har spørsmålet knappast någon praktisk betydelse. Ty av art. 24 i konventionen framgår att säkerhetsåtgärder som kan vidtas enligt lagen i en konventionsstat får begäras hos domstolarna i den staten, även om dessa domstolar saknar behörighet att pröva målet i sak enligt konventionen. Domstolarna är med andra ord inte bundna av konventionens behörighetsregler vid prövningen av sådana frågor. Resultatet blir därmed till sist detsamma, nämligen att behörigheten får bedömas enligt forumlandets egen lag, oavsett om konventionen anses tillämplig eller ej.

Däremot kan frågan ställas på sin spets när det gäller verkställighet av ett i en annan konventionsstat meddelat beslut om säkerhetsåtgärder. Såvitt konventionen är tillämplig, är sådan verkställighet i princip möjlig. En förutsättning är givetvis att beslutet inte enligt sitt eget innehåll, uttryckligen eller implicit, är begränsat till domstolslandets territorium. Enligt ett tolkningsavgörande av GD krävs det dessutom att beslutet har meddelats i ett kontradiktoriskt förfarande.<sup>29</sup> I den mån konventionen inte är tillämplig, är utsikterna till verkställighet mindre goda. Ty de regler i nationell rätt som i så fall måste komma till användning är i allmänhet väsentligt mera restriktiva än konventionen. Enligt svensk rätt synes verkställighet av utländska beslut om säkerhetsåtgärder över huvud inte vara möjlig.

Skall ett utländskt beslut om säkerhetsåtgärder då anses undantaget från konventionens tillämpningsområde när det har meddelats inom ramen för ett skiljeförfarande? Det är i alla händelser inte omedelbart övertygande att beslutet enbart av denna anledning skulle bli "mindre värt" än om det hade meddelats i samband med en rättegång vid domstol. För egen del är jag närmast benägen att besvara frågan nekande och sålunda anse konventionen tillämplig även när beslutet har meddelats i samband med ett skiljeförfarande.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Fall 125/79 *Denilauer v. Couchet Frères* [1980] ECR 1553.

<sup>30</sup> Jfr Audit (ovan not 4) s. 14 f.

## 5. Verkställighet av inländsk skiljedom

I många länder krävs det för verkställighet av en skiljedom, även när denna är inländsk, att en domstol har lämnat sitt godkännande.<sup>31</sup> Också i länder som Sverige, där något sådant krav inte gäller för verkställighet av inländska skiljedomar, är det möjligt att vid behov få verkställighetsfrågan prövad av domstol.<sup>32</sup> Ett avgörande varigenom en skiljedom förklaras exigibel betecknas här som en *exekvaturdom*, oavsett i vilken typ av förfarande det har meddelats och hur det rubriceras i det ena eller andra landet.

Enligt rådande uppfattning omfattas hithörande mål av det i art. 1.II.4 föreskrivna undantaget från konventionens tillämpningsområde.<sup>33</sup> Såvitt angår behörigheten, kan detta sägas vara självklart; ty ett yrkande om exekvatur på en inländsk skiljedom kan begreppsmässigt väckas endast vid domstol i skiljedomens ursprungsland. Det bör då också anses att en meddelad exekvaturdom inte omfattas av konventionens regler om erkännande och verkställighet.<sup>34</sup>

En annan och mer omtvistad fråga är huruvida en exekvaturdom kan eller bör erkännas inom ramen för nationell rätt. Åtminstone vid första anblicken synes även den frågan, i enlighet med den klassiska maximen "exequatur sur exequatur ne vaut", böra besvaras nekande. Det är svårt att se något beaktansvärt praktiskt behov av erkännande av en utländsk exekvaturdom. Det bör vara tillräckligt att skiljedomen normalt kan erkännas och verkställas som sådan. Och om det undantagsvis föreligger något hinder för erkännande av skiljedomen, ter det sig mindre rimligt att det hindret skulle kunna undanröjas genom att borgenären i stället åberopar exekvaturdomen, vilken ju bara innebär att skiljedomen är verkställbar i ursprungslandet.

Häremot har invänts att det förhåller sig annorlunda i vart fall när exekvaturdomen, som i engelsk rätt och besläktade rättsordningar, bygger på "the doctrine of merger".<sup>35</sup> De engelska reglerna härom innebär att exekvaturdomen meddelas "in terms of the award", med den verkan att skiljedomen uppgår i exekvaturdomen och förlorar sin egen självständiga existens.<sup>36</sup> Det är i fortsättningen bara exekvaturdomen, inte skiljedomen, som kan åberopas för verkställighet. Då det sålunda inte längre finns någon skiljedom

<sup>31</sup> För en översikt se Schlosser 1989 (ovan not 17) s. 655–657.

<sup>32</sup> Om svensk rätt se Arbitration in Sweden (ovan not 25) s. 157 f.; Hassler/Cars, Skiljeförfarande (2 uppl. Stockholm 1989) s. 172.

<sup>33</sup> Se t. ex. Schlosser-rapporten (ovan not 3) s. 93 (nr 65).

<sup>34</sup> Ett tyskt rättsfall som går på denna linje är LG Hamburg 24.4.1979, IPRspr. 1979 nr 223.

<sup>35</sup> Se särskilt Schlosser 1991 (ovan not 16) s. 234.

<sup>36</sup> Arbitration Act 1950, sec. 26.

som skulle kunna erkännas eller verkställas utomlands, är det enligt denna mening lämpligt och önskvärt att i stället erkänna exekvaturdomen.

Emellertid synes "the doctrine of merger" i grunden inte vara något annat än ett särskilt sätt att göra skiljedomen verkställbar i dess ursprungsland.<sup>37</sup> Säkerligen är läran inte avsedd att hindra erkännande av skiljedomen i andra länder. Det skulle vara mycket märkligt, och svårligen förenligt med New Yorkkonventionens bokstav och anda, om en skiljedom skulle uteslutas från verkställighet utomlands enbart av den anledningen att den har blivit verkställbar i ursprungslandet. Antag t. ex. att en engelsk skiljedom har förklarats verkställbar i England genom en dom som har meddelats "in terms of the award". Även om skiljedomen till följd därav inte längre kan åberopas som sådan i England, saknas anledning anse att den inte skulle kunna tjäna som underlag för ett beslut om verkställighet i Sverige enligt reglerna i lagen (1929:147) om utländska skiljeavtal och skiljedomar (*LUSK*).

Denna mening har också starkt stöd i rättspraxis. I flera fall från olika jurisdiktioner har en utländsk skiljedom sålunda erkänts och förklarats verkställbar, trots att den redan var "merged" i en exekvaturdom i ursprungslandet.<sup>38</sup> Häremot kan visserligen ställas en del rättsfall från olika länder, inklusive ett äldre svenskt fall, där verkställighet har beviljats på grundval av en utländsk exekvaturdom.<sup>39</sup> Dessa avgöranden är dock inte nödvändigtvis oförenliga med de förra. Åtminstone flertalet av dem ger snarare uttryck för ståndpunkten att borgenären har rätt att välja mellan att åberopa antingen den utländska skiljedomen eller den utländska exekvaturdomen som grund för sin begäran om verkställighet, en ståndpunkt som också har åtskilliga förespråkare i litteraturen.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Se t. ex. *Audit* (ovan not 4) s. 19 f.; van den Berg (ovan not 24) s. 346–349; David, *L'arbitrage dans le commerce international* (Paris 1982) s. 533 f.

<sup>38</sup> Se, bland de relativt få fall där spørsmålet har uppmärksamats och diskuterats, Australien: *Brali and Biakh v. Hyundai Corp.*, XV Yearbook Commercial Arbitration 360 (1990) (N.S.W.Sup.Ct.); Tyskland: BGH 10.5.1984, IPRspr. 1984 nr 196; USA: *Oilcakes & Oilseeds Trading Co. v. Sinason Teicher Inter Am. Grain Corp.*, 170 N.Y.S.2d 378 (1958).

<sup>39</sup> T. ex. *Frankrike*: Nancy 29.1.1958, *Revue critique de droit international privé* 1958 s. 148, och Paris 20.10.1959, *Revue critique de droit international privé* 1959 s. 716 (båda från tiden före tillkomsten av den nya franska skiljedomsrätten, jfr Robert, *L'arbitrage — droit interne, droit international privé* (6e éd. Paris 1993) s. 287). *Italien*: Corte di Cassazione 27.2.1979, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1980 s. 594, även i VII Yearbook Commercial Arbitration 333 (1982). *Sverige*: SvJT 1934 rf s. 51 (Svea HovR). Tyskland: BGH 27.3.1984, IPRspr. 1984 nr 174. USA: *Island Territory of Curacao v. Solitron Devices*, 489 F.2d 1313 (2 Cir. 1973), även i I Yearbook Commercial Arbitration 201 (1976).

<sup>40</sup> Se t. ex. van den Berg (ovan not 24) s. 349; Fouchard, *L'arbitrage commercial international* (Paris 1965) s. 540 f.; Schlosser 1989 (ovan not 17) s. 653–655. Beträffande engelsk rätt se Dicey/Morris, *The Conflict of Laws* (12th ed. London 1993) s. 606 f.; Patchett, *Recognition of Commercial Judgments and Awards in the Commonwealth* (London 1984) s. 232 f., 296, 307 f.

I alla händelser måste fasthållas att den rättspraxis som innebär att verkställighet kan erhållas på grund av en utländsk exekvaturdom genomgående är grundad på regler i nationell rätt eller i bilaterala domskonventioner. Det finns hittills ingenting som tyder på att sådana avgöranden skulle kunna meddelas med stöd av Bryssel- eller Luganokonventionen.

## 6. Hävande och ogiltigförklaring av skiljedom

Enligt gängse uppfattning följer det av art. 1.II.4 att konventionen inte är tillämplig i mål om hävande eller ogiltigförklaring av en skiljedom eller på domar meddelade i sådana mål.<sup>41</sup> Denna ståndpunkt bärs upp av skäl liknande dem som har anförts i avsnitt 5.

Sålunda synes behörigheten att pröva en talan om hävande eller ogiltigförklaring av en skiljedom böra exklusivt tillkomma domstolarna i skiljedomens ursprungsland.<sup>42</sup> Konventionens behörighetsregler passar inte alls för sådana mål.

Vidare torde det inte finnas något praktiskt behov av att erkänna utländska domar som innebär att en skiljedom hävs eller förklaras ogiltig. Det är tillräckligt att erkännande och verkställighet av själva skiljedomen kan vägras, om skiljedomen har undanröjts i ursprungslandet. Den möjligheten finns enligt New Yorkkonventionen (art. V.1 e), jfr i svensk rätt 7 § 1 st. 5 LUSK). Påpekas bör att denna bestämmelse ger de fördragsslutande staterna rätt men inte ålägger dem någon skyldighet att vägra erkänna skiljedomen i angivna situation. En fördragsslutande stat är således oförhindrad att erkänna och verkställa en skiljedom även om den har undanröjts i ursprungslandet, en möjlighet som har utnyttjats i nyare lagstiftning i vissa länder (dock inte i Sverige).<sup>43</sup> De strävanden att underlätta internationellt erkännande av skiljedomar som kommer till uttryck i sådana regler skulle direkt motverkas, om domar av förevarande slag föll inom Bryssel- och Luganokonventionernas tillämpningsområde och därigenom kunde göra anspråk på erkännande inom hela konventionsområdet. Lämpligen bör sådana domar inte heller erkännas enligt nationell rätt.

<sup>41</sup> Jenard-rapporten (ovan not 1) s. 13; Schlosser-rapporten (ovan not 3) s. 93 (nr 65); Evrigenis/Kerameus-rapporten (ovan not 6) s. 10 (nr 35). Annorlunda Schlosser 1991 (ovan not 16) s. 234 f.

<sup>42</sup> Om svensk domstols behörighet i sådana mål se NJA 1989 s. 143 (Ugandamålet).

<sup>43</sup> Se t. ex. art. 1502 i den franska Code de procédure civile samt dom av Cour de Cassation 9.10.1984, *Revue critique de droit international privé* 1985 s. 551.

## 7. Återstående frågor om erkännande och verkställighet

### 7.1 Av utländska skiljedomar

Odiskutabelt är att konventionen inte är tillämplig på frågor om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar.<sup>44</sup> Det följer utan vidare av art. 1.II.4. Det kan tilläggas att en skiljedom ej heller omfattas av begreppet ”dom” i art. 25, vartill konventionens regler om erkännande och verkställighet anknyter.

För svensk rätts del gäller i stället — de till New Yorkkonventionen anpassade — bestämmelserna i LUSK.

### 7.2 Av domar i själva saken

#### 7.2.1 Mot domen åberopas ett i land nr 2 giltigt skiljeavtal

Antag att en domstol i land nr 1 har ogillat en invändning om skiljeavtal på den grunden att något sådant avtal enligt domstolens mening inte kommit till stånd eller att avtalet inte omfattade den aktuella tvisten. Härefter meddelar domstolen dom i själva saken. Skall denna dom utan vidare erkännas i övriga konventionsstater enligt konventionens regler? Eller finns det utrymme för motparten att i land nr 2 på nytt göra gällande att det förelåg ett giltigt och på tvisten tillämpligt skiljeavtal och att saken därför inte hade bort prövas av domstol?

Denna fråga kan få praktisk betydelse i den mån man i land nr 2 har en annan uppfattning om skiljeavtalets existens, giltighet eller tolkning än domstolen i land nr 1. Sådana situationer förekommer inte så sällan; fallet *Marc Rich* synes vara ett exempel. I sammanhanget bör påpekas att den unifiering av kraven för ett giltigt skiljeavtal som har skett genom New Yorkkonventionen (art. II) bara är partiell och i alla händelser inte hindrar de fördragsslutande staterna från att godta skiljeavtal under mindre stränga förutsättningar (jfr art. VII).

Vid besvarandet av den ställda frågan aktualiseras den tidigare (avsnitt 1) berörda meningsskiljaktigheten mellan Storbritannien och andra konventionsstater rörande tolkningen av art. 1.II.4 i Brysselkonventionen. Den mycket vida tolkning av bestämmelsen som hävdades från brittisk sida leder klart nog till att konventionen saknar tillämplighet, om skiljeavtalet anses giltigt (och tillämpligt på tvisten) i land nr 2. Den av övriga stater intagna ståndpunkten medför däremot att konventionen förblir tillämplig i denna situation.

Skäl kan anföras såväl för som emot vardera tolkningen.<sup>45</sup> Vilken som är ”den riktiga” kan inte med säkerhet avgöras förrän GD har

<sup>44</sup> Allmänt omfattad mening. Se t. ex. Schlosser-rapporten (ovan not 3) s. 93 (nr 65).

<sup>45</sup> Se den nyanserade diskussion som förs av Audit (ovan not 4) s. 21–24.

tagit ställning. I litteraturen finns det dock en klar övervikt för den kontinentala uppfattningen att konventionen *är* tillämplig.<sup>46</sup> För egen del är jag benägen att ansluta mig till den meningsriktningen.

Det avgörande synes återigen vara att konventionens tillämpningsområde bestäms av själva saken. Om denna är av privaträttslig beskaffenhet (och inte är undantagen enligt art. 1.II), är konventionen tillämplig, även om domstolen på vägen till sitt avgörande har eller har haft att ta ställning till ett spørsmål av det slag som enligt art. 1.II är undantaget. Så förhåller det sig t. ex. om domstolen i ett mål om underhåll prejudiciellt har haft att bedöma en fråga om familjerättslig status. På samma sätt bör det vara när domstolen har dömt i en tvist som i och för sig hör under konventionen, även om domstolen prejudiciellt har prövat och underkänt en invändning om skiljeavtal.

Den motsatta (brittiska) ståndpunkten skulle f.ö. medföra den betänkliga konsekvensen att konventionens tillämplighet kom att variera från en konventionsstat till en annan. Konventionen skulle bli tillämplig i sådana stater som delade den i land nr 1 gjorda bedömningen att något giltigt skiljeavtal inte kommit till stånd men inte i stater där skiljeavtalet ansågs giltigt och tillämpligt på tvisten.

Om det i enlighet med det sagda antas att konventionen är tillämplig, blir nästa fråga huruvida domen skall erkännas enligt konventionen. Den kan tyckas enkel nog att besvara. Ty erkännande får inte vägras på andra grunder än de i art. 27 och 28 angivna. Och där står ingenting om åsidosättande av ett i land nr 2 giltigt skiljeavtal som grund för vägran att erkänna. Till yttermera visso föreskrivs i art. 28.III i Brysselkonventionen (art. 28.IV i Luganokonventionen) att domstolens behörighet i ursprungsstaten inte får omprövas annat än i speciella fall, vilka inte är aktuella här, samt att behörighetsreglerna inte omfattas av de i art. 27.1 åsyftade grunderna för rättsordningen (*ordre public*). Det förefaller därmed klart att erkännande inte kan vägras på den grunden att tvisten rätteligen hade bort avgöras genom skiljedom.

<sup>46</sup> Se t. ex. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht* (3. Aufl. Heidelberg 1991) s. 62 f. och Martiny i *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts III/2* (Tübingen 1984) s. 83 f. samt det tyska rättsfallet BGH 28.3.1979, IPRspr. 1979 nr 196. Denna mening synes numera vara rådande också i engelsk doktrin. Se Cheshire/North, *Private International Law* (12th ed. London 1992) s. 435 f.; Kaye 1991 (ovan not 12) s. 291 f., 296; Lasok/Stone, *Conflict of Laws in the European Community* (Abingdon 1987) s. 186; O'Malley/Layton, *European Civil Practice* (London 1989) s. 364 f. Annorlunda Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments* (London 1984) s. 96 f., jfr Collins, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (London 1983) s. 29 f.

Icke desto mindre har det på sina håll hävdats att det finns utrymme för att åberopa ordre public-klausulen (art. 27.1) i sammanhanget.<sup>47</sup> Enligt denna mening skulle det i art. 28.III (art. 28.IV i Luganokonventionen) nedlagda förbudet mot ordre public-prövning av domstolens behörighet vara begränsat till förhållandet mellan olika domstolar — således till fall där tvisten rätteligen hade bort prövas av en annan domstol än den som har dömt i saken — men inte omfatta fall där den bristande behörigheten beror på förekomsten av ett giltigt skiljeavtal.

Denna tolkning förefaller mindre plausibel<sup>48</sup> men kan inte utan vidare avisas som oriktig. Ytterst beror frågan på grundläggande rättspolitiska värderingar av domstols- och skiljeförfarandet som tvistelösningsmekanism. För Brysselkonventionens del ankommer det till sist på GD att göra den bedömningen, ett ställningstagande som kan antas bli vägledande också för tillämpningen av Luganokonventionen.

### 7.2.2 Mot domen åberopas en i land nr 2 giltig skiljedom

Denna situation skiljer sig från den föregående på så sätt att det redan föreligger en skiljedom, som i och för sig är giltig i land nr 2. Utgör skiljedomen hinder för erkännande av domen? Den frågan är meningsfull bara om det, som här har skett (avsnitt 7.2.1), antas att skiljeavtalet som sådant inte är tillräckligt för att hindra erkännande av domen. Under denna förutsättning blir spørsmålet huruvida det gör någon skillnad att avtalet har lett till ett skiljeförfarande och en däri meddelad skiljedom.

Konventionen innehåller inga särskilda regler om lösningen av konflikter mellan en dom och en skiljedom. Däremot finns det ett par bestämmelser om konflikter mellan domar som härrör från olika stater.<sup>49</sup> Sålunda föreskrivs i art. 27.3 att en dom inte skall erkännas, om den är oförenlig med en dom som har meddelats i en tvist mellan samma parter i den stat där domen görs gällande. Företräde ges med andra ord åt den inländska domen, oavsett tidsföljden mellan de båda domarna. Vidare skall enligt art. 27.5 en dom ej heller erkännas, om den är oförenlig med en dom som tidigare har meddelats i en icke-konventionsstat mellan samma parter och rörande samma sak, såvida den först meddelade domen uppfyller de nödvändiga villkoren för erkännande i den stat där domen görs gällande. Till skillnad från art. 27.3 bygger den bestämmelsen på prioritetsgrundsatsen (*prior tempore potior iure*)

<sup>47</sup> Haas (ovan not 12) s. 293–295; Schlosser 1989 (ovan not 17) s. 95.

<sup>48</sup> Se t. ex. den kritik som förs fram av Martiny (ovan not 46) s. 84 f.

<sup>49</sup> Se härom Pålsson, Luganokonventionen (Stockholm 1992) s. 209–212.

och innebär att företräde ges åt den dom som har meddelats först. Samma grundsats antas i allmänhet gälla i det i konventionen inte reglerade fallet att båda domarna är utländska men härrör från skilda konventionsstater, t. ex. om en norsk och en engelsk dom konkurrerar med varandra om erkännande i Sverige.

Enligt en i litteraturen vanlig åsikt bör dessa regler och grundsatsar tillämpas på motsvarande sätt vid konflikter mellan en dom och en skiljedom.<sup>50</sup> Sett från svensk synpunkt skulle det innebära följande: En svensk skiljedom utgör alltid hinder för erkännande av en därmed oförenlig utländsk dom mellan samma parter. Tidsföljden mellan de båda avgörandena, liksom mellan inledningen av skiljeförfarandet och av rättegången, är utan betydelse. Om skiljedomen är utländsk men uppfyller villkoren för erkännande i Sverige, utgör den likaledes hinder för erkännande av en därmed oförenlig dom mellan samma parter och rörande samma sak, i detta fall dock bara om skiljedomen är av äldre datum än domen.

Lämpligheten av dessa lösningar tål kanske att diskuteras, och det återstår att se om de kommer att godtas i rättspraxis. Jag avser dock inte att här gå djupare in på problemet. Däremot är det angeläget att så långt möjligt förebygga uppkomsten av ”sjuka” situationer där en dom och en skiljedom står mot varandra. Det kan ske med hjälp av lämpliga litispendsregler.

### 8. Litispends m. m.

Konventionens litispendsregler i art. 21, liksom dess bestämmelser om konnexitet i art. 22, är begränsade till fall där talan i mål som hör under konventionen har väckts vid olika konventionsstaters domstolar. De omfattar inte situationer där ett skiljeförfarande i en stat konkurrerar med en rättegång i en annan stat, jämför fallet *Marc Rich*.

Som förut nämnts finns det emellertid behov av litispendsregler även i sådana fall, eftersom dubbla förfaranden och konkurrerande avgöranden i görligaste mån bör undvikas. Det behovet får då tillgodoses inom ramen för varje stats nationella rätt. De följande kommentarerna begränsas till svensk rätt.

Enligt 1 § 2 st. SML får skiljemän som regel inte ta upp en fråga om vilken rättegång pågår. Rättegången har med andra ord litispendsverkan och utgör hinder för prövning av samma sak i ett skiljeförfarande. Bestämmelsen är säkerligen avfattad med tanke på rättegång vid svensk domstol. Detsamma bör emellertid gälla

<sup>50</sup> Se t. ex. Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung I/1 (München 1983) s. 1000 f.; Haas (ovan not 12) s. 294 f.; Hartley 1991 (ovan not 12) s. 532 f.; Kropholler (ovan not 46) s. 296.

om talan har väckts vid en utländsk domstol vars avgörande kan väntas bli erkänt i Sverige. Denna förutsättning är regelmässigt uppfylld om talan har väckts i en stat som har tillträtt Luganokonventionen. Som har berörts i avsnitt 7.2.1, bör hinder för erkännande ej heller anses föreligga av det skälet att domen har meddelats med åsidosättande av ett skiljeavtal som är giltigt i land nr 2. Med utgångspunkt i den uppfattningen skulle det problem som aktualiserades för de engelska domstolarna i *Marc Rich* knappast kunna uppkomma i Sverige. Ty då den utländska rättegången hade inletts innan skiljeförfarande påkallades och domen i den rättegången kunde väntas bli gällande i Sverige, skulle svenska domstolar ha varit förhindrade att medverka till skiljeförfarandet genom att utse skiljeman.<sup>51</sup>

Vad angår fall där ett skiljeförfarande har inletts utomlands men talan i saken trots det väcks vid svensk domstol, är det i allmänhet klart att domstolen saknar behörighet. Det beror här inte på litispændens utan på att redan själva skiljeavtalet medför rättegångshinder. Denna verkan har inte bara ett svenskt skiljeavtal utan också ett utländskt, se 3 § LUSK. Det förutsättes dock att skiljeavtalet är giltigt enligt den lag som är tillämplig på avtalet samt att tvisten är "arbitrabel" även enligt svensk lag. Om dessa förutsättningar inte är uppfyllda, saknar skiljeavtalet verkan som rättegångshinder. Någon litispændensverkan av det utländska förfarandet kan då ej heller komma i fråga, eftersom hinder för erkännande av den blivande skiljedomen kan väntas föreligga, se 7 § 1 st. 1 och 2 st. 1 LUSK.

<sup>51</sup> Hassler/Cars (ovan not 32) s. 26.