

Innehåll

Summary	1
Sammanfattning	3
Förkortningar	5
1 Inledning	6
1.1 <i>Introduktion till uppsatsämnet</i>	6
1.2 <i>Syfte och frågeställningar</i>	7
1.3 <i>Metod</i>	7
1.4 <i>Material</i>	9
1.5 <i>Avgränsningar</i>	12
1.6 <i>Disposition</i>	12
2 Bakgrund	14
2.1 <i>Res judicata vid domstolsförfarande</i>	14
2.1.1 <i>Introduktion</i>	14
2.1.2 <i>Syften med res judicata</i>	16
2.1.3 <i>Skillnader i olika rättstraditioner</i>	17
1. <i>Inledning</i>	17
<i>Common law-tradition</i>	18
<i>Civil law-tradition</i>	19
<i>Några ytterligare kommentarer om skillnader mellan common law-tradition och civil law-tradition</i>	20
2.2 <i>Internationella skiljeförfaranden</i>	20
2.2.1 <i>Generellt om skiljeförfarande</i>	20
2.2.2 <i>Lex causae och lex arbitri</i>	23
<i>Inledning</i>	23
<i>Lex causae</i>	24
<i>Lex arbitri</i>	24
3 Res judicata vid internationella skiljeförfaranden	27
3.1 <i>Introduktion</i>	27
3.2 <i>Res judicatas rättsliga status vid internationella skiljeförfaranden</i>	28
3.3 <i>Utgör res judicata en processuell eller materiell regel?</i>	29
4 Problematik om res judicatas materiella innehåll vid internationella skiljeförfaranden	32
4.1 <i>Introduktion</i>	32
4.3 <i>Tre-steps-testet</i>	33
4.3.1 <i>Introduktion</i>	33
4.3.2 <i>Identiska grunder</i>	33
4.3.3 <i>Identiska yrkanden</i>	34
4.3.4 <i>Identiska parter</i>	35
4.4 <i>Problematik om issue estoppel</i>	36
4.5 <i>Problematik om slutgiltighet och skiljedomens bindande verkan</i>	38
4.6 <i>Ska skiljenämnden självständigt beakta res judicata?</i>	39
4.7 <i>Sammanfattning</i>	39
5 Harmonisering	41
5.1 <i>Allmänt om harmonisering</i>	41
5.2 <i>Tillvägagångssätt för harmonisering</i>	42
5.4 <i>Reflektioner kring harmonisering</i>	43
6 Olika lösningar på en oförutsebar tillämpning	45

6.1	<i>Inledning</i>	45
6.2	<i>Risker med tvetydig tillämpning</i>	45
6.3	<i>Harmonisering av res judicatas materiella innehåll</i>	46
6.4	<i>Harmonisering av klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel</i>	48
6.5	<i>Nationell rätt vid tidigare eller senare tvist</i>	51
6.7	<i>Sammanfattande slutsatser</i>	52
	Käll- och litteraturlista	53
	<i>Källor</i>	53
	<i>Litteratur</i>	55
	Rättsfallsförteckning	60

Summary

The overall purpose of this essay is to discuss how unpredictability in the application of *res judicata* in international arbitration can be eliminated. In most legal traditions *res judicata* constitutes a fundamental judicial norm with the meaning that a matter adjudged can not be tried again. A dispute identical to a previous dispute will hence be rejected with reference to *res judicata*. Differences in the application of *res judicata* arise when there are similarities between a current and a previous dispute, without them being identical. There are large differences between common law tradition and civil law tradition in the application and scope of *res judicata* in national courts. The application is in general wider in the common law tradition than in civil law tradition. As an example, in common law tradition *res judicata* also includes, besides the conclusion, the reasoning of a judgement.

The consequence of the variation in *res judicata*'s content between different legal traditions is that there is no uniform approach with regards to how one should handle *res judicata* in international arbitration. Because of this, arbitral tribunals need to individually decide how to apply *res judicata*. Therefore, different arbitral tribunals tend to apply *res judicata* differently. The essay concludes that *res judicata* constitutes international customary law in international arbitration. The precise content of *res judicata*, however, does not follow from customary law, arbitration rules, conventions or other soft law.

Arbitral tribunals influenced by civil law tradition will often consider *res judicata* to be a procedural rule and apply the view on *res judicata* in accordance with *lex arbitri* (the law of the seat of the arbitration). Arbitral tribunals influenced by common law tradition will on the other hand often consider *res judicata* to be a substantive rule and apply the view on *res judicata* in accordance with *lex causae* (the law of the contract). Other arbitral tribunals disregard the choice of law principles and instead freely interpret the content of *res judicata*. The lack of international norms clarifying the specific content of *res judicata* obstructs the parties' possibility to predict whether *res judicata* will prohibit the dispute at hand. Confusions include who is considered to be a party, whether issue estoppel is applicable and at which moment in time *res judicata* can be applied. Unpredictability in *res judicata*'s content risks to cause harm to arbitration at large because the arbitral tribunal's assessment appears to be arbitrary.

The essay discusses different ways of harmonization of *res judicata*'s content in international arbitration and suggests a solution where the content does not need to be harmonized but rather the classification of *res judicata* as either a procedural or substantial rule. Such a solution increases the parties' ability to predict the outcome of the *res judicata* assessment. At the same time this solution provides the parties with the opportunity to, by choosing *lex arbitri* and *lex causae* in their arbitration clause, decide which view on *res judicata* they prefer. Complete harmonization of *res judicata*'s content in international arbitration does not appear to be necessary in order

to reduce the unpredictability. There is however no fully appropriate way to incorporate res judicata as either a procedural or a substantial rule in international arbitration. A first step towards harmonization of res judicata's classification can however be to incorporate a harmonized classification of res judicata in arbitration rules such as the ICC Rules of Arbitration, LCIA Arbitration Rules, SCC Arbitration Rules and UNCITRAL Arbitration Rules.

Sammanfattning

Uppsatsens övergripande syfte är att diskutera hur oförutsebarhet kan motverkas vid tillämpning av res judicata i internationella skiljeförfaranden. Res judicata är i de flesta stater en grundläggande rättslig norm med innebörden att en sak som slutligt avgjorts inte får prövas igen. En tvist som är identisk med föregående tvist kommer med hänvisning till res judicata därför att avvisas. Skillnader i tillämpning uppkommer när saken i den aktuella tvisten är lik men inte identisk med en tidigare tvist. Innebörden av res judicata som rättsnorm varierar nämligen stort mellan olika rättstraditioner såsom civil law-tradition och common law-tradition. Generellt kan sägas att tillämpningen av res judicata är vidare i common law-tradition än i civil law-tradition. Exempelvis omfattar res judicata i common law-tradition, utöver domslutet, även domskälen.

En konsekvens av dessa variationer mellan civil law-tradition och common law-tradition är att det saknas ett enhetligt tillvägagångssätt för hanteringen av res judicata vid internationella skiljeförfaranden. Skiljenämnder behöver därför individuellt ta ställning till hur de ska tillämpa res judicata. Följden blir att skiljenämnders tillämpning varierar. Uppsatsen finner att res judicata som norm utgör internationell sedvanerätt. Dess materiella innehåll följer däremot inte av varken internationell sedvanerätt, förfaranderegler, konventioner eller annan *soft law*.

Skiljenämnder influerade av synen i civil law-tradition klassificerar ofta res judicata som en processuell regel. Klassificeringen innebär att dessa skiljenämnder tenderar att tillämpa res judicata enligt skiljeförfarandets *lex arbitri* (sätelandets lag). Skiljenämnder influerade av synen i common law-tradition tenderar däremot att klassificera res judicata som en materiell regel. En sådan klassificering innebär att dessa skiljenämnder tenderar att tillämpa res judicata enligt *lex causae* (kontraktlandets lag). Andra skiljenämnder frångår lagvalsreglerna och tolkar istället res judicatas materiella innehåll fritt. Avsaknaden av internationella normer som förtydligar res judicatas innebörd försvårar parternas möjlighet att förutse om res judicata förhindrar den nya tvisten. Bland annat föreligger oklarhet kring vilka som anses vara identiska parter, om *issue estoppel* ska tillämpas (med innebörden att fastställd fakta kan inte prövas igen i en ny process) och vid vilken tidpunkt res judicata inträder. Oförutsebarheten riskerar att på lång sikt skada skiljeförfarandet som institut eftersom det framstår som att skiljenämndens bedömning är godtycklig.

Uppsatsen diskuterar möjligheter till harmonisering av res judicata och föreslår en lösning där res judicata inte innehållsmässigt behöver harmoniseras, men att harmonisering sker av klassificeringen av res judicata som antingen en processuell eller materiell regel. En sådan lösning ökar parternas möjlighet att förutse skiljenämndens bedömning av res judicata. Lösningen möjliggör även för parterna att välja vilken syn på res judicata som ska tillämpas genom att i sin skiljeklausul välja *lex arbitri* och *lex causae*. Harmonisering av res judicatas materiella innehåll är inte

nödvändigt eftersom det avgörande är att det materiella innehållet är förutsebart. Det saknas dock ett lämpligt tillvägagångssätt för hur harmonisering av klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel bör ske. Ett första steg mot en harmoniserad klassificering är dock inkorporering av klassificeringen i förfaranderegler såsom ICC Rules of Arbitration, LCIA Arbitration Rules, SCC:s skiljedomsregler och UNCITRAL Arbitration Rules.

Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska Unionen
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FN	Förenta Nationerna
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ILA	International Law Association
LCIA	London Court of International Arbitration
LSF	Lagen (1999:116) om skiljeförfarande
New York-konventionen	New York-konventionen rörande erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar
PCIJ	Nationernas Förbunds fasta mellanfolkliga domstol
SCC	Stockholms Handelskammarers Skiljedomsinstitut
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

1 Inledning

1.1 Introduktion till uppsatsämnet

Res judicata är i de flesta stater världen över en grundläggande rättslig norm med innebörden att en sak som slutligt avgjorts inte får prövas igen.¹ Rättsnormen res judicata har tusenåriga rötter och figurerade redan i de grekiska och romerska rättssystemen. Begreppet res judicata är hämtat ur uttrycket *res judicata pro veritate accipitur* vilket på svenska ungefärligt kan översättas till *fastslagen sak är tagen för sanning*.² En tvist som är identisk med föregående tvist kommer därför i de flesta rättstraditioner att avvisas med hänvisning till res judicata.³ Skillnader i tillämpning och avvägningar uppkommer när saken i en aktuell tvist är lik men inte identisk med saken i en tidigare tvist.⁴ Den precisa innebörden av res judicata som rättsnorm varierar nämligen stort mellan olika rättstraditioner såsom civil law-tradition och common law-tradition.⁵ Skillnaderna i tillämpning återspeglar sig även i skiljenämnders tillämpning av res judicata vid internationella skiljeförfaranden.⁶ Den oförutsebarhet dessa skillnader ger upphov till samt hur oförutsebarheten kan motverkas är ämnet för denna uppsats.

I takt med en ökad gränsöverskridande handel har antalet internationella skiljeförfaranden ökat, liksom komplexiteten i dessa. Det ökade antalet leder i sin tur till att skiljenämnder allt oftare behöver ta ställning till huruvida det aktuella skiljeförfarandet är förhindrat på grund av res judicata-effekt från en tidigare skiljedom.⁷ Trots att skiljenämnder allt oftare behöver ta ställning till res judicata utgör res judicata en av de mest utforskade och komplexa frågorna vid internationellt skiljeförfarande.⁸ Förhoppningen är att denna uppsats klargör en del av problematiken.

¹ Schaffstein, s. 1f.

² Ibid, s. 11; Bagner, s. 33; ”Autonom”, *Norstedts latinsk-svenska ordbok*, s. 765 (uppslagsord: *res*), s. 476 (uppslagsord: *iudicata*), s. 695, (uppslagsord: *pro*), s. 919 (uppslagsord: *veritas*) och s. 10 (uppslagsord: *accipitur*).

³ Hobér (2014), s. 181.

⁴ Heuman (1999), s. 374.

⁵ Kaufmann-Kohler, s. VII; Eftersom svensk doktrin använder de engelska begreppen civil law och common law utgår även uppsatsen från dessa begrepp. Begreppen civil law-tradition och common law-tradition förklaras närmare i avsnitt 2.1.3.

⁶ Schaffstein, s. 120f.

⁷ Ibid, s. 105 och 301; Brekoulakis (2005), s. 1.

⁸ Schaffstein, s. 301; ILA, *Interim Report*, s. 2.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens övergripande syfte är att undersöka hur oförutsebarhet kan motverkas med hjälp av harmonisering vid tillämpningen av *res judicata* i internationella skiljeförfaranden. För att uppfylla detta syfte ska följande frågeställningar besvaras:

- Vilka skillnader föreligger i tillämpningen av *res judicata* vid internationella skiljeförfaranden?
- Vilka problem ger skillnaderna upphov till?
- Kan dessa problem lösas genom harmonisering?

1.3 Metod

Avsikten med uppsatsen är att genom en studie i rättssäkerhet presentera ett komplext problem på ett överskådligt sätt. För att kunna föra en diskussion kring hur oförutsebarhet kan motverkas vid tillämpningen av *res judicata* vid internationella skiljeförfaranden behöver det utredas hur omfattande oförutsebarheten är. Oförutsebarheten kan i många fall härledas ur skillnader mellan *civil law-tradition* och *common law-tradition*. Dessa två traditioners särdrag presenteras därför i bakgrundskapitlet. För att konkretisera på vilka sätt tillämpningen är oförutsebar för skiljeförfarandets parter fäster uppsatsen stor vikt vid att exemplifiera hur oförutsebarheten kommer till uttryck. Uppsatsen undersöker således hur frågor som är av central betydelse för *res judicata* besvaras i diverse regelverk (förfaranderegler, rekommendationer och modellag). Uppsatsen knyter avvägningar som gjorts i dessa regelverk till *civil law-tradition* eller *common law-tradition* eftersom dessa traditioner influerat regelverkens utformning. Exempel på centrala frågor är huruvida en skiljedoms domskäl omfattas av *res judicata* och vem som är att anse som part.

Många skillnader i tillämpningen av *res judicata* är som ovan nämnts hänförliga till skillnader i *civil law-tradition* och *common law-tradition*. Vilken rättstradition skiljenämnden influeras av påverkar även huruvida *res judicata* klassificeras som en processuell eller materiell regel. Klassificeringen är avgörande eftersom processuella regler ska tillämpas enligt *lex arbitri* (sätelandets lag) och materiella regler enligt *lex causae* (kontraktlandets lag).⁹ Med anledning av detta är ett av de två lösningsförslag som uppsatsen diskuterar en harmonisering av klassificeringen av *res judicata*. För att undersöka ett sådant lösningsförslag diskuterar uppsatsen i sina tidigare delar dels vad *lex arbitri* och *lex causae* är, dels klassificeringen av *res judicata*. Uppsatsen jämför lösningsförslaget med ett annat lösningsförslag i vilket *res judicatas* materiella innehåll

⁹ Dessa begrepp förklaras i avsnitt 2.2.2.

harmoniseras.¹⁰ Det avgörande är om något av dessa två förslag innebär att en tillräcklig nivå av förutsebarhet uppnås för parterna. I enlighet med uppsatsens syfte undersöks hur effektiva de två lösningarna var för sig är för att minska oförutsebarheten av res judicatas materiella innehåll.

För att läsaren bättre ska kunna förstå en fördjupad diskussion om res judicata är det väsentligt med en övergripande presentation av begreppet. Res judicata har sitt ursprung vid nationell rätt tillämplig på allmän domstol och därför utgår den övergripande presentationen från sådan rätt.¹¹ Skiljeförfarandet skiljer sig dock på flera sätt från domstolsförfarandet i sin karaktär. Skillnaderna är väsentliga för uppsatsen eftersom de gör att andra intressen ligger bakom res judicata vid skiljeförfarande än vid allmän domstol. Vid allmän domstol motiveras res judicata både av ett samhällsintresse och ett partsintresse. Vid skiljeförfarande föreligger främst ett partsintresse bakom res judicata. För att förstå syftet med res judicata vid skiljeförfarande behövs därför även en övergripande genomgång av skiljeförfarandet som tvistlösningsinstitut och dess karaktäristiska drag.

I uppsatsen studeras res judicata på en strukturell nivå och svensk nationell rätt är därför inte av central betydelse. Dock är det internationella skiljeförfarandet aldrig helt avskilt från nationell rätt eftersom nationell rätt ofta används som utfyllnad när parterna inte har avtalat om förfaranderegler eller då förfaranderegler inte innehåller nödvändig reglering. Nationella normer av tvingande karaktär får även genomslag framför förfaranderegler. Av denna anledning används i vissa fall svensk rätt för att exemplifiera hur nationell rätt förhåller sig till specifika frågor. Även andra stater nationella rätt används för att framhäva relevanta poänger. Vissa grundläggande föreställningar är gemensamma för de flesta rättsordningar och i sådana fall används ofta svensk doktrin för att illustrera allmänna föreställningar gemensamma för flera rättsordningar. Försiktighet tillämpas dock vid användandet av svensk doktrin vid mer specifika frågor eftersom detta kan ge ett felaktigt resultat. När svensk doktrin används för att belysa specifika frågor kombineras den med utländsk doktrin.

Karaktäristiskt för det internationella skiljeförfarandet är att det ofta saknas gällande rätt på internationell nivå. Förfarandet bygger dessutom till stor del på vad parterna avtalat i skiljeklausulen.¹² Det finns därför svårigheter med att tillämpa exempelvis en rättsdogmatisk metod.¹³ En annan metod som är mer lämplig för ändamålet är den rättsanalytiska metoden. Den rättsanalytiska metoden går längre än att enbart fastställa gällande rätt. Med en rättsanalytisk metod finns det fler än en lösning på ett juridiskt problem. Den rättsanalytiska metoden bygger på rättsrealism vilken innebär att rättstillämparen har flera legitima alternativ att välja mellan för att lösa ett

¹⁰ Med materiellt innehåll avses det konkreta innehållet av rättskraftens räckvidd, det vill säga vilka rättsföljder, händelseförlopp och så vidare som rättskraften omfattar.

¹¹ I exempelvis svensk rätt har res judicata sitt ursprung i 17 kap. 11 § rättegångsbalken.

¹² Hobér (2014), s. 123.

¹³ Rättsdogmatisk metod bygger på att utreda gällande rätt genom att tillämpa de olika rättskällorna lagtext, rättspraxis, förarbeten och doktrin i angiven hierarkisk ordning, se Sandgren, s. 48ff.

komplext rättsligt problem.¹⁴ Metoden är lämplig i denna uppsats eftersom gällande rätt är oklar och det i doktrin presenteras lösningar av olika karaktär. En diskussion mellan två lämpliga lösningar för harmonisering av *res judicata* faller naturligt inom den rättsanalytiska metoden.

Några ytterligare förtydliganden kring hur uppsatsen byggts upp ska här göras. Uppsatsen utgår från ett scenario där parterna i skiljeklausulen angett både *lex arbitri* samt *lex causae* även om det i praktiken förekommer att parterna inte gjort något lagval alternativt inte angett säte för tvisten. De normer som behandlas i arbetet utgör inte uttömmande de normer som tillämpas vid skiljeförfarande men har valts ut eftersom de på olika sätt behandlar *res judicata* och därför är relevanta utifrån uppsatsens syfte och frågeställningar. Det har tidigare framkommit att uppsatsen berör just internationella skiljeförfaranden. Begreppet internationellt skiljeförfarande definieras i uppsatsen som ett skiljeförfarande där skiljeförfarandets parter och/eller skiljedomare är av olika nationalitet.

I uppsatsen används vissa engelska begrepp såsom *civil law*, *common law*, *soft law*, *issue estoppel*, och *privy*. Dessa begrepp saknar svensk motsvarighet. Det förekommer även vissa latinska begrepp utan svensk motsvarighet såsom *res judicata*, *lex arbitri*, *lex causae* och *ad hoc*. De engelska och latinska begrepp som är så pass vedertagna i svensk rätt att de får anses utgöra en del av det svenska juridiska språket skrivs i normal stil. Sådana begrepp innefattar *res judicata*, *ad hoc*, *ex officio*, *civil law* och *common law*. Mer främmande uttryck kursiveras däremot, såsom *issue estoppel*, *privy*, *soft law*, *ad hoc*, *lex arbitri* och *lex causae*.

Något om innebörden av begreppen *common law* och *civil law* bör här även framföras. Det kan variera något vilka stater som anses tillhöra dessa rättstraditioner. Det finns också stater som av historiska skäl kan ha influenser från båda dessa rättstraditioner. Till *common law*-tradition räknas stater som historiskt sett haft nära anknytning till Storbritannien. Sådana stater innefattar huvudsakligen Irland, USA, Kanada, Australien, Nya Zeeland och Indien, det vill säga stater som tidigare varit under brittiskt inflytande. Till *civil law*-tradition räknas främst kontinentaleuropeiska stater såsom Tyskland, Belgien, Nederländerna, Frankrike och Sverige.¹⁵

1.4 Material

I detta avsnitt ska relevanta regelverk och annat för uppsatsen väsentligt material omnämnas. De klassiska rättskällorna lagtext, förarbeten och rättspraxis förekommer inte i samma utsträckning vid internationella skiljeförfaranden och det material som istället används kommer därför utförligt att behandlas i detta avsnitt.

Eftersom uppsatsen rör sig i en internationell kontext är nationell rätt av begränsad betydelse. Som ovan angetts används nationell rätt för att

¹⁴ Sandgren, s. 50ff.

¹⁵ Dessa stater omnämns i ILA, *Interim Report* s. 6, 11 och 13.

klargöra skillnader vid domstolsförfarande mellan civil law-tradition och common law-tradition vilka får konsekvenser även för res judicata vid skiljeförfarande.¹⁶ För internationella skiljeförfaranden är *soft law* ofta av avgörande betydelse och behandlas därför utförligt i uppsatsen. *Soft law* karaktäriseras av att vara regelverk som inte utgör gällande rätt. Istället är *soft law* enbart bindande mellan parterna genom avtal. *Soft law* innefattar bland annat rekommendationer, förfaranderegler och modellag. *Soft law* kan fritt beaktas av skiljenämnden i sin tolkning även när parterna inte uttryckligen hänvisat till dessa.¹⁷

International Law Association (härefter ILA) har tagit fram rekommendationer för res judicata vid internationellt skiljeförfarande och dessa utgör det regelverk som i störst omfattning behandlar res judicatas materiella innehåll.¹⁸ Rekommendationerna är därför av central betydelse.¹⁹ Det är däremot oklart hur rekommendationerna hierarkiskt förhåller sig till andra rättskällor såsom doktrin. Uppsatsen belyser även olika sorters regelverk. Av störst vikt är de institutionella förfarandereglerna. Det finns åtskilliga förfaranderegler knutna till skiljedomsinstitut. Arbetet fokuserar dock på förfaranderegler utarbetade av International Chamber of Commerce (härefter ICC), London Court of International Arbitration (härefter LCIA) och Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (härefter SCC). Valet kan motiveras med att ICC:s och LCIA:s och skiljedomsregler används i omfattande utsträckning av skiljenämnder. SCC:s skiljedomsregler har valts eftersom de kan vara av intresse för den svenske läsaren. Utöver institutionella förfaranderegler behandlas även United Nations Commission on International Trade Law:s (härefter UNCITRAL) skiljedomsregler.²⁰

Ett regelverk som inte är direkt tillämpligt på skiljeförfarandet men som parter kan använda i sin tolkning av res judicatas materiella innehåll är International Institute for the Unification of Private Laws (härefter UNIDROIT) Principles of Transnational Civil Procedure.²¹ Uppsatsen berör därför även detta regelverk. UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure innehåller regler om res judicata som kan bli tillämpliga genom parternas hänvisning eller självständigt beaktas av skiljenämnder för vägledning. Tanken är inte att stater ska ratificera principerna, utan att principerna ska bli tillämpliga genom hänvisning i parternas skiljeklausul.²²

Uppsatsen refererar även till regelverk som riktar sig till stater men som kan användas som tolkningsunderlag av skiljenämnden. Hit hör UNCITRAL:s modellag och New York-konventionen rörande erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar (härefter New York-

¹⁶ Se avsnitt 1.3.

¹⁷ Fazio, s. 19f och 21ff.

¹⁸ Rekommendationerna är framtagna av ILA:s Commercial Arbitration Committee.

¹⁹ ILA har både gett ut en delrapport (ILA, *Interim Report*) och en slutlig rapport (ILA, *Final Report*). Båda rapporterna finns publicerade i *Arbitration International*.

²⁰ UNCITRAL:s Skiljedomsregler, 2010.

²¹ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure.

²² *Ibid*, s. 1ff.

konventionen).²³ Hit hör även den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (härefter EKMR).²⁴ En stat som ratificerat konventionen och som erkänner eller verkställer en skiljedom vilken innebär att rättigheterna garanterade i konventionen kränks har gjort sig skyldig till konventionsbrott. Konventionens innehåll får på så vis indirekt betydelse även för skiljenämnden i de fall skiljedomen ska erkännas eller verkställas i en till konventionen ansluten stat.

Eftersom skiljedomar inte är offentliga är de svåra att få tag på. Uppsatsen förlitar sig därför i de flesta fall på författares beskrivning av skiljenämnders tillämpning. Samma svårighet att få tillgång till tidigare skiljedomar föreligger även för skiljenämnder och det går därför inte att tala om en enhetlig praxis. I de fall information om skiljedomar kommer från doktrin framgår detta i fotnoten. När skiljedomen går att få tag på används den som en primärkälla för att illustrera exempel på praktisk tillämpning. Skiljedomen anses dock inte utgöra praxis eller prejudikat. De skiljedomar som omnämns i uppsatsen återfinns bland annat i *The Hague Court Reports*, *International Chamber of Commerce Publishing* och Albert Jan van den Bergs *Yearbook Commercial Arbitration*. Uppsatsen refererar i vissa fall även till allmän domstol om domstolen gjort ett relevant uttalande om en skiljedom. Nationella domar från Sverige, Storbritannien, USA och Australien används även för att illustrera staters syn på vissa relevanta problem. Flera av de utländska domarna återfinns på Westlaw International.²⁵

Något bör här även kort sägas om skiljedomens ställning och prejudicerande värde. Även om tillgången till skiljedomar vore obegränsad bör det inte talas om bindande praxis eller *stare decisis* (beaktande av hur andra jämbördiga domstolar dömt) på samma sätt som vid allmän domstol. Det finns således inte någon uttalad hierarki mellan skiljedomar. En skiljenämnd är inte bunden av hur andra skiljenämnder bedömt en specifik fråga. På grund av dessa för skiljedomen karaktäristiska särdrag bör försiktighet iakttas när man talar om praxis. Även om en rad tidigare skiljenämnder bedömt en fråga på ett visst sätt är en separat skiljenämnd fri att finna en annan lösning.²⁶

I uppsatsen görs en omfattande genomgång av doktrin. Eftersom det finns stora oklarheter kring *res judicata*s innehåll vid internationella skiljeförfaranden sker en intressant diskussion om olika lösningar i doktrin. Uppsatsen lägger därför stor vikt vid denna teoretiska diskussion. Verk av central betydelse är Silja Schaffsteins avhandling *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals* och Kaj

²³ UNCITRAL Model Law 1985; New York-konventionen rörande erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar (1958).

²⁴ Främst europeiska stater är anslutna men även stater med delar av den geografiska ytan i Europa, såsom Azerbajdzjan och Ryssland.

²⁵ Thomson Reuters Westlaw finns tillgänglig för inloggning via Juridicums databassamling.

²⁶ Hobér (2014), s. 123.

Hobér kursmaterial *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*. Många av de artiklar som uppsatsen refererar till finns tillgängliga i databaserna HEINONLINE, Oxford International Commercial Law samt BrillOnline Discovery.²⁷

1.5 Avgränsningar

Även om res judicata är en rättslig norm förekommande i de flesta av världens stater har detta arbete ett västerländskt fokus. Uppsatsen berör nämligen främst skillnader mellan civil law-tradition och common law-tradition. Civil law-tradition har valts eftersom Sverige tillhör denna. Common law-tradition har valts eftersom dess karaktäristiska särdrag gör sig lämpliga att jämföra med civil law-tradition.²⁸ En distinktion mellan engelsk och amerikansk common law-tradition kan i vissa fall göras men distinktionen är inte relevant i denna uppsats.²⁹ Uppsatsen behandlar inte andra rättstraditioner såsom konfuciansk, islamisk eller hinduisk rättstradition. I enlighet med uppsatsens syfte att föra en diskussion om hur oförutsebarhet kan motverkas med hjälp av harmonisering vid tillämpningen av res judicata vid internationella skiljeförfaranden får den svenska lagen (1999:116) om skiljeförfarande (härefter LSF) mindre betydelse precis som andra staters nationella rättsregler. När staters nationella rättsregler används är det enbart för att illustrera exempel såsom skillnader mellan civil law-tradition och common law-tradition.

Ett skiljeförfarande föregås av en skiljeklausul vilken förhindrar domstolsprövning. Det är därför ovanligt att en skiljenämnd behöver beakta en tidigare dom från nationell domstol.³⁰ Uppsatsen berör inte en tidigare prövning i nationell domstol utan enbart ett scenario där en skiljenämnd ska ta ställning till en tidigare skiljedoms rättskraft för att avgöra huruvida res judicata föreligger. Vid ett parallellt pågående ärende tillämpas inte res judicata utan istället lis pendens.³¹ Lis pendens-frågor behandlas inte inom ramen för denna uppsats.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med ett bakgrundskapitel i vilket en generell genomgång sker av res judicata vid domstol, se avsnitt 2.1. Även om uppsatsen handlar om skiljeförfarande är tillämpningen av res judicata vid allmän domstol nämligen av central betydelse för förståelsen av res judicata. Många skillnader i tillämpningen av res judicata är som ovan nämnts hänförliga till skillnader i civil law-tradition och common law-tradition. En översiktlig presentation av karaktäristiska särdrag för dessa två rättstraditioner görs

²⁷ Dessa databaser finns tillgängliga för inloggning antingen via Juridicums databassamling eller Universitetsbibliotekets databassamling.

²⁸ Hobér (2014), s. 190.

²⁹ ILA, *Interim Report*, s. 6 och 11.

³⁰ Hobér (2014), s. 264; Schaffstein, s. 107.

³¹ Lis pendens innebär att två parallella processer om samma sak inte är tillåtna, se Hobér (2014), s. 122.

därför i bakgrundskapitlet, se avsnitt 2.1.3. I bakgrundskapitlet presenteras även karaktäristiska särdrag för skiljeförfarandet som tvistlösningsinstitut, se avsnitt 2.2.1. Denna presentation utgår från aspekter som är av relevans för res judicata. Det är väsentligt att förstå vilka intressen och övervägningar som har betydelse vid skiljeförfarande eftersom dessa skiljer sig från nationell domstol. Följden blir att även motiveringarna bakom res judicata är olika vid skiljeförfarande och nationell domstol.

Vilken rättstradition skiljenämnden influeras av påverkar huruvida res judicata klassificeras som en processuell eller materiell regel. Eftersom processuella regler ska tillämpas enligt *lex arbitri* och materiella regler enligt *lex causae* är klassificeringen avgörande. En genomgång av vad *lex arbitri* och *lex causae* innebär sker därför i avsnitt 2.2.2. Det råder delade meningar kring res judicatas rättsliga status, huruvida res judicata utgör en processuell eller materiell regel samt res judicatas materiella innehåll. Res judicatas rättsliga status samt klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel behandlas i avsnitt 3.2 respektive avsnitt 3.3. Eftersom uppsatsen lägger stor vikt vid att exemplifiera hur oförutsebarheten i res judicatas materiella innehåll kommer till uttryck ägnas hela kapitel 4 åt att konkretisera denna problematik.

Uppsatsens senare kapitel ämnar finna en tänkbar lösning på oförutsebarheten i skiljenämnders tillämpning av res judicata. Eftersom de lösningar som presenteras bygger på någon form av harmonisering presenteras grunderna för harmonisering i kapitel 5. Samma kapitel innehåller även en diskussion kring lämpliga förfarandevägar för harmonisering. Diskussionen syftar till att vara framåtblickande. I det avslutande kapitlet, kapitel 6, diskuteras två harmoniseringsalternativ ingående: harmonisering av res judicatas materiella innehåll och harmonisering av klassificeringen av res judicata, se avsnitt 6.3 respektive avsnitt 6.4. Kapitlet behandlar även huruvida nationell rätt för den tidigare eller den senare tvisten bör tillämpas, se avsnitt 6.5. I samma kapitel sammanfattas avslutningsvis vad uppsatsen kommer fram till och de tre frågeställningarna besvaras, se avsnitt 6.7.

2 Bakgrund

2.1 Res judicata vid domstolsförfarande

2.1.1 Introduktion

Detta avsnitt rör tillämpningen av res judicata vid allmän domstol. Res judicata har växt fram i staters nationella domstolar och uppsatsen behöver därför inledningsvis utgå från domstolsförfarande för att grundläggande skillnader mellan olika rättstraditioner ska framträda. Skillnaderna får även genomslag vid internationellt skiljeförfarande. Stater tillämpar nämligen i regel en liknande syn på res judicata vid skiljeförfarande som vid allmän domstol.³² Skiljenämnder tenderar i sin tur att titta på tillämpningen av en rättsnorm vid nationell domstol i den stat vars normer enligt lagvalet ska tillämpas på skiljeförfarandet. Resultatet blir att de skilda syner på res judicata som föreligger vid nationell domstol i olika rättstraditioner återspeglar sig i skiljenämnders tillämpning.³³ Kapitlet inleds med en introduktion till res judicata och dess gemensamma kärna vid domstolar världen över. Detta kapitel syftar till att ge en god förståelse för vad res judicata som rättslig norm generellt innebär samt att skapa insikt i att det finns generella skillnader mellan res judicatas materiella innehåll vid nationella domstolar i olika rättstraditioner.

Res judicata är en grundläggande rättslig norm med innebörden att en sak som slutligt avgjorts inte kan prövas igen i en separat rättegång. Principen kan även uttryckas så att rättskraften från en tidigare dom förhindrar en ny domstolsprövning av samma sak.³⁴ Det har i doktrin uttryckts att alla civiliserade rättssystem har utarbetat någon form av res judicata-norm.³⁵ Vid första anblick framstår innebörden av res judicata som klar och tydlig men efter fördjupade studier uppkommer oklarheter kring rättsnormens precisa innebörd. Vad innebär egentligen samma sak? När omständigheterna i den tidigare domen är identiska med omständigheterna i den nya tvisten uppstår inte några svårigheter. Istället uppstår ofta svårigheter kring bedömningen av res judicata när yrkanden, grunder eller invändningar i det tidigare domstolsförfarandet är lika men inte identiska med det senare domstolsförfarandet.³⁶ I teorin går res judicata ut på att finna den ursprungliga tvistens identifikation. Identifikation handlar inte bara om en tidigare tvists identitet i förhållande till en senare tvist, det vill säga relativ identifikation. Identifikation kan även förstås som var gränsen går för identiteten i en tidigare tvists anspråk.³⁷

³² Schaffstein, s. 120f.

³³ Sinai, s. 353; Stenström, Hanqvist och Ossborn, s. 40.

³⁴ Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 559; Chittharanjan, s. 168.

³⁵ Sinai, s. 354.

³⁶ Heuman (2003), s. 357.

³⁷ Nilsson (1987), s. 20.

För att i praktiken avgöra vad som utgör samma sak använder domstolar ett tre-steps-test. För att samma sak ska anses föreligga enligt tre-steps-testet krävs att den nya tvisten rör samma grunder (*legal grounds*), omfattar samma yrkanden (*relief*) och samma parter (*parties*).³⁸ Är dessa tre kriterier uppfyllda saknar domstol jurisdiktion för den nya tvisten och en ny materiell prövning är förhindrad med anledning av *res judicata*.³⁹ *Res judicata* kan ha positiv och negativ effekt.⁴⁰ Positiv *res judicata*-effekt innebär att en lagakraftvunnen dom utan omprövning direkt kan läggas till grund för ett annat anspråk gentemot motparten.⁴¹ Negativ *res judicata*-effekt innebär att en tvist som redan blivit avgjord i en tidigare process är förhindrad att prövas igen.⁴² Inleds en sådan ny tvist ska denna avvisas.⁴³

Konceptet *res judicata* kan uttryckas som en konsekvens av principen om slutgiltigt avgörande: utan *res judicata* skulle en tvist aldrig bli slutgiltigt avgjord.⁴⁴ *Res judicata* omfattar enbart en lagakraftvunnen dom. Ett avvisande av ett mål får inte *res judicata*-effekt och förhindrar på så vis inte en framtida sakprövning.⁴⁵ Eftersom rätten att få sin sak materiellt prövad är en förutsättning för *res judicata*-effekt vinner ofta inte en tredskodom *res judicata*-effekt. En tredskodom är en dom som meddelas på grund av den ena partens frånvaro och i vilken domstolen inte avgör tvisten genom saklig prövning utan enbart på formella grunder.⁴⁶ En tredskodom får i de flesta rättstraditioner enbart *res judicata*-effekt om parterna getts en genuin möjlighet till materiell prövning men missbrukat denna möjlighet.⁴⁷

I många stater (däribland Sverige) föreligger det ett indirekt samband mellan *res judicata*, rättskraft och taleändring. Försöker en part att ändra sin talan genom att framställa ett nytt yrkande eller åberopa ytterligare grunder och domstolen avvisar taleändringen är parten oförhindrad att initiera en ny stämning för det yrkande och de grunder som avvisats. Rättskraften i den ursprungliga domen omfattar således vanligtvis inte yrkanden eller grunder som avvisas i den första rättegången.⁴⁸ *Res judicata* föreligger inte eftersom den senare tvisten anses röra en annan sak. Synsättet kan motiveras med förbudet mot *déni de justice*, det vill säga förbud mot att vägra rättvisa, eftersom dessa yrkanden eller grunder annars aldrig skulle prövas av domstol.⁴⁹ På motsvarande sätt gäller i sådana stater omvänt att yrkanden eller grunder som genom taleändring skulle prövats i den tidigare rättegången omfattas av rättskraften och inte kan prövas i en ny rättegång. Detta benämns ofta rättskraftens preklusionsverkan. Eftersom de nya

³⁸ ILA, *Interim Report*, s. 2.

³⁹ Lowe, s. 40f.

⁴⁰ Hobér (2014), s. 128.

⁴¹ Hassler och Cars, s. 24; ILA, *Interim Report*, s. 2; Heuman (1999), s. 373; Hassler, s. 318.

⁴² ILA, *Interim Report*, s. 2.

⁴³ Schaffstein, s. 12; Heuman (1999), s. 373; Hassler, s. 318.

⁴⁴ Kremslehner, s. 128.

⁴⁵ Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 560.

⁴⁶ Westberg (2013), s. 41f och 198.

⁴⁷ Schaffstein, s. 20 och 32.

⁴⁸ I svensk rätt är dock skälen till avvisningen avgörande för huruvida rättskraften omfattar de avvisade yrkandena eller grunderna.

⁴⁹ Heuman (2003), s. 359.

yrkandena eller grunderna anses falla inom gränserna för den tidigare tvistens identitet förhindrar res judicata att yrkandena eller grunderna framförs i en separat rättegång. Dessa frågor avgörs alltså utan att domstolen egentligen tar ställning till dem materiellt.⁵⁰ Gränsdragningen motiveras med att den ena parten måste bära bördan för processuell passivitet, det vill säga att ett visst yrkande eller en viss grund inte åberopats. Rättstillämparen och lagstiftaren vill av processekonomiska skäl att kändeparterna ska vara uppmärksamma och noggranna i sin processföring.⁵¹ Det finns vissa undantag från det nyss sagda men dessa kommer inte att närmare behandlas i uppsatsen.⁵²

2.1.2 Syften med res judicata

Syftena bakom res judicata skiljer sig åt mellan allmän domstol och skiljeförfarande. De olika syftena beror på att olika intressegrupper har olika intressen av res judicata vid allmän domstol respektive vid skiljeförfarande. De olika intressena inverkar på hur res judicata bör utformas. För att förstå vilka intressen som ligger bakom res judicata vid skiljeförfarande är det därför lämpligt att inledningsvis titta på syftet med res judicata vid allmän domstol.⁵³ Res judicata vid allmän domstol kan motiveras både av allmänna och individuella intressen.⁵⁴ För att öka förståelsen för res judicata ska olika syften med normen diskuteras. Samhället har ett intresse av att domstolen agerar och verkar effektivt. Upprepade rättsprocesser innebär ökade kostnader för samhället genom att domare tidsmässigt tas i anspråk. Att upprepade gånger tillåta rättslig prövning av samma sak är således inte processekonomiskt.⁵⁵

För att inte förtroendet för rättsväsendet ska urholkas är det viktigt att en part kan förlita sig på att en lagakraftvunnen dom är gällande och kan utgå från att ett avgörande är definitivt.⁵⁶ Res judicata bidrar således till stabilitet i rättsväsendet men förhindrar också rättsosäkerhet på ett individuellt plan.⁵⁷ Om samma sak kan prövas i två olika rättsprocesser föreligger en risk att ett nytt avgörande rörande samma sak leder till en annan slutsats än det tidigare avgörandet. I en sådan situation föreligger två oförenliga domar och det skulle inte vara möjligt för parterna att rätta sig efter båda domarna. Ett sådant resultat urholkar förtroendet för rättsväsendet eftersom det sänder ut en signal att det i det närmaste är slumpmässigt vilken slutsats en domstol kommer fram till eftersom två olika domstolar dömer olika vid samma sakomständigheter.⁵⁸ Res judicata förhindrar även att en part av taktiska skäl avvaktar med bevisning eller att en part åberopar vissa omständigheter först i en ny process. Det ska inte uppmuntras att en part förhåller sig passiv i en

⁵⁰ Hobér (2011), s. 281; Welamsson, s. 282f; Heuman (1999), s. 374; Westberg (1998), s. 398 och 405.

⁵¹ Westberg (1998), s. 399.

⁵² Heuman (2003), s. 359.

⁵³ Syftet med res judicata vid internationellt skiljeförfarande diskuteras i avsnitt 3.1.

⁵⁴ Hobér (2014), s. 120.

⁵⁵ Hanotiau, s. 242; Schaffstein, s. 12f; Sinai, s. 360f.

⁵⁶ Westberg (2012), s. 192.

⁵⁷ Schaffstein, s. 12f.

⁵⁸ Schaffstein, s. 12f; Sinai, s. 362.

tvist för att därefter inleda en ny tvist när resultatet i den första tvisten inte är som parten önskar.⁵⁹

2.1.3 Skillnader i olika rättstraditioner

1. Inledning

En tvist som är identisk med föregående tvist kommer i näst intill alla rättstraditioner att avvisas av nationell domstol med hänvisning till *res judicata*.⁶⁰ Skillnader i tillämpning uppkommer som nämnts istället när saken i en tvist är lik men inte identisk.⁶¹ Förutom skillnader vid tillämpning av det ovan nämnda tre-steps-testet föreligger även andra avgörande skillnader i *res judicata*'s materiella innehåll mellan olika stater.⁶² Dessa skillnader kommer i det följande att behandlas. I civil law-tradition regleras *res judicata* ofta i den processrättsliga lagstiftningen. I common law-tradition saknar *res judicata* ofta lagstöd, men utgör likväl en bindande norm.⁶³

Effekten av *res judicata* inträder vid olika tidpunkter i olika stater. I bland annat USA och Frankrike inträder *res judicata* vid den tidpunkt en dom meddelas.⁶⁴ I andra stater, såsom i exempelvis Sverige, inträffar *res judicata* när en dom vinner laga kraft.⁶⁵ I många rättsstater, däribland Sverige och Tyskland, utgör *res judicata* ett tvingande processhinder som ska beaktas av domstolen *ex officio*.⁶⁶ I vissa stater, såsom i Frankrike, måste istället *res judicata* åberopas av en part för att en domstol ska beakta normen.⁶⁷ Även om skillnader mellan stater inom samma rättstradition föreligger i tillämpningen av *res judicata* är skillnaderna störst mellan olika rättstraditioner.⁶⁸ Följande presentation över skillnader mellan civil law-tradition och common law-tradition syftar till att illustrera att skillnader föreligger mellan de två rättstraditionerna. Syftet är inte att presentationen ska vara uttömmande eftersom det exakta innehållet i skillnaderna inte är centralt för detta arbete.

⁵⁹ Chittharanjan, s. 170.

⁶⁰ Hobér (2014), s. 181.

⁶¹ Heuman (1999), s. 374.

⁶² Se mer om tre-steps-testet under avsnitt 2.1.1 ovan; Schaffstein, s. 15.

⁶³ Söderlund, s. 301.

⁶⁴ Schaffstein, s. 62.

⁶⁵ Kvant och Olsson, s. 114.

⁶⁶ 17 kap. 11 § 3 st. rättegångsbalken; 34 kap. 1 § rättegångsbalken; Thornefors, rättegångsbalk, kommentar till 17 kap. 11 §, Karnov; Hobér (2014), s. 133.

⁶⁷ Hobér (2014), s. 129.

⁶⁸ Schaffstein, s. 60.

Common law-tradition

Common law-tradition har sitt ursprung i Storbritannien och karaktäriseras av domarens inflytande vid skapandet av rättsnormer samt prejudikatets bindande verkan.⁶⁹ Lag får i common law-tradition ofta en underordnad ställning i förhållande till domar.⁷⁰ Res judicata är en grundläggande och vitt utbredd norm i common law-tradition.⁷¹ I common law-tradition är tillämpningen av res judicata vidare än i civil law-tradition.⁷² Nedan kommer för common law-tradition unika institut att behandlas vilka inverkar på och vidgar tillämpningen av res judicata.

Ett för common law-tradition karaktäristiskt institut är *issue estoppel* (ibland benämnt *issue preclusion*) som innebär att de fakta som fastställs och är av central betydelse för domslutet inte kan prövas igen i en ny process. Detta gäller trots att saken är en annan enligt tre-steps-testet.⁷³ I domskälen presenteras domstolens motivering till domslutet. Domstolen resonerar och fastställer i domskälen fakta och därför innebär *issue estoppel* att även domskälen omfattas av res judicata. Tillämpningen av *issue estoppel* ger uttryck för ett synsätt där en dom återspeglar vad som faktiskt har hänt och att fastställda fakta därför ska ligga till grund för senare domar. Domen uttrycker på så vis en *sanning* om ett visst faktiskt förhållande. En ny dom bör därför inte nå motsatt resultat eftersom det inte kan finnas två motstridiga sanningar. På så vis kan res judicata även anses omfatta de omständigheter som blivit fastställda i en tidigare dom.⁷⁴ Vid *issue estoppel* kan yrkandet i den nya processen helt sakna koppling till den tidigare domen så länge parterna är desamma.⁷⁵ Det finns vissa undantag vid tillämpning av *issue estoppel* men dessa kommer inte att behandlas närmare.⁷⁶

Ett annat för common law-tradition unikt institut är *privy*. Omfattningen av *privy* varierar något mellan särskilt Storbritannien och USA men grunddragen är desamma.⁷⁷ Gemensamt för både common law-tradition och civil law-tradition är att tredje part aldrig kan åberopa en rättighet eller bindas av en skyldighet i en dom.⁷⁸ Institutet *privy* utvidgar däremot vem som i common law-tradition kategoriseras som part utöver de direkta parterna själva. *Privy* innebär alltså att någon genom annans rätt omfattas av rätten till fördelar av, eller skyldighet att vara bunden av, en tidigare dom.⁷⁹ Exempel på *privies* är ättlingar, arvingar eller subjekt som övertar rättigheter

⁶⁹ Wilshere, s. 1; Glenn, s. 252f; Hartley, s. 37.

⁷⁰ Hartley, s. 37.

⁷¹ Sinai, s. 354.

⁷² Ibid, s. 284; ILA, *Interim Report*, s. 14f.

⁷³ Schaffstein, s. 60; ILA, *Interim Report*, s. 6ff; Sinai, s. 358.

⁷⁴ Brekoulakis (2011), s. 182; Schaffstein, s. 60.

⁷⁵ Schaffstein, s. 21f och 35f.

⁷⁶ Ett undantag är exempelvis om det efter att en dom meddelats visas att domen är juridiskt felaktig. En sådan dom står fast mellan domens parter men får inte *issue estoppel*-verkan, se vidare Sinai, s. 364; Schaffstein, s. 23.

⁷⁷ Brekoulakis (2005), s. 10f.

⁷⁸ Schaffstein, s. 62.

⁷⁹ ILA, *Interim Report*, s. 8ff.

eller skyldigheter till följd av en parts insolvens. Ett subjekt kan även inta rollen som *privy* genom intresse, exempelvis mellan två partners som tillsammans driver ett bolag. Privy genom intresse kan också uppstå när ett subjekt haft så pass sammanflätade intressen med en part samt deltagit i den tidigare processen bakom denna part att subjektet anses ha agerat i samma enhet som parten.⁸⁰ Bedömningen av om *privy* genom intresse föreligger bygger bland annat på graden av identifikation mellan parterna. Det är inte tillräckligt med ett allmänt intresse för utgången i ett mål. Det är inte heller tillräckligt med enbart ett ekonomiskt intresse eller en ekonomisk rätt för att *privy* ska uppstå.⁸¹ Konsekvensen av att någon är att anse som *privy* är att denne kan åberopa *res judicata* till sin egen fördel.⁸²

Civil law-tradition

Civil law-tradition har sitt ursprung i romersk rätt och karaktäriseras av lagstiftningens centrala roll.⁸³ Många västeuropeiska stater såsom Tyskland, Frankrike, Belgien, Nederländerna och Sverige tillhör civil law-tradition. I civil law-traditioner kan *res judicata*s tillämpningsområde beskrivas som smalt och sträcker sig enbart till vad som enligt tre-steps-testet i strikt bemärkelse anses utgöra samma sak.⁸⁴ Motsvarande institut som *common law*-traditionens *issue estoppel* och *privy* saknas i civil law-tradition.⁸⁵

Res judicata är i civil law-tradition separat från finlandet av fakta: en dom kan bara uttrycka de juridiska konsekvenserna av vad som antas ha hänt, inte avgöra vad som faktiskt har hänt. Uttryckt på ett annat sätt vinner endast yrkanden och grunder i förening med varandra *res judicata*-effekt.⁸⁶ Domskalet i sig vinner inte *res judicata*-effekt.⁸⁷ Även detta skiljer sig från *common law*-tradition.⁸⁸ Eftersom parternas yrkanden ligger till grund för domslutet får yrkandena avgörande betydelse för vad som omfattas av *res judicata*. Fakta som domen fastställer utgör alltså inte i sig en *sanning* utan snarare ett *antagande om vad som förmodligen hänt*. En domstol i en efterföljande tvist om en annan sak är således inte bunden av de slutsatser kring fakta den tidigare domstolen dragit i sina domskäl. *Res judicata* får på så vis inte i bevishänseende någon påverkan på efterföljande tvist om en annan sak eftersom det saknas en universell sanning rörande sakomständigheterna.⁸⁹

⁸⁰ Schaffstein, s. 38; ILA, *Interim Report*, s. 9; Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 85ff.

⁸¹ Schaffstein, s. 26ff och 37f.

⁸² Hobér (2014), s. 270.

⁸³ Glenn, s. 133.

⁸⁴ Chittharanjan, s. 169; ILA, *Interim Report*, s. 14; Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 559: se om tre-steps-testet i avsnitt 2.1.1.

⁸⁵ Söderlund, s. 302f; Schaffstein, s. 28 och 40; se RH 2003:55 angående avsaknad av motsvarighet till *privy* i svensk rätt.

⁸⁶ Heuman (1999), s. 378; Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 559; ILA, *Interim Report*, s. 26.

⁸⁷ Söderlund, s. 302.

⁸⁸ Se *common law*-tradition under avsnitt 2.1.3.

⁸⁹ Schaffstein, s. 60; Brekoulakis (2011), s. 182; ILA, *Interim Report*, s. 14.

Några ytterligare kommentarer om skillnader mellan common law-tradition och civil law-tradition

Det kan generellt konstateras att res judicata har ett vidare tillämpningsområde inom common law-tradition än i civil law-tradition. I common law-tradition omfattar res judicata, på grund av *issue estoppel*, utöver domslutet även domskälen.⁹⁰ En vidare tillämpning av res judicata likt den i common law-tradition minskar i större utsträckning risken för motstridiga domar. En domstol i civil law-tradition kan när den tvistade saken är en annan nå en annan slutsats rörande fastställandet av fakta i jämförelse med en separat lagakraftvunnen dom. Fastställandet av fakta anses i civil law-tradition således inte utgöra en *sanning* och är på så vis inte universellt.

Att förmå parter att vid en och samma process framföra allt som kan komma att bli aktuellt är till viss del processekonomiskt eftersom det förhindrar nya domstolsprocesser. Vid en alltför vid tillämpning av res judicata riskerar dock res judicata-effekterna att bli svåra att förutse för parterna. Detta kan uppmuntra ett beteende där en part vill *gardera sig* och framföra yrkanden som inte kommer att kunna åberopas efter en lagakraftvunnen dom. Dessa yrkanden skulle inte framförts om res judicata tillämpats restriktivt och beteendet är i denna bemärkelse inte processekonomiskt. En fördel med civil law-traditionens smalare tillämpning av res judicata är att parterna inte behöver lägga ner lika mycket tid på en mindre tvist innehållande enbart vissa specifika yrkanden och grunder jämfört med vad de skulle göra vid en större tvist. I common law-tradition behöver parterna gardera sig och framföra alla tänkbara yrkanden och grunder även vid en liten tvist.⁹¹

2.2 Internationella skiljeförfaranden⁹²

2.2.1 Generellt om skiljeförfarande

I detta avsnitt följer en allmän introduktion till skiljeförfarande som tvistlösningsform. Avsnittet presenterar först karaktäristiska kännetecken för skiljeförfarandet såsom partsautonomi och flexibilitet, icke-offentlighet och sekretess samt bindande och slutliga avgöranden. Syftet med introduktionen är att beskriva karaktäristiska skillnader mellan skiljeförfarande och domstolsförfarande vilka har betydelse för den fortsatta diskussion om res judicata som förs i uppsatsen. I avsnittet behandlas avslutningsvis skillnaden mellan ad hoc och institutionella förfaranden samt olika relevanta regelverk.

Skiljeförfarande är en tvistlösningsform som i enlighet med parternas vilja ersätter domstolsförfarande.⁹³ Skiljeförfarande kännetecknas av partsavsikten vilken uttrycks genom avtal. Omfattningen av skiljenämndens

⁹⁰ Hobér (2014), s. 127f; Schaffstein, s. 60.

⁹¹ Schaffstein, s. 61.

⁹² Begreppet internationellt skiljeförfarande definieras i uppsatsen som ett skiljeförfarande där skiljeförfarandets parter och/eller skiljedomare är av olika nationalitet.

⁹³ Gebrehana, s. 25f.

befogenhet följer av vad parterna kommit överens om i avtalet (parternas konsensus). Partsautonomin kan härledas ur principen *pacta sunt servanda* vilken innebär att parternas vilja och avsikt ska respekteras. Parternas vilja att lösa en tvist genom skiljeförfarande uttrycks antingen i ett separat skiljeavtal eller genom en skiljeklausul inkorporerad i ett större avtal.⁹⁴ Ett skiljeavtal kan kategoriseras som ett avtal av till största del civilrättslig karaktär men med vissa processuella verkningar.⁹⁵

En skiljedom vinner i likhet med en dom från nationell domstol positiv och negativ rättskraft.⁹⁶ I och med att skiljedomen meddelas kan det materiella innehållet i skiljedomen inte överklagas utan tvisten anses slutligt avgjord.⁹⁷ Eftersom skiljenämndens mandat följer ur partsavsikten är det endast parterna som binds av en skiljedom. Tillämpas synen på *res judicata* enligt *common law-tradition* inkluderas i enlighet med vad som framförts ovan även de som genom institutet *privy* anses som part.⁹⁸ Parterna kan även gemensamt enas om att en skiljedom inte är bindande och därmed inte får *res judicata*-effekt. I slutändan är det parternas vilja som avgör vad skiljeförfarandet innebär och vilken effekt en skiljedom ska få mellan dem. Skiljeförfarandet är till sin natur icke-offentligt. Skiljeförfarandet lämpar sig därför för parter som önskar att en tvist ska lösas diskret.⁹⁹ Det varierar dock något mellan olika rättsordningar huruvida ett specifikt sekretessavtal krävs mellan parterna. I exempelvis Sverige och Australien är ett sekretessavtal mellan parterna nödvändigt för att sekretess ska föreligga mellan parterna.¹⁰⁰ I vissa stater, såsom i Storbritannien, anses sekretess generellt föreligga utan att detta uttryckligen avtalas mellan parterna till skiljeklausulen.¹⁰¹ I andra stater råder oklarhet kring huruvida ett sekretessavtal är nödvändigt, exempelvis i Frankrike.¹⁰²

Skiljeförfarandets parter har stora möjligheter att utforma skiljeförfarandet efter sina önskemål och kan exempelvis enas om vilka processuella regler som ska tillämpas på tvisten.¹⁰³ Ett skiljeförfarande kan antingen ske *ad hoc* eller med hjälp av ett skiljedomsinstitut. Om ett skiljeförfarande sker *ad hoc* innebär det att det genomförs utan hjälp av ett skiljedomsinstitut.¹⁰⁴ Parterna ansvarar i sådant fall själva för all kommunikation, utnämmandet av skiljedomare etcetera.¹⁰⁵ Exempel på skiljedomsinstitut är bland annat ICC, LCIA och SCC. Skiljedomsinstitutet parterna valt assisterar parterna och har utformat egna förfaranderegler (processuella regler).¹⁰⁶ Dessa

⁹⁴ Hobér (2014), s. 109, 194 och 257.

⁹⁵ Hassler och Cars, s. 23.

⁹⁶ Heuman (1999), s. 550; se avsnitt 2.1.1.

⁹⁷ Hobér (2014), s. 109 och 113.

⁹⁸ Se *common law-tradition* under avsnitt 2.1.3.

⁹⁹ Hobér (2014), s. 113 och 191f.

¹⁰⁰ NJA 2000 s. 538, *Bulbank-målet*, s. 550ff; *ESSO Resources Ltd. v. Plowman*; Jarvin (1996), s. 150.

¹⁰¹ *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*, s. 13.

¹⁰² Jarvin (1996), s. 150 och 154f.

¹⁰³ Hobér (2014), s. 113.

¹⁰⁴ Westberg (2012), s. 445; Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 42.

¹⁰⁵ Jarvin (1983), s. 433.

¹⁰⁶ Exempelvis SCC:s skiljedomsregler 2017; Holtzmann och Neuhaus, s. 6.

förfaranderegler är ofta mer detaljerade än en stats nationella processuella regler om skiljeförfarande.¹⁰⁷

Processuella skiljedomsregler har även utarbetats av UNCITRAL. Många skiljedomsinstitut har använt dessa skiljeförfaranderegler vid utformningen av sina egna förfaranderegler.¹⁰⁸ Parterna kan också själva direkt hänvisa till UNCITRAL:s skiljedomsregler exempelvis när de tillämpar ett ad hoc-förfarande.¹⁰⁹ Många av de för skiljeförfarande specifikt utformade förfarandereglerna är utformade för att vara flexibla. Flexibiliteten bidrar till att parterna får möjlighet att anpassa processen efter sina önskemål och tvistens karaktär. En naturlig följd av det flexibla innehållet i de valda processuella reglerna är att ett stort tolkningsutrymme vanligtvis lämnas till skiljenämnden.¹¹⁰

Utöver UNCITRAL:s skiljedomsregler har UNCITRAL även utarbetat modellregler som riktar sig till stater och som har antagits och inkorporerats i nationell rätt i fler än 60 stater.¹¹¹ Dessa antogs 1985 av Förenta Nationernas (härefter FN) generalförsamling.¹¹² Syftet med modellreglerna är att harmonisera internationella skiljeförfaranden genom modellregler som kan inkorporeras i staters nationell rätt.¹¹³ Modellreglerna riktar sig således inte till skiljeförfarandets parter men skiljenämnder kan finna vägledning i dessa.¹¹⁴ Inte heller New York-konventionen är utformad för skiljeförfarandets parter men kan användas av dessa för vägledning.¹¹⁵

Utöver nämnda regelverk finns specifikt för res judicata rekommendationer utarbetade av ILA, vilka utgör typiska exempel på *soft law*.¹¹⁶ Rekommendationerna är framtagna för att motverka olika tolkningar av res judicata. De kan inkorporeras i avtalet mellan parterna alternativt självständigt beaktas av skiljenämnden för vägledning. Rekommendationerna uppmuntrar till en vid internationella skiljeförfaranden gränsöverskridande syn istället för att res judicata ska bedömas enligt nationell rätt.¹¹⁷

Syftet med riktlinjerna är att utgöra ett steg i diskussionen kring huruvida harmoniserade regler kan gynna internationella skiljeförfaranden. Rekommendationerna bör ses som ett framåsyftande dokument med

¹⁰⁷ Westberg (2012), s. 445.

¹⁰⁸ Jarvin (1983) s. 432; Se bland annat SCC Procedures for the Arbitration of Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules 2010, 2015.

¹⁰⁹ Hobér (2014), s. 116f; UNCITRAL:s Skiljedomsregler, 2010, artikel 1.1; Chukwumerije, s. 91; Holtzmann och Neuhaus, s. 7.

¹¹⁰ Hope, s. 173f.

¹¹¹ Hobér (2014), s. 116f; UNCITRAL Model Law 1985; Cordero-Moss, s. 28.

¹¹² General Assembly Resolution 40/72, 40 GAOR Supp. No. 53, A/40/53 at 308; Holtzmann och Neuhaus, s. 1.

¹¹³ Gélinas, s. 271f.

¹¹⁴ Holtzmann och Neuhaus, s. 1.

¹¹⁵ New York-konventionen, artikel 1.

¹¹⁶ Fazio, s. 20f.

¹¹⁷ Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 559f; Schaffstein, s. 4; ILA, *Final Report*, s. 68.

intentionen att på sikt ge upphov till förändringar i internationell rätt.¹¹⁸ De senaste åren har ett antal skiljenämnder beaktat rekommendationerna.¹¹⁹ Andra skiljenämnder har varit kritiska till att tillämpa dem. De kritiska skiljenämnderna tenderar att tillämpa *res judicata* i enlighet med nationell rätt i *lex arbitri* eller *lex causae* (dessa två begrepp förklaras i avsnitten nedan).¹²⁰ Eftersom parterna kan avtala att ILA:s rekommendationer ska vara bindande mellan dem kan rekommendationerna få samma genomslag som förfaranderegler.¹²¹

I slutändan måste möjlighet till erkännande och verkställighet av en skiljedom finnas. För att en skiljedom ska vara möjlig att verkställa krävs det att nationell rätt där skiljeförfarandet har sitt säte erkänner skiljedomen.¹²² Ett skiljeförfarande som sker i enlighet med den nationella rätten i *lex arbitri* ska nämligen som huvudregel erkännas och verkställas av alla stater anslutna till New York-konventionen.¹²³ New York-konventionen är inte direkt bindande för parterna eftersom enbart stater kan underteckna denna, men konventionen får ändå avgörande betydelse eftersom det är väsentligt för parterna att skiljedomen erkänns i den stat där en part söker eller avser att söka erkännande.¹²⁴ Tack vare New York-konventionen har en part normalt större möjlighet att få en skiljedom verkställd i en främmande stat än en dom från en främmande stats nationella domstol.¹²⁵ Eftersom det är viktigt att en skiljedom erkänns av stater bör skiljenämnden beakta New York-konventionen trots att konventionen inte är direkt bindande för parterna.¹²⁶

2.2.2 Lex causae och lex arbitri

Inledning

Vid ett internationellt skiljeförfarande är det vanligt förekommande att en stats processuella regler tillämpas och en annan stats materiella regler tillämpas. Det talas i dessa sammanhang om säteslandets och kontraktslandets rättsnormer.¹²⁷ *Lex causae* utgör kontraktets lag och syftar till de materiella regler som ska tillämpas på tvisten. *Lex arbitri* består av de processuella regler som följer av det sätesland parterna valt för skiljeförfarandet. Eftersom det råder olika meningar huruvida vissa rättsnormer, däribland *res judicata*, är att anse som processuella eller

¹¹⁸ Hobér (2014), s. 259ff.

¹¹⁹ Detta enligt Schaffstein, s. 149.

¹²⁰ Detta enligt Hobér (2014), s. 259f.

¹²¹ ILA, *Final Report*, s. 69.

¹²² Hobér (2014), s. 192; Holtzmann och Neuhaus s. 7.

¹²³ New York-konventionen, artikel 3 och artikel 5; Scherer, s. 194.

¹²⁴ Holtzmann och Neuhaus, s. 8.

¹²⁵ Dock innebär Bryssel I-förordningen att även domar från nationella domstolar meddelade inom Europeiska Unionen (härefter EU) måste verkställas av andra medlemsstater, se Bryssel I-förordningen, 44/2001 (omarbetad 2015); Hobér (2014), s. 113ff.

¹²⁶ Schaffstein, s. 148.

¹²⁷ Hobér (2011), s. 36 och 61.

materiella regler ska begreppen *lex causae* och *lex arbitri* i det följande förklaras.¹²⁸

Lex causae

Parterna har möjlighet att välja vilken materiell lag som ska tillämpas på parternas kontrakt och därmed på den tvist som uppkommer ur kontraktet. Tillämplig lag på kontraktet benämns *lex causae*.¹²⁹ Exempel på materiella regler är normer rörande fel i en köpt vara och tolkning av ett kommersiellt kontrakt.¹³⁰ Möjligheten att välja en annan tillämplig lag på den materiella tvisten än den materiella lag som tillhör sätetslandet innebär att ett skiljeförfarande exempelvis kan ha säte i USA med följderna att amerikanska processuella regler tillämpas samtidigt som den materiella tvisten bedöms enligt den svenska köplagen.¹³¹

Lex arbitri

Skiljeförfarandets parter har möjlighet att välja i vilken stat de vill att sätet för skiljeförfarandet ska vara. Val av säte avgör bland annat vilken domstol som är forum för klander av skiljedomen samt vilken stats processuella regler som ska tillämpas på tvisten.¹³² De tillämpliga processuella regler som följer av sätetslandet kallas *lex arbitri*.¹³³ Vid domstolsförfarande utgörs de processuella reglerna av normer som återspeglar hur staten anser att tvister bör lösas så att rättvisa och effektivitet upprätthålls. Vid skiljeförfarande innefattar de processuella reglerna i nationell rätt ofta regler om tvistens förfarande och handläggning såsom utnämning av skiljenämnd, parts rätt till tid att förbereda sin process, parts rätt att bli hörd, möjlighet till klander och så vidare. De nationella processuella reglerna är av stor betydelse för skiljeförfarandet eftersom det är dessa rättsregler som skiljenämnden faller tillbaka på om parterna inte avtalat om annat, oavsett om de nationella processuella reglerna utgör dispositiva eller tvingande förfaranderegler.¹³⁴

Vid internationella skiljeförfaranden får skiljenämnden inte sin direkta kompetens från nationell rätt i sätetslandet utan skiljeförfarandet är som framförts ovan istället en produkt av partsviljan och skiljeavtalet.¹³⁵ Därför kan en stats intresse av att tillämpa processuella regler tänkas vara större vid

¹²⁸ Scherer, s. 199f; se avsnitt 3.3 rörande processuella och materiella regler.

¹²⁹ Ett alternativt begrepp med samma innebörd är *lex contractus*, som dock inte används i denna uppsats.

¹³⁰ Kvant och Olsson, s. 176; Chukwumerije, s. 77.

¹³¹ Köplag (1990:931).

¹³² Cars, lag (1999:116) om skiljeförfarande, kommentar till 46 §, Karnov; Cars, lag (1999:116) om skiljeförfarande, kommentar till 22 §, Karnov.

¹³³ Hobér (2014), s. 207; notera att förfaranderegler såsom ICC Rules of Arbitration, LCIA Arbitration Rules, SCC:s skiljedomsregler och UNCITRAL Arbitration Rules aldrig utgör *lex arbitri*.

¹³⁴ Chukwumerije, s. 75f.

¹³⁵ Se avsnitt 2.2.1.

allmän domstol än vid skiljeförfarande. Det finns dock även vid skiljeförfarande ett intresse för säteslandet att säkerställa att skiljeförfarandet sker på ett tillfredställande sätt och att grundläggande krav på rättssäkerhet följs eftersom skiljedomen får juridiska konsekvenser.¹³⁶

Genom parternas hänvisning till förfaranderegler finns i viss mån möjlighet att avvika från de processuella reglerna som följer av *lex arbitri*. Det är dock inte möjligt med avvikelse från processuella regler av tvingande karaktär.¹³⁷ Tvingande processuella regler inskränker på så vis partsautonomin.¹³⁸ Tvingande processuella regler innefattar de normer en stat anser är nödvändiga för att rättssäkerhet ska föreligga. Dessa tvingande normer får alltid företräde framför parternas valda förfaranderegler. Vilka processuella regler som anses tvingande varierar från stat till stat men innefattar ofta exempelvis rätten att bli hörd. Skiljeförfarandet befinner sig alltså inte i ett vakuum utan istället i en kontext av nationell rätt.¹³⁹ Exempelvis innebär valet av Sverige som sätesland att vissa tvingande paragrafer i LSF och rättegångsbalken (som i vissa delar är analogt tillämplig) inskränker partsautonomin.¹⁴⁰

Det har på vissa håll i doktrin framförts att skiljeförfarandets anknytning till sitt *lex arbitri* bör minska genom att parterna, oavsett om de valt institutionella regler eller ad hoc-förfarande, inte ska vara bundna av sätesstatens tvingande processuella normer.¹⁴¹ En sådan teori benämns delokaliseringsteorin. Delokaliseringsteorin kan dock kritiseras eftersom skiljeförfarandet inte kan existera i ett vakuum utan får sin processuella giltighet från säteslandet.¹⁴² Argumentet att det internationella skiljeförfarandet behöver vara självständigt i förhållande till nationella rättsnormer eftersom internationella skiljeförfaranden behöver vara självständiga liknar i det närmaste ett cirkelresonemang.¹⁴³

Det är naturligt att tänka sig att de flesta stater vill behålla viss kontroll över förfarandet genom att upprätthålla en miniminivå för rättvisa och rättigheter för tredje part.¹⁴⁴ USA:s högsta domstol har bland annat uttalat stöd för en sådan kontroll.¹⁴⁵ De europeiska stater som har ratificerat EKMR är dessutom förpliktade att säkerställa att parterna har faktisk tillgång till rättslig prövning samt att prövningen sker i en av rättsordningen accepterad domstolsprocess som tillgodoser vissa rättssäkerhetsgarantier.¹⁴⁶ Detsamma gäller för stater anslutna till Europeiska Unionen (härefter EU).¹⁴⁷ För

¹³⁶ Chukwumerije, s. 76.

¹³⁷ Ibid, s. 84.

¹³⁸ Hobér (2011), s. 36.

¹³⁹ Chukwumerije, s. 84.

¹⁴⁰ Hobér (2011), s. 36f.

¹⁴¹ Fauvrelle, s. 49f; Chukwumerije, s. 85 och 88f.

¹⁴² Hobér (2011), s 37f.

¹⁴³ Fauvrelle, s. 49f.

¹⁴⁴ Stenström, Hanqvist och Ossborn, s. 42f; Chukwumerije, s. 87.

¹⁴⁵ *Scherk v. Alberto-Culver Co.* (1974), s. 507; Chukwumerije, s. 87.

¹⁴⁶ EKMR, artikel 6.1.

¹⁴⁷ Europeiska Unionens stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna, EUT C 83/389, artikel 47 (härefter EU-stadgan).

parterna får en minskad anknytning till *lex arbitri* inte någon direkt kommersiell betydelse. Av större betydelse för parterna torde förutsebarheten av tillämpliga rättsnormer vara. Motiven bakom delokaliseringsteorin får därför anses vara främst ideologiska och har parternas totala frihet som målsättning. Det kan istället tänkas att målsättningen, med parternas intresse i beaktande, bör vara att nationella rättsordningar i så stor utsträckning som möjligt ska acceptera och verkställa skiljedomar.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Fauvrelle, s. 55ff.

3 Res judicata vid internationella skiljeförfaranden

3.1 Introduktion

Vid internationella skiljeförfaranden är res judicatas negativa effekt av större relevans än dess positiva effekt, eftersom den negativa effekten innebär att en tidigare skiljedom rörande samma tvist förhindrar ett nytt skiljeförfarande.¹⁴⁹ Syftet med res judicata vid skiljeförfarande är delvis samma som vid allmän domstol.¹⁵⁰ Istället för att res judicata förhindrar att allmänna resurser slösas vid allmän domstol förhindrar res judicata vid skiljeförfarande istället onödiga kostnader för parterna. I båda fallen föreligger alltså ett processekonomiskt motiv. Upprepade förfaranden innebär nämligen ytterligare kostnader för parterna i form av ökade ombudskostnader, ersättning till skiljenämnden och vid institutionellt skiljeförfarande även handläggningsavgifter till skiljedomsinstitutet.

För att den tidigare skiljedomen ska beaktas förutsätts att den är slutgiltig, bindande och erkänns i den stat där det senare skiljeförfarandet äger rum.¹⁵¹ Det saknas ofta uttryckliga detaljerade nationella regler om res judicata vid skiljeförfarande, men generellt är statens syn på res judicata densamma som vid domstolsförfarande.¹⁵² Res judicatas materiella innehåll vid nationell domstol är även av betydelse vid internationellt skiljeförfarande.¹⁵³ En del skiljenämnder tillämpar nämligen, förutom nationella normer direkt tillämpliga vid skiljeförfarande, även den syn på res judicatas materiella innehåll som föreligger i nationella rättsregler tillämpliga vid domstolsprocess.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Hobér (2014), s. 121.

¹⁵⁰ Se avsnitt 2.1.2 rörande res judicatas syften vid allmän domstol.

¹⁵¹ Hobér (2014), s. 263.

¹⁵² Schaffstein, s. 120f.

¹⁵³ Se avsnitt 2.1 om tillämpning av res judicata vid nationell domstol.

¹⁵⁴ Stenström, Hanqvist och Ossborn, s. 40.

3.2 Res judicatas rättsliga status vid internationella skiljeförfaranden

Inom den internationella skiljemannarätten råder det konsensus om att res judicata utgör en bindande norm.¹⁵⁵ Det råder däremot delade meningar kring res judicatas rättsliga status, huruvida res judicata utgör en processuell eller materiell regel samt kring res judicatas materiella innehåll. I detta avsnitt kommer res judicatas rättsliga status att behandlas. Utgör res judicata en allmän internationell rättsprincip? Det vill säga en rättsprincip som är tillämplig oavsett vilket *lex arbitri* eller *lex causae* parterna valt. Eller utgör res judicata internationell sedvanerätt? Det vill säga sedvanerätt som är tillämplig oavsett vilket *lex arbitri* eller *lex causae* parterna valt. En norm som är bindande för parter utan att dessa uttryckt vilja härom bör kunna kategoriseras och härledas.

Det varierar mellan olika rättsordningar huruvida res judicata i nationell rätt ses som en allmän rättsprincip. Det finns därför inte någon vägledning för internationella skiljeförfaranden att hämta ur nationell rätt.¹⁵⁶ Flera skiljenämnder har uttalat att res judicata utgör en internationellt gällande rättsprincip.¹⁵⁷ Liknande uttalanden har också gjorts när det gäller internationella domstolar, bland annat vid anstiftandet av Nationernas förbunds fasta mellanfolkliga domstol (härefter PCIJ).¹⁵⁸

Det finns de som menar att res judicata utgör internationell sedvanerätt.¹⁵⁹ Sedvanerätt innebär att en norm genom bruk över lång tid har blivit bindande. För att sedvanerätt ska föreligga krävs normalt ett omfattande bruk över tid samt att *opinio juris* föreligger. *Opinio juris* innebär att en norm uppfattas som gällande av de som omfattas av den.¹⁶⁰ Under dessa förutsättningar anses de formella kriterierna för att betrakta res judicata som internationell sedvanerätt därmed uppfyllda.¹⁶¹ Om res judicata utgör en rättsnorm som parterna genom avtal kan inskränka ligger det närmre till hands att normen utgör sedvanerätt än en internationellt gällande rättsprincip.¹⁶² Utgör res judicata sedvanerätt vid internationella

¹⁵⁵ Shany, s. 246; ILA, *Interim Report*, s. 24; *The Pious Fund Case*, s. 1.

¹⁵⁶ ILA, *Interim Report*, s. 27.

¹⁵⁷ Detta enligt ILA, *Interim Report*, s. 22ff.

¹⁵⁸ Res judicata ansågs exempelvis utgöra en internationellt gällande rättsprincip vid instiftandet av PCIJ. Domstolen upplöstes 1946. Lord Phillimore, som var domare i Storbritanniens högsta domstol runt förra sekelskiftet, uttrycker följande om res judicata som en allmän rättsprincip vid anstiftandet av PCIJ: "*the general principles ... were these which were accepted by all nations in foro domestico, such as certain principles of procedure, the principle of good faith, and the principle of res judicata.*" League of Nations, Statute of Permanent Court of International Justice, den 16 december 1920, artikel 38.3; Aljaghoub, s. 204; Citatet återfinns i Rothwell, Kaye, Akhtarkhavari, och Davis, s. 86; Shany, s. 246.

¹⁵⁹ Shany, s. 245.

¹⁶⁰ Fazio, s. 23.

¹⁶¹ Shany, s. 246.

¹⁶² Schaffstein, s. 204.

skiljeförfaranden har parterna alltså möjlighet att ingå avtal som i förväg, eller efter att skiljedom meddelats, inskränker eller utvidgar en doms rättskraft och därigenom även inskränker eller utvidgar res judicata. Anses sådana avtal möjliga talar detta för att res judicata klassificeras som sedvanerätt eftersom avtal som inskränker allmänna rättsprinciper inte är möjliga.¹⁶³ Det råder i doktrin delade meningar huruvida sådana avtal är möjliga men en övervägande majoritet argumenterar för att sådan avtalsmöjlighet föreligger.¹⁶⁴

Att en övervägande majoritet i doktrin anser att parterna har möjlighet att genom avtal inskränka omfattningen av res judicata talar alltså för att res judicata utgör sedvanerätt eftersom avsteg kan göras från sedvanerätt genom avtal. Det är däremot svårare för parter att avtala bort grundläggande rättsliga principer. Med detta i beaktande förefaller res judicata snarare utgöra internationell sedvanerätt än en internationellt gällande rättsprincip. Följden blir att res judicata utgör internationell sedvanerätt oavsett vilken syn nationell rätt har på res judicata. Sedvanerättens materiella innehåll är dock oklart och ger därför inte närmre vägledning för skiljenämnder.¹⁶⁵

3.3 Utgör res judicata en processuell eller materiell regel?

I detta kapitel behandlas klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel. Att det föreligger en distinktion mellan processuell och materiell rätt vid internationella skiljeförfaranden är allmänt vedertaget. Res judicata befinner sig i gränslandet mellan processuell och materiell rätt och klassificeras därför olika i olika rättstraditioner. Frågan om res judicata ska klassificeras som en materiell eller processuell regel är beroende av om skiljenämnden influeras av common law-tradition eller civil law-tradition samt vad parterna angett i sitt avtal.¹⁶⁶

De flesta skiljenämnder väljer att tillämpa nationell rätt för vägledning av res judicatas materiella innehåll eftersom det saknas internationella normer att använda som tolkningsunderlag.¹⁶⁷ Det finns dock flera möjliga stater vars nationella rätt kan tillämpas: dels den stat som är *lex causae* och dels den stat som är *lex arbitri*. Är *lex arbitri* och *lex causae* samma stat blir klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel inte något problem eftersom res judicata då får samma materiella innehåll oavsett klassificering.¹⁶⁸ Problem uppstår däremot när olika staters lag tillämpas för *lex arbitri* och *lex causae*, vilket är vanligt förekommande.¹⁶⁹

¹⁶³ ILA, *Final Report*, s. 81ff.

¹⁶⁴ Jämför Hobér (2014), s. 257f; Heuman (1992), s. 930; Heuman (1999) s. 380.

¹⁶⁵ Schaffstein, s. 83.

¹⁶⁶ Chukwumerije, s. 78; ILA, *Interim Report*, s. 26.

¹⁶⁷ Schaffstein, s. 158.

¹⁶⁸ Hobér (2014), s. 236 och 258.

¹⁶⁹ Chukwumerije, s. 77.

Generellt finns i civil law-tradition en tendens att klassificera ett större omfång normer som processuella regler i jämförelse med common law-tradition.¹⁷⁰ Res judicata utgör en sådan norm.¹⁷¹ Är skiljenämnden influerad av en civil law-syn kommer res judicata att anses utgöra en processuell regel. Följden blir att skiljenämnden tillämpar res judicata i enlighet med den stat som utgör *lex arbitri*.¹⁷² I ett delbetänkande uttrycker ILA stöd för synsättet att res judicata utgör en processuell regel.¹⁷³ En konsekvens av att res judicata klassificeras som en processuell regel är att nationellt tvingande regler enligt *lex arbitri* går före en rättsnorm som inkorporerats i de förfaranderegler parterna i skiljeavtalet hänvisar till. Parternas möjlighet att avtala om res judicatas materiella innehåll inskränks på så vis beroende på den nationella rätten i *lex arbitri*.¹⁷⁴ I vissa stater, däribland Sverige, är processuella avtal ogiltiga enligt den processuella ogiltighetsprincipen. I Sverige krävs det lagstöd för att avsteg från principen ska vara tillåtet. Om res judicata klassificeras som en processuell regel godkänner de stater i vilka processuella avtal kräver lagstöd inte att parterna själva reglerar omfattningen av res judicata.¹⁷⁵

Generellt finns i common law-traditioner en större tendens att klassificera normer som materiella regler. Denna tendens har motiverats med att det är enklare att få genomslag för materiella regler i självständiga common law-jurisdiktioner såsom stater tillhörande Samväldet (tidigare det brittiska imperiet) än vad det är att få genomslag för processuella regler i dessa jurisdiktioner.¹⁷⁶ Tillämpar skiljenämnden istället en syn hämtad från common law-tradition kommer res judicata därför att anses utgöra en materiell regel. Följden av en sådan klassificering är att skiljenämnden tillämpar res judicata i enlighet med den rätt som utgör *lex causae*.¹⁷⁷

Anger parterna exempelvis att fransk rätt ska tillämpas på kontraktet medan sätet ska vara Storbritannien kommer fransk rätt att tillämpas på den materiella tvisten och brittisk processuell rätt tillämpas på själva förfarandet. Är skiljenämnden influerad av civil law-tradition kommer res judicata att klassificeras som en processuell regel och res judicata tillämpas enligt engelsk rätt. Är skiljenämnden influerad av common law-tradition kommer res judicata att klassificeras som en materiell regel och res judicata tillämpas enligt fransk rätt.¹⁷⁸

¹⁷⁰ Kreamslehner, s. 129.

¹⁷¹ Hobér (2011), s. 287.

¹⁷² Kreamslehner, s. 129.

¹⁷³ ILA, *Interim Report*, s. 14.

¹⁷⁴ Fauvrelle, s. 62.

¹⁷⁵ I svensk rätt har principen om processuell ogiltighet varit omdebatterad i doktrin och tillämpningen i praxis varierat men eftersom lagstiftaren ännu inte uttalat att den ska överges får den alltså anses bestå, Prop. 1942:5 s. 233; Westberg (2005), s. 356; Heuman (2006), s. 59ff; jämför NJA 1958 s. 654, NJA 1971 s. 453 och NJA 1994 s. 712.

¹⁷⁶ Samväldet utgörs av 53 stater vilka majoriteten tidigare tillhört det brittiska imperiet, däribland Australien, Indien och diverse stater i Karibien och södra Afrika.

¹⁷⁷ Kreamslehner, s. 129.

¹⁷⁸ Ibid.

Klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel varierar stort i praxis. Vissa skiljenämnder uttalar att res judicata utgör en processuell regel och därför omfattas av lagen för sätet.¹⁷⁹ Andra skiljenämnder har istället bedömt res judicata utifrån den materiella rätt som tillämpas för tvisten.¹⁸⁰ Det vanligaste verkar dock vara att skiljenämnder tillämpar den nationella syn på res judicata som föreligger vid skiljeförfarandets *lex arbitri* för att klassificera res judicata men valet motiveras sällan.¹⁸¹

Eftersom många skiljenämnder inte motiverar sin tillämpning av synsättet enligt *lex arbitri* kan frågan ställas ifall dessa skiljenämnder är medvetna om att de tillämpar en syn enligt civil law-tradition och att det råder oenighet huruvida res judicata utgör en processuell regel.¹⁸² Det bör kunna förväntas att skiljedomare är medvetna om att det finns olika synsätt på klassificeringen av grundläggande regler. Res judicata får anses vara en sådan grundläggande regel.¹⁸³ I doktrin presenteras att vissa skiljenämnder försöker undvika problematiken kring hur res judicata klassificeras genom att helt undvika nationell tillämpning av res judicata och istället göra en fri tolkning i enlighet med deras egen uppfattning.¹⁸⁴ Andra skiljenämnder undviker problematiken kring klassificering genom att använda ILA:s rekommendationer som tolkningsunderlag eller genom att tillämpa res judicata som en allmän rättsprincip som inte är hämtad ur ett specifikt regelsystem.¹⁸⁵

Utöver frågan huruvida *lex arbitri* eller *lex causae* ska användas för tillämpning av res judicata behöver det även fastställas om det är *lex arbitri* eller *lex causae* vid det första eller det senare skiljeförfarandet som ska tillämpas av den senare skiljenämnden i sin bedömning. Vilket av dessa skiljeförfaranden som lagvalet ska baseras på framgår inte av någon internationell rättsnorm och enhetlig praxis saknas.¹⁸⁶ Det verkar dock som att en övervägande majoritet skiljenämnder tillämpar res judicata enligt *lex arbitri* eller *lex causae* från det senare skiljeförfarandet.¹⁸⁷

Sammanfattningsvis saknas harmonisering av klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel vid internationella skiljeförfaranden. Den syn skiljenämnder tillämpar baseras på om de är influerade av civil law-tradition eller common law-tradition.

¹⁷⁹ ICC No. 3540, s. 131; Schaffstein, s. 154.

¹⁸⁰ Detta enligt Schaffstein, s. 155.

¹⁸¹ Schaffstein, s. 153f; Kremslehner, s. 129.

¹⁸² Schaffstein, s. 158.

¹⁸³ Hope, s. 174.

¹⁸⁴ Schaffstein, s. 155.

¹⁸⁵ Schaffstein, s. 156ff; ICC Award No. 6363, s. 198.

¹⁸⁶ Detta enligt Hobér (2014), s. 282f och 287.

¹⁸⁷ Detta enligt Hobér (2011), s. 287.

4 Problematik om res judicatas materiella innehåll vid internationella skiljeförfaranden

4.1 Introduktion

Trots att vad som ovan presenterats talar för att res judicata utgör internationell sedvanerätt vid internationella skiljeförfaranden förtydligar ett sådant konstaterande inte res judicatas materiella innehåll.¹⁸⁸ I följande avsnitt ska därför undersökas om det faktiska innehållet går att fastställa. Detta kapitel syftar till att undersöka res judicatas materiella innehåll vid internationellt skiljeförfarande. I doktrin uttrycks att det saknas enhetlig praxis för vilka rättsnormer skiljenämnder väljer att tillämpa för att finna res judicatas materiella innehåll. Att ett gemensamt förhållningssätt saknas är delvis en konsekvens av skiljeförfarandets privata karaktär men även till viss del en följd av att skiljedomar i sig inte är prejudicerande, med innebörden att skiljenämnder inte är bundna att göra samma tillämpning som tidigare skiljenämnder gjort.¹⁸⁹

Eftersom *soft law* saknar ett specifikt materiellt innehåll för res judicata vid internationellt skiljeförfarande tenderar skiljenämnder att tillämpa nationell rätt för att fastställa innehållet.¹⁹⁰ Detta kapitel undersöker olika delar av res judicatas materiella innehåll och hur dessa delar löses olika i nationell rätt i common law-tradition respektive civil law-tradition. När diverse *soft law* uttrycker något om de olika delarna av res judicatas materiella innehåll kommer dessa att presenteras. Sådana regelverk inkluderar institutionella och icke-institutionella förfaranderegler, UNCITRAL:s modellag, ILA:s rekommendationer och UNIDROIT Principes of Transnational Civil Procedure. Syftet med kapitlet är att konkretisera det varierande och oförutsebara innehållet av res judicata vid internationella skiljeförfaranden.

¹⁸⁸ Se avsnitt 3.2; Hanotiau, s. 248.

¹⁸⁹ Hobér (2014), s. 259.

¹⁹⁰ Detta enligt Hobér (2014), s. 261.

4.3 Tre-steps-testet

4.3.1 Introduktion

Även om det verkar finnas internationell enighet mellan skiljenämnder om tre-steps-testets tillämplighet för identifikation av den tidigare tvisten saknas enighet rörande de tre stegens närmare innebörd.¹⁹¹ Skiljenämnder är med andra ord ense om att tre-steps-testet ska tillämpas men oeniga om hur grunder, yrkanden och parter ska bedömas.¹⁹² I det följande ska dessa tre steg behandlas.

4.3.2 Identiska grunder

Det har ovan diskuterats att de yrkanden och grunder som en taleändring tillåter är förhindrade att framföras i en ny domstolstvist och därför omfattas av *res judicata*. Utgångspunkten i nationell domstol är normalt alltså att det som tillåts i en taleändring även omfattas av *res judicata*.¹⁹³ Samma utgångspunkt föreligger inte vid internationellt skiljeförfarande.¹⁹⁴ Vid skiljeförfaranden tillåts nämligen generellt mer långtgående taleändringar och skiljenämnder har en större diskretion i denna bedömning.¹⁹⁵ Exempelvis tillåter 23 § LSF en mer långtgående ändring av talan. Den exakta omfattningen av vilka taleändringar som tillåts är ofta upp till skiljenämndens diskretion.¹⁹⁶

Särskilda svårigheter föreligger eftersom skiljenämnden i den senare tvisten, för att avgöra om ett yrkande eller en grund är identisk, ska bedöma huruvida en taleändring i teorin skulle tillåtas i den tidigare tvisten. Det är alltså de taleändringar som tillåts i den tidigare tvisten som är av betydelse. För en i detta hänseende korrekt bedömning skulle den första tvistens skiljenämnd behöva uttala sig huruvida de i teorin skulle tillåtit en viss taleändring för att en senare skiljenämnd ska kunna avgöra om de nya yrkandena eller grunderna omfattas av *res judicata*. Ett sådant förfarande ger upphov till stora praktiska svårigheter.¹⁹⁷ Följden blir att taleändring inte bör användas i bedömningen av *res judicata* vid internationella skiljeförfaranden och att ett samband således saknas mellan taleändring och *res judicata* vid just internationella skiljeförfaranden.¹⁹⁸ Ytterligare ett argument mot ett samband mellan tillåtna taleändringar och *res judicatas* omfattning vid skiljeförfarande är att en sådan utgångspunkt skulle tvinga parterna att framföra grunder eller yrkanden de inte har för avsikt att framföra, men som annars aldrig skulle vara möjliga att framföra. Ett sådant förhållningssätt skulle inskränka den för skiljeförfarandet centrala partsautonomin enligt

¹⁹¹ Ibid, s. 257f; Schaffstein, s. 161; tre-steps-testet ingår även i ILA:s rekommendationer, se ILA, *Interim Report*, s. 76.

¹⁹² Schaffstein, s. 152.

¹⁹³ Se avsnitt 2.1.1.

¹⁹⁴ Hobér (2014), s. 195; Heuman (1999), s. 375.

¹⁹⁵ Heuman (2003), s. 359; Hobér (2014), s. 195.

¹⁹⁶ Hobér (2014), s. 195.

¹⁹⁷ Heuman (2003), s. 359.

¹⁹⁸ Hobér (2014), s. 195; Heuman (1999), s. 375.

vilken parterna sätter ramarna för skiljeförfarandet. Dock är en viktig poäng med rättskraftsreglerna även vid skiljeförfarande fortfarande att så mycket som möjligt som hör till samma sak bör tas upp i det första förfarandet.¹⁹⁹

Vid bedömningen av huruvida grunderna i det tidigare skiljeförfarandet är identiska med grunderna i det senare anser ILA i sina rekommendationer att en part är förhindrad att framföra grunder som kunde framförts i det tidigare förfarandet. ILA rekommenderar alltså att utgångspunkt ska tas i vilka taleändringar som tillåts och bedömningen av vilken grund som är samma faller samman med vilka taleändringar som tillåts. Detta trots att det i doktrin framförts att taleändring inte bör användas i bedömningen av res judicata vid internationella skiljeförfaranden.²⁰⁰ ILA motiverar sitt ställningstagande med att en part inte ska utsättas för upprepade skiljeförfaranden på grund av att motparten har underlåtit att framföra en grund.²⁰¹ Det saknas en tydlig rättskällehierarki mellan ILA:s rekommendationer och uttalanden i doktrin.

Om inte taleändring bör användas i bedömningen av om grunderna är samma, vad kan istället beaktas? Ska bedömningen utgå från om grunderna i den senare tvisten bygger på samma rättsregler som grunderna i den tidigare tvisten? En sådan syn är förenlig med civil law-tradition.²⁰² Eller är istället det väsentliga huruvida grunderna bygger på samma rättigheter och juridiska argument? En sådan syn tillämpades av en skiljenämnd.²⁰³ Det kan här enbart konstateras att det saknas konsensus kring vad bedömningen huruvida grunderna är identiska ska grunda sig på.

4.3.3 Identiska yrkanden

Vid bedömning av om yrkandena i det tidigare och det senare skiljeförfarandet är identiska framgår av avsnittet ovan att det inte är lämpligt vid internationella skiljeförfaranden att för res judicata använda bedömningen av vilka yrkanden som tillåts genom taleändring.²⁰⁴ Det förefaller istället generellt så vid internationella skiljeförfaranden att yrkandet anses vara identiskt när det refererar till samma juridiska innehåll och konsekvenser som det tidigare yrkandet. Yrkandet behöver därför ofta bedömas i kombination med de hänförliga grunderna.²⁰⁵ Det kan tänkas att det uppstår svårighet när en skiljenämnd ska avgöra omfattningen av ett yrkande som framförts i ett tidigare skiljeförfarande. Skiljenämnden kan nämligen behöva kännedom om innehållet i tillämplig rätt för den tidigare tvisten för att kunna avgöra yrkandets omfattning.²⁰⁶ Vissa regelverk uttrycker att parternas talan är avgörande för prövningen av omfattningen av

¹⁹⁹ Sinai, s. 369f.

²⁰⁰ Hobér (2014), s. 195; Heuman (1999), s. 375.

²⁰¹ ILA, *Final Report*, s. 77f.

²⁰² Hobér (2014), s. 276.

²⁰³ *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincti Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II)*, s. 136.

²⁰⁴ Se avsnitt 4.3.2.

²⁰⁵ Hobér (2014), s. 272f.

²⁰⁶ Schaffstein, s. 81.

parternas yrkande vid bedömningen av *res judicata*.²⁰⁷ Andra förfaranderegler behandlar inte när ett yrkande anses vara identiskt.²⁰⁸ I ILA:s rekommendationer får identiska yrkanden framföras så länge det inte skulle strida mot processuell rättvisa att tillåta dem. I detta hänseende utgör rekommendationerna en kompromiss mellan *common law-tradition* och *civil law-tradition*.²⁰⁹

4.3.4 Identiska parter

Det är universellt accepterat att parterna i det tidigare och det senare skiljeförfarandet måste vara identiska för att *res judicata* ska föreligga. Det saknas däremot en allmänt erkänd definition av *parter* och bedömningen av om parterna i det tidigare och senare skiljeförfarandet är identiska blir därför trots allt inte enhetlig eller förutsebar. Handlingar som kan få betydelse för bedömningen av huruvida parter är identiska är succession, överförande av rättigheter och skyldigheter exempelvis mellan en huvudleverantör och en underleverantör samt omstruktureringar av företag. Även definitionen av begreppet *part* skiljer sig åt mellan *civil law-tradition* och *common law-tradition*. *Common law-tradition* innehåller exempelvis institutet *privity* vilket inte förekommer i *civil law-tradition*. Det är därför vanligt att problem med vem som är *part* uppkommer när rättigheter och skyldigheter övertas av en tredje *part* eftersom det i *common law-tradition* förekommande *privity* då kan bli aktuellt.²¹⁰

Den oklara innebörden av begreppet *part* blir särskilt tydlig vid komplexa tvister innefattande flera rättssubjekt och avtal. Problematiken illustreras väl i avgörandet ICC No. 6363 från 1991. Sakomständigheterna i målet ska kort presenteras för att exemplifiera när svårighet kan föreligga vid bedömningen av om parterna är identiska. I målet hade 1978 ett första avtal ingåtts mellan A och B. Avtalet innehöll en skiljeklausul med hänvisning till ICC:s förfaranderegler. Schweiz angavs som säte för ett eventuellt skiljeförfarande. 1980 ingicks ett separat avtal mellan A och C, där A överlät sina rättigheter och skyldigheter till C i förhållande till B. En tid därefter menade C att B inte uppfyllde sina förpliktelser och C inledde därför ett domstolsförfarande gentemot B. Nationell domstol ogillade C:s yrkanden gentemot B. A inledde genom hänvisning till skiljeklausulen därefter ett skiljeförfarande hos ICC gentemot B med hänvisning till samma omständigheter vilka legat till grund för domstolsprövningen. Frågan blev huruvida den tidigare domen mellan C och B även fick *res judicata*-effekt gentemot A med tanke på det avtal som ingåtts mellan A och C. Det avgörande är således vilka som anses vara *parter* och därför förhindrade av

²⁰⁷ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, princip 28.2.

²⁰⁸ Exempelvis Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (härefter Pragreglerna). Pragreglerna utgör förfaranderegler med syftet att med utgångspunkt i *civil law-tradition* effektivisera skiljeförfaranden genom att ge skiljenämnden befogenhet till utökad processledning, se Hope och Ivars, s. 654f; ICC Rules of Arbitration 2017.

²⁰⁹ Kremslehner, s. 154; ILA, *Final Report*, rekommendation 5, s. 76.

²¹⁰ Se *common law-tradition* under avsnitt 2.1.3; Hobér (2014), s. 269f.

res judicata att få tvisten prövad igen.²¹¹ Exemplet illustrerar väl hur definitionen av *part* får stor betydelse.

Vissa skiljenämnder väljer att bortse från nationella rättstraditioner och försöker istället tillämpa vad de anser vara gränsöverskridande allmänt gällande principer rörande vem som anses vara *part*.²¹² Vad sådana principer skulle innehålla är dock oklart. Fördelen med en vid syn på begreppet *part*, likt den i common law-tradition, är att nära sammanlänkade parter är bundna av en skiljedom även om de inte uttryckligen är parter till skiljeklausulen. Parter som ingår i samma ekonomiska enhet eller företagskonstellation kan omfattas av en vid definition av begreppet *part*. En vid definition förhindrar att parter inleder nya skiljeförfaranden relaterade till samma tvist genom systerföretag i samma ekonomiska enhet. ILA har fört en diskussion om en sådan vid definition av *part* men valt att lämna den utan hänseende i sina rekommendationer.²¹³

4.4 Problematik om issue estoppel

I det fall de tre kriterierna i tre-steps-testet inte är uppfyllda (samma grunder, yrkanden och parter) uppstår frågan om rättsfakta fastställd i en tidigare skiljedom ändå binder en separat skiljenämnd. Med andra ord om det enligt common law-tradition gällande *issue estoppel* är tillämpligt även vid internationellt skiljeförfarande. Skiljenämnder influerade av common law-tradition har ansett att så är fallet och att issue estoppel därför är tillämpligt även vid internationellt skiljeförfarande.²¹⁴ Som ovan presenterats blir konsekvensen när tidigare fastställd rättsfakta omfattas av res judicata att även domskälen omfattas av res judicata.²¹⁵ Tillämpas ett sådant synsätt vid internationellt skiljeförfarande blir således domskälen bindande för andra skiljenämnder när parterna i den senare tvisten är desamma, även om tre-steps-testet inte är uppfyllt.²¹⁶

Med en common law-tradition tillämpad på internationellt skiljeförfarande förefaller skiljenämnden bunden av en tidigare fastställd rättsfråga eller fakta. En sådan bundenhet saknas som utgångspunkt enligt civil law-tradition. I civil law-tradition får domskälen enbart användas som tolkningsunderlag för att förstå innebörden av domslutet utan att domskälen för den delen är bindande.²¹⁷ Det bör dock poängteras att det förekommer skillnader i synsättet på domskälen även inom civil law-tradition. I de flesta civil law-traditioner får domskälen frivilligt användas som tolkningsunderlag men i Frankrike och Belgien är skiljenämnden i det senare förfarandet bunden vid domskälen i det tidigare förfarandet i den

²¹¹ ICC Award No. 6363.

²¹² Se *common law-tradition* under avsnitt 2.1.3 om *issue estoppel* i allmän domstol; Loh, s. 190ff; *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. V. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, s. 17f.

²¹³ Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 562f.

²¹⁴ *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v V/O Exportchleb*.

²¹⁵ Se *common law-tradition* under avsnitt 2.1.3.

²¹⁶ Hobér (2014), s. 277.

²¹⁷ Hobér (2011), s. 282.

omfattning dessa är *ratio decidendi*. Med *ratio decidendi* avses de domskäl som utgör skälen för avgörandet.²¹⁸

Författarna Alan Redfern och Martin Hunter uttrycker att *issue estoppel* är universellt tillämpligt som res judicatas materiella innehåll. Med ett sådant synsätt kan skiljenämnden i den senare tvisten inte nå en annan slutsats rörande fastställandet av fakta.²¹⁹ Redfern och Hunters påstående kan dock ifrågasättas eftersom de har bakgrund i common law-tradition. Deras syn speglar således inte en syn förenlig med civil law-tradition.²²⁰ Storbritanniens högsta domstol har uttryckt att det vid internationellt skiljeförfarande kan finnas visst utrymme att tillämpa *issue estoppel* men att *issue estoppel* inte är en internationellt etablerad norm.²²¹ Således utgör Redfern och Hunters påstående snarare ett uttryck för deras synsätt och inte för vad som utgör gällande rätt. I praktiken råder det alltså inte enighet om den synpunkt Redfern och Hunter framför som gällande.

I ILA:s rekommendationer uttrycks att en part inte kan vinna framgång med att i en senare tvist ifrågasätta fakta och rättsfrågor som avgjorts i domskälen för den tidigare tvisten. Konsekvensen är således att även domskälen omfattas av res judicata, vilket är förenligt med en common law-syn.²²² I ett annat regelverk uttrycks istället att *issue preclusion*, det vill säga tidigare fastställd fakta, enbart får användas vid en senare tvist när det anses nödvändigt i enlighet med god sed.²²³ God sed kan exempelvis föreligga när en part agerat utefter fastställd fakta eller en rättsfråga i en tidigare dom. På så vis följs i ett sådant regelverk en syn förenlig med civil law-tradition.²²⁴

I New York-konventionen samt i vissa förfaranderegler råder det osäkerhet kring huruvida res judicata utöver att omfatta domslutet även omfattar skiljedomens domskäl.²²⁵ Det finns dock andra förfaranderegler i vilka det uttryckligen framgår vilka delar av skiljedomen som omfattas av res judicata genom att det anges att motiveringen bakom skiljedomen är slutlig och bindande för parterna.²²⁶ Att skiljedomens motivering omfattas av res judicata kan med andra ord uttryckas som att domskälen omfattas av res judicata.²²⁷

²¹⁸ ILA, *Interim Report*, s. 24; Hobér (2014), s. 277ff.

²¹⁹ Blackaby, Partasides, Redfern och Hunter, s. 561.

²²⁰ Hobér (2011), s. 282f.

²²¹ *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II)*, s. 124.

²²² ILA, *Final Report*, punkt 4, s. 5; Hobér (2014), s. 282f.

²²³ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, princip 28.3.

²²⁴ Schaffstein, s. 81.

²²⁵ UNCITRAL Arbitration Rules 2010, artikel 34.2, New York-konventionen, artikel 3; ILA, *Interim Report*, s. 23; Hulbert, s. 189.

²²⁶ LCIA Arbitration Rules 2014, artikel 26.8.

²²⁷ Schaffstein, s. 146ff.

4.5 Problematik om slutgiltighet och skiljedomens bindande verkan

Det råder enighet kring att en skiljedom är slutgiltig och bindande. Att en skiljedom är slutgiltig betyder att det inte är möjligt att överklaga skiljedomens materiella innehåll. Skiljeförfarandet är så att säga tänkt att vara ett eninstansförfarande.²²⁸ Att skiljedomen är bindande innebär att skiljedomen får negativ effekt, det vill säga att skiljedomen förhindrar ett nytt skiljeförfarande rörande samma sak.²²⁹ Vid vilken tidpunkt en skiljedom anses slutgiltig och bindande varierar dock både mellan staters nationella rätt och i internationella regelverk. I vissa nationella rättssystem blir skiljedomen bindande när den meddelas trots att den fortfarande kan klandras i domstol. Andra rättssystem utgår istället från den tidpunkt då klander av skiljedomen inte längre är möjligt.²³⁰

De internationella regelverk som finns utgår från olika tidpunkter för när slutgiltighet och bundenhet uppkommer. I New York-konventionen och diverse förfaranderegler uttrycks att skiljedomen är slutgiltig och bindande men det anges inte vid vilken tidpunkt slutgiltighet eller bundenhet uppkommer.²³¹ I andra förfaranderegler anges att tidpunkten för slutgiltighet och bundenhet av skiljedomen är när den meddelas.²³² I ett annat regelverk uppställs en tremånaders-period efter meddelande av skiljedomen innan den anses slutgiltig och bindande och därmed får res judicata-effekt.²³³ ILA hänvisar i sina rekommendationer till tidpunkten då skiljedomen enligt nationell lagstiftning i det första skiljeförfarandets *lex arbitri* anses vara slutgiltig och bindande.²³⁴ Den ståndpunkt ILA:s rekommendationer ger uttryck för verkar vara den mest vedertagna, det vill säga att tidpunkten som blir avgörande är den som är gällande för säteslandet för det första skiljeförfarandet.²³⁵

²²⁸ Heuman (2019), s. 537.

²²⁹ Hobér (2014), s. 121f.

²³⁰ Hobér (2011), s. 285.

²³¹ New York-konventionen, artikel 3; ICC Rules of Arbitration 2017, artikel 35.6; RH 2003:55: *UNCITRAL Arbitration Rules 2010*, artikel 34.2; *LCIA Arbitration Rules*, artikel 26.8; Paulsson och Petrochilos, s. 307.

²³² *SCC:s Skiljedomsregler 2017*, § 46.

²³³ *UNCITRAL Model Law 1985*, artikel 34.3 och 35.1.

²³⁴ ILA, *Final Report*, s. 74; ILA, *Interim Report*, s. 6.

²³⁵ Hobér (2014), s. 265.

4.6 Ska skiljenämnden självständigt beakta res judicata?

Enligt vissa staters gällande rätt måste res judicata åberopas av part. Skiljenämnden ska således i dessa stater inte beakta res judicata ex officio, det vill säga på eget initiativ.²³⁶ Motiveringen grundar sig ofta på en skiljenämnds svårighet att uppmärksamma res judicata eftersom tidigare skiljedomar inte är offentliga. Det finns ingen möjlighet för en skiljenämnd att få tillgång till tidigare avgöranden utan att parterna åberopar res judicata som sakprövningshinder med referens till den tidigare skiljedomen. En annan motivering är att om parterna inte vill åberopa den tidigare skiljedomen finns det inte något samhälleligt intresse att motsätta sig parternas önskan.²³⁷

Skiljeförfarandet skiljer sig här från vad som gäller vid domstolsförfarande i vissa stater tillhörande civil law-tradition eftersom domstolen i dessa stater ska beakta res judicata ex officio.²³⁸ I common law-tradition måste dock ofta res judicata åberopas av parterna även i allmän domstol.²³⁹ Skillnaden i huruvida res judicata ska bedömas ex officio vid allmän domstol grundar sig på huruvida res judicata främst anses vara av allmänt intresse eller främst av intresse för parterna. Endast när det finns ett allmänt intresse av res judicata är det motiverat att domstolen behandlar res judicata ex officio.²⁴⁰ En stats skattebetalare påverkas inte ekonomiskt ifall samma tvist prövas i två separata skiljeförfaranden.²⁴¹ Eftersom det allmänna fiskala intresset av res judicata får anses saknas vid skiljeförfarande förefaller det logiskt att skiljenämnder oavsett om de är influerade av civil law-tradition eller common law-tradition enbart beaktar res judicata efter åberopande av part.²⁴² Ett sådant synsätt förekommer i de flesta förfaranderegler.²⁴³ I doktrin råder dock delade meningar huruvida parter själva behöver åberopa res judicata för att skiljenämnden ska beakta normen.²⁴⁴

4.7 Sammanfattning

Det framgår av genomgången i detta kapitel att de problem som uppstår genom att det saknas en enhetlig tillämpning av res judicata är flera. De behandlade problemen rör allt från tre-steps-testet och *issue estoppel* till slutgiltighet och bundenhet. Att det råder olika syn på de framförda

²³⁶ Schaffstein, s. 62f; exempelvis enligt svensk rätt, se RH 2003:55.

²³⁷ Hobér (2014), s. 134f.

²³⁸ Se avsnitt 2.1.3; Sinai, s. 386; exempelvis i svensk rätt, 17 kap. 11 § 3 st och 34 kap. 1 § rättegångsbalken.

²³⁹ Exempelvis i amerikansk rätt, Sinai, s. 363.

²⁴⁰ Sinai, s. 385f.

²⁴¹ Söderlund, s. 304.

²⁴² För stater anslutna till EKMR finns även ett intresse av rättssäkerhet och huruvida skiljeförfarandet är förenligt med artikel 6.1 i EKMR. Se mer i avsnitt 6.3.

²⁴³ Ibid; se exempelvis *UNCITRAL Model Law 1985*, artikel 16.2.

²⁴⁴ Olika syn på frågan presenteras i Chittharanjan, s. 168 och Hobér (2014), s. 257.

problemen beror ofta på skillnader i civil law-tradition och common law-tradition vid nationell domstol, vilket återspeglar sig vid det internationella skiljeförfarandet. De behandlade frågorna utgör dock bara ett axplock av de tänkbara problem som kan uppstå. Genomgången visar att problematiken med oklar tillämpning av res judicata är omfattande. I nästa kapitel undersöks om en harmonisering av res judicatas materiella innehåll eller harmonisering av klassificeringen av res judicata som materiell eller processuell regel utgör möjliga lösningar på den oförutsebarhetsproblematik som presenterats.

Gemensamt för olika regelverk om skiljeförfarande är att de ofta endast uttrycker att en skiljedom är slutgiltig och bindande men inte vad res judicatas materiella innehåll är.²⁴⁵ Vissa regelverk förtydligar res judicatas materiella innehåll på någon punkt men beskrivningen av innehållet är inte utförligt eller detaljerat. Bristen på utförligt innehåll gör att skiljenämnder behöver finna svaren på res judicatas materiella innehåll på annat håll. Följden av det knapphändiga innehållet är att skiljenämnder inte får vägledning i sin tillämpning av res judicata och tillämpningen blir därför inte konsekvent. För att upprätthålla förtroendet för skiljeförfarandet som tvistlösningsinstitut är det viktigt att skiljenämnden undviker överraskningar i rättstillämpningen för parterna.²⁴⁶ Osäkerheten kring hur skiljenämnder kommer att bedöma res judicata minskar förutsebarheten. Kombinationen av oförutsebarhet kring res judicatas materiella innehåll och den bindande verkan skiljedomen får är problematisk.²⁴⁷ Oförutsebarhet i tillämpning medför en risk att parterna uppfattar skiljenämndens bedömning som oberäknelig eller nyckfull. Det är avgörande att parterna uppfattar skiljedomen som rättvis för att skiljedomen ska respekteras och för att parterna även i fortsättningen ska välja skiljeförfarande som tvistlösningsinstitut.²⁴⁸

²⁴⁵ Se exempelvis *UNCITRAL Arbitration Rules 2010*, artikel 34.2; *SCC:s Skiljedomsregler*, § 40; *ICC Rules of Arbitration*, artikel 35.6; *LCIA Arbitration Rules*, artikel 26.8.

²⁴⁶ Hope, s. 174.

²⁴⁷ Schaffstein, s. 2 och 117f; Kremslehner, s.127.

²⁴⁸ Hope, s. 174f.

5 Harmonisering

5.1 Allmänt om harmonisering

I det följande ska två alternativa möjligheter till harmonisering presenteras. Den ena lösningen bygger på harmonisering av res judicatas materiella innehåll vid internationella skiljeförfaranden. Den andra lösningen bygger istället på harmonisering av klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel. Dessa två lösningar kommer sedan i uppsatsens analys att vägas mot varandra. Gemensamt för de båda lösningarna är att de bygger på harmonisering, om än på olika sätt. Målet med harmonisering av en rättsnorm är att uppnå överensstämmelse mellan olika rättstraditioner. Överensstämmelse uppnås genom minimering av relevanta skillnader i nationell rätt. Harmonisering kan genomföras på olika sätt men syftet är att skapa stabilitet och förutsebarhet.²⁴⁹ Vid harmonisering struktureras skillnaderna mellan olika staters nationella rätt och en gemensam standard upprättas. Konsekvensen av harmonisering är inte nödvändigtvis innehållsmässig enhetlighet mellan stater. Istället innebär harmonisering att de skilda synsätt som föreligger i olika rättstraditioner kan samverka i ett gemensamt rättssystem trots att det föreligger olikheter i det materiella innehållet.²⁵⁰ Målet med harmonisering är alltså att möjliggöra effektiv samverkan mellan olika rättssystem.²⁵¹

En fullständig harmonisering av res judicatas materiella innehåll förhindrar varierande materiell utgång i olika skiljeförfaranden hänförliga ur samma skiljeklausul vid bedömningen av res judicata.²⁵² Utan fullständig harmonisering föreligger det en risk för att en skiljenämnd med hänvisning till res judicata avvisar ett initierat skiljeförfarande eftersom skiljenämnden med anledning av en tidigare skiljedoms rättskraft anser sig sakna jurisdiktion. En part som är missnöjd med avvisandet kan initiera ett tredje skiljeförfarande vid ytterligare en skiljenämnd. Denna tredje skiljenämnd kan vara av en annan uppfattning om res judicatas materiella innehåll än den andra skiljenämnden och anse sig ha jurisdiktion över tvisten eftersom denna skiljenämnd inte uppfattar saken som samma. En sådan situation förhindras genom fullständig harmonisering av res judicatas materiella innehåll vid internationellt skiljeförfarande.

Att enbart harmonisera res judicatas klassificering som en processuell eller materiell regel förhindrar även detta att olika skiljenämnder tillämpar olika syn på det materiella innehållet i res judicata vid tvister uppkomna ur samma skiljeklausul. En harmonisering av klassificeringen innebär att olika skiljenämnder genom parternas val av *lex arbitri* och *lex causae* blir bundna att tillämpa den materiella syn på res judicata som är gällande i den nationella rätt som utpekats enligt lagvalsreglerna.

²⁴⁹ Platsas, s. 244ff.

²⁵⁰ Andreadakis, s. 57f.

²⁵¹ Platsas, s. 244ff.

²⁵² Lindblom, s. 806f.

5.2 Tillvägagångssätt för harmonisering

Ett möjligt sätt att harmonisera en rättsnorm är genom inkorporering i relevant modellag såsom UNCITRAL:s modellag. Stater kan därefter välja att med beaktande av UNCITRAL:s modellag inkorporera den gjorda ändringen i nationell rätt. En annan möjlighet till harmonisering är inkorporering i New York-konventionen. New York-konventionen utgör nationell rätt genom ratificering. Det har i praktiken visat sig att det generellt föreligger svårigheter vid inkorporering av internationella konventioner till nationell rätt och att processen ofta är tidskrävande. New York-konventionen är enbart direkt tillämplig för stater men kan användas frivilligt av skiljenämnder i sin tolkning.²⁵³ Harmonisering kan även ske genom inkorporering i förfaranderegler såsom SCC:s, ICC:s eller UNCITRAL:s skiljedomsregler. Förfaranderegler blir tillämpliga genom att parterna anger tillämpligheten i skiljeklausulen. Skillnaden mellan harmonisering genom inkorporering i förfaranderegler och harmonisering av nationell rätt är därför att inkorporering genom förfaranderegler helt sker utan inblandning av stater. Parterna är direkt bundna av tillämpliga förfaranderegler till skillnad från om inkorporering i nationell rätt skett av UNCITRAL:s modellag. Möjligheten till harmonisering begränsas i slutändan av staters acceptans till harmoniseringen eftersom partsautonomin enbart tillåts inom de gränser stater finner lämpliga.²⁵⁴

Som ovan konstaterats utgör res judicata internationell sedvanerätt men dess materiella innehåll är inte fastställt i internationell sedvanerätt. Det tar lång tid att skapa eller förändra internationell sedvanerätt och som ovan konstaterats krävs både omfattande bruk över tid samt att *opinio juris* föreligger.²⁵⁵ Det kan dock här tilläggas att vad som utgör *soft law* skulle kunna skapa *opinio juris* över tid genom att tillämpningen av en rättsakt i vilken res judicata ges ett klart materiellt innehåll eller i vilken res judicata klassificeras som en processuell eller materiell regel blir så utbredd att den bland stater anses utgöra gällande rätt som därmed är bindande. I doktrin tycker en majoritet att det enbart är av betydelse att stater anser att en norm utgör gällande rätt för att *opinio juris* ska föreligga och att det därför saknar betydelse vad privata rättssubjekt såsom skiljenämnd eller parter i ett skiljeförfarande har för uppfattning. Privata rättssubjekt anses istället ha ett slags indirekt inflytande över bildandet av internationell sedvanerätt genom sitt inflytande i de stater de verkar.²⁵⁶

²⁵³ Schaffstein, s. 148.

²⁵⁴ Fauvrelle, s. 60ff.

²⁵⁵ Se avsnitt 3.2; Fazio, s. 18 och 23.

²⁵⁶ Ibid, s. 23f och 26f.

5.4 Reflektioner kring harmonisering

Som ovan presenterats är en möjlig väg till harmonisering att antingen inkorporera res judicatas materiella innehåll i förfaranderegler eller att i förfaranderegler inkorporera en klassificering av res judicata som en processuell eller materiell regel. Gemensamt för de två möjligheterna till harmonisering är att vid inkorporering i förfaranderegler omfattas enbart de skiljeförfaranden där parterna i sin skiljeklausul hänvisat till förfaranderegler av harmoniseringen. Harmonisering blir med andra ord inte universell genom sådan inkorporering. De skiljeförfaranden som tillämpar förfaranderegler i vilka harmonisering inte inkorporerats samt skiljeförfaranden som sker ad hoc kommer inte att omfattas av harmonisering i förfaranderegler. Det finns även en risk att olika skiljedomsinstitut definierar res judicata i enlighet med den syn som gäller i den stat institutet är hemmahörande med följden att harmonisering ändå inte sker. Att inkorporering i förfaranderegler inte är tillräckligt effektivt beror till stor del på skiljeförfarandets natur. Att det saknas tydliga internationella kanaler att nå ut till alla skiljeförfaranden genom är ett karaktäristiskt drag för det internationella skiljeförfarandet.

Harmonisering av nationell rätt genom inkorporering i UNCITRAL:s modellag eller i en mellanstatlig konvention såsom New York-konventionen undviker problemet att inkorporeringen inte blir enhetlig och kan ur denna aspekt vara mer effektiv.²⁵⁷ Dock bygger harmonisering av nationell rätt på att stater aktivt inkorporerar förändringarna i modellagen eller ratificerar förändringarna av konventionen. Som ovan framhävts är modellag och konvention enbart direkt tillämpliga för stater och blir enbart en vägledning för skiljenämnder att frivilligt tillämpa. Harmonisering i modellag eller konvention säkerställer därför inte heller ett genomslag för harmoniseringen eftersom skiljenämnder är fortsatt fria att inte tillämpa ett innehåll de är missnöjda med. Att nå harmonisering genom inkorporering av res judicatas materiella innehåll eller klassificering av res judicata som processuell eller materiell regel i UNCITRAL:s modellregler eller New York-konventionen förefaller även osannolikt eftersom det saknas ett incitament för stater att anpassa sin nationella rätt till en annan rättstraditions synsätt.

Istället för harmonisering genom inkorporering i förfaranderegler, modellag eller konvention vore det önskvärt med harmonisering som automatiskt får spridning till alla internationella skiljeförfaranden. Sådan spridning vore möjlig om res judicatas materiella innehåll eller klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel ansågs utgöra sedvanerätt eller en allmänt giltig rättsprincip. Om res judicatas materiella innehåll ansågs utgöra sedvanerätt skulle innehållet i nationell rätt eller innehållet i förfaranderegler sakna betydelse i sammanhanget. Frågan blir därför om det

²⁵⁷ Här bör noteras att det är betydligt mer komplicerat att inkorporera en ändring i en konvention än i en modellag eftersom en ändring av en konvention kräver enighet bland många av de anslutna konventionsstaterna. Den ändrade konventionen är därefter enbart bindande för de stater som ratificerar den. De stater som inte ratificerar den ändrade konventionen är enbart bundna av det tidigare innehållet.

är möjligt att göra antingen harmonisering av res judicatas materiella innehåll eller klassificering av res judicata som en processuell eller materiell regel till internationell sedvanerätt eller en allmänt giltig rättsprincip.

Problemet är att internationell sedvanerätt inte kan skapas genom ett beslut. Att ett beslut inte kan skapa internationell sedvanerätt ligger i dess natur. Internationell sedvanerätt växer istället fram genom att skiljenämnder över tid tillämpar samma materiella innehåll för res judicata alternativt unisont klassificerar res judicata som en processuell eller materiell regel.²⁵⁸ Då det i nuläget föreligger olika syn både på res judicatas materiella innehåll och på klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel är inte tillämpningen harmoniserad och sedvanerätt kan därför inte skapas. Med andra ord uppstår här ett slags moment-22 eftersom det kan uttryckas som att sedvanerätt behöver föreligga för att kunna skapas. På samma sätt kan inte en internationellt gällande rättsprincip skapas genom ett beslut utan växer vanligtvis fram över lång tid.²⁵⁹

Som ovan uttryckts förutsätter internationell sedvanerätt ett utbrett bruk över tid samt att *opinio juris* föreligger.²⁶⁰ *Opinio juris* kan skapas genom att tillämpningen av en specifik rättsregel, vilken utgör *soft law*, blir så pass utbredd att den anses utgöra gällande rätt.²⁶¹ Exempel på sådan *soft law* är förfaranderegler, modellregler och ILA:s rekommendationer. Dessa skulle alltså separat, om användningen av den enskilda rättsregeln blir tillräckligt stor, över tid skapa *opinio juris*. Eftersom det i nuläget saknas ett tillräckligt detaljerat materiellt innehåll till res judicata i förfaranderegler, modellregler eller ILA:s rekommendationer saknas möjlighet för någon av dessa att över tid skapa en *opinio juris* för res judicatas materiella innehåll.

Det finns således inte ett naturligt sätt att genom inkorporering antingen harmonisera res judicatas materiella innehåll eller klassificering av res judicata som en processuell eller materiell regel vid internationella skiljeförfaranden. Istället har varje tillvägagångssätt för harmonisering specifika nackdelar.

²⁵⁸ Se avsnitt 3.2 om internationell sedvanerätt.

²⁵⁹ Se avsnitt 3.2 om internationella rättsprinciper.

²⁶⁰ Som rättsläget är i dag är det de nationella klanderdomstolarna som ytterst bestämmer om skiljenämndernas sedvanerätt ska godtas eller inte.

²⁶¹ Se avsnitt 3.2 och avsnitt 5.2.

6 Olika lösningar på en oförutsebar tillämpning

6.1 Inledning

Som framgått av denna uppsats finns det internationellt inte någon självklar och enhetlig syn på hur principen om res judicata ska bedömas och tillämpas vid internationella skiljeförfaranden. I det följande ska två alternativa lösningar diskuteras för hur problematiken kring oförutsebarheten i res judicatas materiella innehåll kan åtgärdas. De båda lösningarna har tidigare berörts och sker båda genom någon form av harmonisering.²⁶² De två lösningarna kommer i det följande att ingående diskuteras och vägas mot varandra. I detta kapitel diskuteras även de risker som föreligger med en oförutsebar tillämpning. Skillnader vid tillämpning av res judicata har utförligt behandlats tidigare i uppsatsen och därmed får den första frågeställningen anses besvarad. Problematik till följd av en olik tillämpning har kortfattat berörts men diskuteras ytterligare i detta kapitel.²⁶³ Kapitlet fokuserar dock huvudsakligen på att besvara uppsatsens tredje frågeställning genom att diskutera olika lösningar på presenterad problematik. Avslutningsvis sammanfattas de nådda slutsatserna och uppsatsens frågeställningar besvaras.

6.2 Risker med tvetydig tillämpning

Som ovan konstaterats varierar det hur skiljenämnder väljer att tillämpa res judicata.²⁶⁴ Skiljenämnden kan enligt lagvalsregler tillämpa nationell rätt i *lex arbitri* eller *lex causae* för vägledning av innebörden av res judicata. Skiljenämnden kan även fritt använda den tillämpning den finner lämplig. Skiljenämndens frihet att välja den tillämpning den finner lämplig innefattar även att avgöra om lagvalsregler överhuvudtaget ska tillämpas eller om en helt fri tillämpning ska ske. På så vis är skiljenämndens frihet mycket omfattande med konsekvensen att förutsebarheten minskar för parterna. Skiljenämndens val kan framstå som oberäkneligt eller nyckfullt, särskilt i de fall skiljenämnden inte motiverar sitt val i skiljedomen. Res judicata kan anses återspegla partsintresset att en part ska kunna förutsätta att en sak som avgjorts inte kommer att prövas igen. Endast då vågar en part med säkerhet planera sitt agerande utefter skiljedomen. Här fyller res judicata en viktig funktion. För att parterna ska uppfatta skiljeförfarandet som rättvist är det av väsentlig betydelse att tillämpningen av res judicata är förutsebar. Enbart när parterna uppfattar skiljeförfarandet som rättvist är syftet med skiljeförfarandet uppfyllt.

²⁶² Se avsnitt 5.1.

²⁶³ Se avsnitt 4.7.

²⁶⁴ Se avsnitt 4.1 och 4.7.

En premis för en förutsebar bedömning av res judicatas materiella innehåll vid internationellt skiljeförfarande är att skiljenämnden är medveten om att olika rättstraditioner ger res judicata olika materiellt innehåll. Är skiljenämnden inte medveten om att tillämpningen av res judicata varierar kommer de felaktigt att tillämpa sin egen åsikt om res judicata som om den vore universell utan att undersöka om en annan syn istället bör tillämpas beroende på hur res judicata klassificeras. Är skiljenämnden istället medveten om att olika synsätt föreligger är chansen större att de tittar närmare på vilket synsätt som är korrekt att tillämpa. Det är därför av stor vikt att skiljedomare har kännedom om att det materiella innehållet i res judicata skiljer sig åt mellan civil law-tradition och common law-tradition.

Det är även i doktrin ett återkommande problem att författare på området är otydliga med att olika syn föreligger på res judicatas materiella innehåll vid internationellt skiljeförfarande. Istället presenterar författare ofta enbart sin egen syn såsom den universella och korrekta synen. Flera författare talar alltså om res judicata vid internationellt skiljeförfarande som att det finns ett bestämt innehåll i principen trots att så inte är fallet. Läsaren går på detta vis miste om insikten att tillämpningen av res judicata inte är universell utan att stora variationer föreligger. Exempelvis ger Redfern och Hunter i sin bok uttryck för en syn hämtad ur common law-tradition rörande huruvida fastställd fakta är bindande för en senare skiljenämnd och nämner inte att synen skiljer sig mellan olika rättstraditioner.²⁶⁵

6.3 Harmonisering av res judicatas materiella innehåll

Den ena lösningen på ett oförutsebart materiellt innehåll av res judicata bygger på synsättet att en specifik nationell rätt inte borde avgöra res judicatas materiella innehåll vid ett internationellt skiljeförfarande eftersom ett av syftena med skiljeförfarande är att separera tvistlösningen från nationell rätt. Denna lösning är således inspirerad av delokaliseringsteorin.²⁶⁶ En sådan lösning uppnås genom att harmonisering sker av det materiella innehållet i res judicata, det vill säga att stater inför samma riktlinjer för rättskraftens räckvidd.

Ett universellt innehåll gör tillämpningen av res judicata helt förutsebar eftersom parterna vet exakt hur skiljenämnden kommer att tillämpa rättsnormen oavsett vilka som är skiljedomare och vilken rättstradition skiljedomarna är skolade i. Lösningen blir effektiv eftersom varje skiljenämnd inte behöver lägga tid på en diskussion kring lagval och klassificering av res judicata som en processuell eller materiell regel. Med ett harmoniserat materiellt innehåll undviks klassificeringsproblematiken av res judicata som en processuell eller materiell regel. Ett harmoniserat materiellt innehåll skulle bland annat lösa de problem som tidigare framförts i uppsatsen.²⁶⁷ Dessa problem innefattar bland annat vem som är att anse

²⁶⁵ Se fotnot 219.

²⁶⁶ Se avsnitt 2.2.2.

²⁶⁷ Se kapitel 4.

som part, när *res judicata* inträder samt huruvida domskäl omfattas av *res judicata*. Att separera det internationella skiljeförfarandet från nationella processuella regler kan anses förenligt med skiljeförfarandets universella och gränsöverskridande karaktär samt vara i linje med den tidigare presenterade delokaliseringsteorin.²⁶⁸ Parternas skiljedom är dock enbart användbar för parterna i den utsträckning legitimiteten är sanktionerad av sätelandets lagar eller enligt lagar i den stat skiljedomen ska verkställas i. Utan sådan legitimering får skiljedomen enbart civilrättslig verkan mellan parterna.

Det är tveksamt om stater är beredda att släppa den kontroll de utövar i form av minimikrav på skiljeförfarandet eftersom skiljeförfarandet utesluter ett domstolsförfarande. Det kan förutsättas att de flesta stater vill säkerställa att vissa rättssäkerhetsgarantier upprätthålls inom deras geografiska territorium. Det är således naturligt att tänka sig att stater vill behålla viss kontroll över förfarandet genom att upprätthålla en miniminivå av rättvisa och rättigheter för parterna. Stater bundna av EKMR torde även vilja upprätthålla rättssäkerhetsgarantier i form av vissa tvingande processuella regler för att säkerställa att skiljeförfarandet kan ersätta en rättegång vid allmän domstol. Särskilt problematiskt vore ett avskiljande från processuell rätt vid *ad hoc*-förfarande om ett lämpligt regelverk inte valts eftersom ett vakuum riskerar att uppstå där processuella regler saknas. Ett sådant vakuum minskar parternas förutsebarhet ytterligare. I slutändan bygger skiljeförfarandets verkan som processhinder på staters acceptans av skiljeförfarandet och utan sådan acceptans är skiljeförfarandet inte ett effektivt tvistlösningsförfarande eftersom förfarandet i sådant fall inte förhindrar en domstolsprocess. Skiljedomen blir inte heller möjlig att verkställa.

Vid skiljeförfarande är partsskyddet av central betydelse. Partsskyddet upprätthålls delvis av staters processuella tvingande regler. Dessa är tillämpliga även när parterna själva avtalat om förfaranderegler. Det varierar dock från stat till stat vilka normer som anses vara tvingande. Enbart de stater som anser att *res judicata* utgör en processuell regel kan anse att *res judicata* och dess materiella innehåll utgör en tvingande processuell regel. Eftersom det främst är i civil law-tradition som *res judicata* klassificeras som en processuell regel är det främst i stater tillhörande civil law-tradition som *res judicata* och dess materiella innehåll kan anses utgöra en tvingande processuell regel.

Om *res judicatas* materiella innehåll fastställs till att vara i enlighet med common law-tradition får *res judicata* en vid tillämpning. Vid en vid tillämpning av *res judicata* omfattar partsbegreppet även institutet *privy* och skiljenämnden är bunden av de i domskälen angivna fakta som fastställts i en tidigare tvist (*issue estoppel*). Risken med en vid tillämpning är att vissa närliggande tvister i förhållande till den ursprungliga skiljedomen riskerar att aldrig bli prövade eftersom de förhindras av *res judicata*. Får *res judicata* en smal tillämpning likt den i civil law-tradition minskar däremot risken att närliggande tvister faller mellan stolarna. Ur rättssäkerhetssynpunkt förefaller en vid tillämpning av *res judicata* därför medföra större risker. En

²⁶⁸ Se avsnitt 2.2.2.

smal tillämpning av res judicata medför istället snarare risker hänförliga till parternas önskan om kostnadseffektivitet samt parternas intresse av att minimera risken för motstridiga skiljedomar. Det kan antas att stater saknar intresse av att skydda parternas ekonomiska intressen. Däremot har stater generellt ett större intresse av att rättssäkerhet upprätthålls än att den urholkas. Stater förefaller därför ha större anledning att anse att en vid tillämpning av res judicata inskränker rättssäkerheten. En smalare tillämpning av res judicata minskar således risken för att tillämpningen strider mot tvingande processuella regler.

Det föreligger troligtvis stora svårigheter i att finna en harmoniserad syn på innehållet av res judicata vid skiljeförfarande eftersom det blir svårt för stater att sinsemellan enas om ett enda synsätt på rättskraften. Frågan vilken syn som ska vinna gehör blir i slutändan i det närmaste politisk. De rättstraditioner som tillämpas i stater med stor ekonomisk styrka har därför en större chans att driva igenom sitt synsätt. Uppsatsen har enbart berört olikheter mellan res judicatas materiella innehåll mellan civil law-tradition och common law-tradition, men i konkurrens mellan olika rättstraditioners syn på res judicata löper särskilt mindre staters rättstraditioner en stor risk att inte få något inflytande över en process med målet att universellt enas om ett gemensamt innehåll.

Det kan dessutom förutsättas att parter från samma rättstradition ofta föredrar att synen på res judicata i denna rättstradition ska tillämpas vid ett mellan dem föreliggande skiljeförfarande. Är parterna till ett skiljeförfarande exempelvis från common law-traditionerna USA och Indien föredrar de troligtvis att en syn på res judicatas materiella innehåll från common law-tradition ska tillämpas. De bör då inte vara tvungna att omfattas av en för dem främmande tillämpning av res judicata.

6.4 Harmonisering av klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel

En harmonisering av klassificeringen av res judicata som antingen en processuell eller materiell regel vid internationella skiljeförfaranden syftar till att främja parternas val av res judicatas materiella innehåll och samtidigt göra innehållet förutsebart, även om parterna inte reflekterat över vilket materiellt innehåll de önskar för res judicata. Det aktuella lösningsförslaget motiveras med att en harmonisering av res judicatas materiella innehåll skulle innebära att partsinflytandet försvinner eftersom parterna förlorar sin möjlighet till inflytande över vilken syn på res judicata som ska tillämpas. En harmonisering av klassificeringen av res judicata som en processuell eller materiell regel knyter istället an till tidigare framställd problematik att beroende på om skiljenämnden tillämpar en syn enligt civil law-tradition eller common law-tradition kommer res judicata anses utgöra en processuell eller materiell regel och därmed tillämpas enligt *lex arbitri* respektive enligt

lex causae i enlighet med internationella lagvalsregler.²⁶⁹ Skillnader i klassificeringen får konsekvensen att vissa skiljenämnder tillämpar synen på res judicata i överensstämmelse med säteslandets tradition (*lex arbitri*) och andra skiljenämnder tillämpar synen på res judicata enligt kontraktlandets tradition (*lex causae*).

Vid en lösning där enbart klassificeringsproblematiken besvaras kommer skillnader i res judicatas materiella innehåll fortsatt bestå vid internationella skiljeförfaranden beroende på vilken nationell rätt som utgör *lex arbitri* eller *lex causae*. Lösningen ökar däremot markant förutsebarheten även om omfattningen av res judicata kommer att variera beroende på vilken syn som tillämpas. För att förtydliga: om res judicata fastställs som en processuell regel kan det materiella innehållet i res judicata-regeln variera beroende på vilken stats processuella regler som tillämpas (det vill säga vilken stat som är *lex arbitri*) men förfarandet blir ändå förutsebart. En sådan lösning kan vara önskvärd på så vis att den är lättare att nå än att enighet behöver nås internationellt rörande res judicatas materiella innehåll. Det behövs således inte tydliga regler för vad res judicata ska innehålla i det enskilda fallet utan res judicatas materiella innehåll kan variera. Det är istället avgörande att hur det materiella innehållet ska väljas är tydligt och förutsebart för parterna. En lösning genom klassificering är förenlig med partsautonomin eftersom den tillåter parterna att få inflytande över res judicatas innehåll och omfattning.

Som ovan konstaterats utgör res judicata som norm troligtvis internationell sedvanerätt vid internationellt skiljeförfarande.²⁷⁰ Generellt är det möjligt att utvidga eller inskränka sedvanerätt genom avtal. Parternas möjlighet att genom avtal själva reglera res judicatas omfattning är dock beroende av res judicatas klassificering som en processuell eller materiell regel. Om res judicata klassificeras som en processuell regel kan parterna inte avtala om res judicatas materiella innehåll om de inte vill riskera att skiljeklausulen klandras i en stat där processuella regler inte är möjliga att avtala om. Parternas möjlighet att avtala om res judicatas materiella innehåll är på så vis beroende av huruvida processuella avtal är möjliga enligt den nationella rätten i *lex arbitri*.²⁷¹

Klassificeras res judicata som en processuell regel behöver stater som är anslutna till EKMR säkerställa att skiljenämndens tillämpning av res judicata inte strider mot artikel 6 i EKMR innan de erkänner eller verkställer en skiljedom. Tillämpar skiljenämnden en alltför extensiv tillämpning av res judicata kan detta i en sådan situation innebära att en part anses gå miste om rätten att få sin sak prövad enligt artikel 6 i EKMR. Klassificeras res judicata däremot som en materiell regel uppstår inte sådan risk eftersom syftet med artikel 6 i EKMR enbart är att säkerställa vissa processuella garantier i förfarandet. Om res judicata klassificeras som en materiell regel kan det därför inte uppstå en kollision med EKMR.

²⁶⁹ Se avsnitt 2.2.2.

²⁷⁰ Se avsnitt 3.2.

²⁷¹ Se avsnitt 3.3.

Om res judicata klassificeras som en processuell regel kan parterna enligt denna lösning genom vetskapen om innehållet i relevant nationell rätt välja ett *lex arbitri* som tillämpar res judicata på det sätt parterna önskar. Omfattningen av res judicata kan med andra ord väljas av parterna genom valet av ett *lex arbitri* med det önskade synsättet. Önskar parterna en vid tillämpning av res judicata bör i sådant fall en common law-tradition såsom Storbritannien väljas som *lex arbitri*. Är båda parter från common law-tradition kan de på så vis förlita sig på att en common law-syn kommer att tillämpas på res judicatas materiella innehåll om de väljer Storbritannien som *lex arbitri*.

För att parterna ska känna att förfarandet har ett rättvist förlopp är det inte nödvändigt med harmonisering av res judicatas materiella innehåll utan istället avgörande att parterna kan förutse vad som kommer att bli det materiella innehållet. En harmoniserad klassificering av res judicata bidrar till att parterna upplever att det internationella skiljeförfarandet sker på ett rättvist sätt. I slutändan bör valet av lösning på den problematik som framförts i uppsatsen baseras på en avvägning av parternas inflytande över lagvalet. Med beaktande av lagvalet är en lösning där harmonisering av klassificeringen av res judicata sker den enda lösning där förutsebarhet föreligger samtidigt som parterna får inflytande över vilket materiellt innehåll res judicata får. Vid en harmonisering av res judicatas materiella innehåll försvinner parternas möjlighet att genom lagval välja syn på res judicata. Det kommer alltid att finnas parter som inte beaktar res judicata i sitt lagval men normerna bör inte formuleras utefter antagandet att parter inte vill göra ett genomtänkt val av *lex arbitri* eller *lex causae*.

Argumentet att en harmoniserad syn på res judicatas materiella innehåll vid skiljeförfarande löser problematiken med en oförutsebar klassificering av res judicata som processuell eller materiell regel har ytterligare brister. Argumentet bygger på att det vore lättare att bestämma ett materiellt innehåll av res judicata än att gemensamt avgöra huruvida res judicata utgör en processuell eller materiell regel. Frågan bör ställas varför det skulle vara enklare att finna en gemensam lösning på innehållet av res judicata än att kategorisera res judicata som en processuell eller materiell regel. Det senare förefaller som ett mindre ingripande och att nå enighet där framstår därför som enklare. Genom att enbart klassificera res judicata utan att avgöra dess specifika innehåll minimeras risken att mindre rättstraditioner blir förbisedda. Det kan finnas viss prestige även i en harmonisering av res judicatas klassificering men den torde vara mindre omfattande eftersom klassificeringen i sig inte innebär att en rättstraditions synsätt på det materiella innehållet väljs bort.

Sammantaget överväger fördelarna med en lösning där klassificeringen av res judicata harmoniseras över en lösning där harmonisering sker av res judicatas materiella innehåll. Analysens fortsatta diskussion kommer därför att utgå från en lösning genom klassificering.

6.5 Nationell rätt vid tidigare eller senare tvist

Utöver en internationell harmonisering av klassificeringen av res judicata behöver samförstånd även nås kring vilken tvists nationella rätt som ska tillämpas: tillämplig nationell rätt för den ursprungliga tvisten eller för den senare uppkomna tvisten. Om beslut tas att harmonisering ska ske av klassificeringen av res judicata som en processuell regel behöver det alltså även fastställas huruvida den första tvistens eller den senare tvistens processuella regler ska tillämpas. Om det inte fastställs vilken tvists nationella rätt som är tillämplig på res judicata uppnås inte den önskade förutsebarheten. En rättsnorm är en del av ett större system och att tillämpa innehållet i en specifik rättsnorm såsom res judicata från ett annat processuellt system får anses mindre önskvärt. Det förefaller därför mest naturligt att den senare skiljenämnden tillämpar den syn på res judicata som föreligger enligt de processuella regler som är aktuella för den aktuella tvisten i dess helhet.

Eftersom det är den senare skiljenämnden som ska bedöma huruvida res judicata föreligger förefaller den enklaste lösningen vara att denna skiljenämnd tillämpar samma nationella processuella rätt på res judicata som vid alla andra processuella rättsfrågor där nationell rätt ska tillämpas. Som tidigare konstaterats tillämpar även en majoritet skiljenämnder *lex arbitri* eller *lex causae* från det senare skiljeförfarandet (det vill säga det skiljeförfarande de är skiljedomare i).²⁷² En sådan lösning är även att föredra ur aspekten att skiljenämnden genom att tillämpa nationell rätt för det aktuella säteslandet minskar risken för ett scenario där skiljenämnden anser att res judicata föreligger genom beaktande av den tidigare tvistens processuella regler, men en nationell domstol i sätet för den senare tvisten vid tillämpning av sina egna processuella regler finner att res judicata inte föreligger och att tvisten inte borde avvisas. Att tillämpa den senare tvistens nationella rätt för bedömningen av res judicata är alltså önskvärt eftersom en skiljenämnd på så vis undviker att, med hänvisning till res judicata, förhindra ett skiljeförfarande med anledning av en tidigare skiljedom om denna tidigare skiljedom ändå inte kommer att erkännas i sätet för det senare skiljeförfarandet. Denna problematik är dock främst teoretisk eftersom möjligheterna att inte erkänna en skiljedom från en annan stat är mycket begränsade på grund av New York-konventionen.

²⁷² Se avsnitt 3.3.

6.7 Sammanfattande slutsatser

Sammanfattningsvis konstateras att det föreligger betydande skillnader i innebörden av *res judicata* mellan civil law-tradition och common law-tradition. Skillnaderna återspeglas även vid internationella skiljeförfaranden. Det föreligger ett antal oklarheter rörande *res judicata*s materiella innehåll vid internationella skiljeförfaranden och det varierar stort hur skiljenämnder tillämpar *res judicata*. Vissa skiljenämnder klassificerar *res judicata* enligt synen i antingen civil law-tradition eller common law-tradition med följden att *res judicata* anses utgöra en processuell respektive materiell regel. Klassificeringen får inverkan på huruvida skiljenämnden ska tillämpa ett synsätt på *res judicata*s materiella innehåll enligt *lex arbitri* eller *lex causae*. Andra skiljenämnder väljer att fritt tolka *res judicata* utan att tillämpa nationell rätt enligt lagvalsreglerna. Olikheter i skiljenämnders tillvägagångssätt skapar oförutsebarhet för parterna, vilket på sikt kan skada skiljeförfarandet som tvistlösningsinstitut.

Uppsatsen föreslår en lösning där *res judicata* inte innehållsmässigt behöver harmoniseras vid internationella skiljeförfaranden, men där klassificeringen av *res judicata* som antingen en processuell eller materiell regel harmoniseras. En sådan lösning ökar förutsebarheten för parterna samt ger parterna möjlighet att själva, genom val av *lex arbitri* och *lex causae*, välja vilken syn på *res judicata* de föredrar. Klassificeras *res judicata* som en processuell regel kan parterna alltså välja ett *lex arbitri* med det materiella innehåll för *res judicata* som parterna önskar. För att parterna ska uppleva rättvisa genom det internationella skiljeförfarandet är uppsatsens slutsats att det är tillräckligt att uppnå ett harmoniserat tillvägagångssätt för klassificering av *res judicata*. Att harmonisera *res judicata*s materiella innehåll är inte nödvändigt. Uppsatsen finner det som mest lämpligt att nationell rätt enligt lagvalsreglerna för den aktuella tvisten tillämpas för att finna *res judicata*s materiella innehåll istället för gällande rätt vid den tidigare tvisten.

Det saknas ett fullt lämpligt tillvägagångssätt för harmonisering genom inkorporering av *res judicata* som en processuell eller materiell regel. Ett första steg mot en harmoniserad klassificering kan dock tänkas vara att skiljedomsinstitut enas om att införa en klassificering av *res judicata* i sina förfaranderegler. En sådan åtgärd bidrar till att klassificeringen harmoniseras för ett antal skiljeförfaranden vilket skulle bidra till att bevara förtroendet för skiljeförfarandet som tvistlösningsinstitut.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Förfaranderegler

ICC	<i>ICC Rules of Arbitration</i> , i kraft från och med 1 mars 2017
LCIA	<i>LCIA Arbitration Rules</i> , i kraft från och med den 1 oktober 2014
Pragreglerna	<i>Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration</i> , i kraft från och med den 14 december 2018
SCC	<i>SCC Procedures for the Arbitration of Cases under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules</i> , i kraft från och med den 1 januari 2015
SCC	<i>SCC:s Skiljedomsregler</i> , i kraft från och med den januari 2017
UNCITRAL	<i>UNCITRAL Arbitration Rules</i> , antagna av FN:s generalförsamling genom resolution 65/22, i kraft från och med den 15 augusti 2010

Konventioner

New York-konventionen	New York-konventionen rörande erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, United Nations Conference on International Commercial Arbitration, 1958
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, 1950

Modellagar

UNCITRAL:s modellag för internationella skiljeförfaranden	The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, antagen av FN:s generalförsamling genom
---	---

resolutionerna 40/72 den 11
december 1985 och 61/33 den 4
december 2006 (ändrad version)

Offentligt tryck från EU

EU-stadgan

Europeiska Unionens stadga om de
grundläggande mänskliga
rättigheterna, EUT C 83/389

Principsamlingar

UNIDROIT

UNIDROIT Principles of
Transnational Civil Procedure

Rapporter

ILA (2004)

*Interim Report on Res Judicata and
Arbitration*, Berlinkonferensen
2004, återfinns i: 25(1) Arbitration
International (2009), volym 25,
nummer 1

ILA (2006)

Final Report. Resolution nummer
1/2006, antagen i Toronto, Kanada
den 4-8 juni 2006, återfinns i:
Arbitration International (2009),
volym 25, nummer 1

Stadgor

Nationernas Förbund, Fasta
mellanfolkliga domstolen

Statute of Permanent Court of
International Justice, i kraft den 16
december 1920, tillgänglig via:
<<https://www.refworld.org/docid/40421d5e4.html>> [hämtad den 22
november 2019]

Svenska propositioner

Prop. 1942:5

Kungl. Maj:ts proposition till
riksdagen med förslag till
rättegångsbalk

Litteratur

Aljaghoub, Mahasen M. (2006), *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*. Springer-Verlag Berlin.

Amerasinghe Chittharanjan, Felix (2011), *International Arbitral Jurisdiction*. Martinus Nijhoff Publishers.

Andreadakis, Stelios (2012), 'Regulatory Competition or Harmonisation: the Dilemma, the Alternatives and the Prospect of Reflexive Harmonisation', i: Andenas, Mads och Baasch Andersen, Camilla (red.), *Theory and Practice of Harmonisation*. Edward Elgar Publishing Limited.

'Autonom' (1994), *Norstedts latinsk-svenska ordbok*. Norstedts Ordbok.

Bagner, Hans, (2004), *How to avoid conflicting awards – the Lauder and CME Cases*. Journal of World Investment & Trade.

Backaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan och Hunter, Martin (2015), *Redfern and Hunter on International Arbitration: Student Version*. Oxford University Press.

Brekoulakis, Stavros (2005), 'The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited'. *The American Review of International Arbitration*, volym 16.

Brekoulakis, Stavros (2011), 'Arbitrability and Conflict of Jurisdictions: The (Diminishing) Relevance of Lex Fori and Lex Loci Arbitri', i: Ferrari, Franco och Kröll, Stefan (red.), *Conflict of Laws in International Arbitration*. Sellier.

Cars, Thorsten, Karnov-kommentar. lag (1999:116) om skiljeförfarande 22 § och 46 §, hämtad 2019-10-02 och 2019-12-20.

Chukwumerije, Okezie (1994), *Choice of Law in International Commercial Arbitration*. Quorum Books.

Cordero-Moss, Giuditta (2017), 'Non-national Sources in International Commercial Arbitration and the Hidden Influence by National Traditions', i: Wahlgren, Peter (red.), *Arbitration*, Jure Law Books.

Fauvrelle, Marc Robert (2017), 'Beyond the Dream: Theorising Autonomy in International Arbitration', i: Wahlgren, Peter (red.), *Arbitration*, Jure Law Books.

Fazio, Silvia (2007), *The Harmonization of International Commercial Law*. Kluwer International BV.

Gebrehana, Teklewold (1984), *Arbitration: an Element of International Law*. Almqvist & Wiksell International. Stockholm.

Gélinas, Fabien (2013), 'From Harmonized Legislation to Harmonized Law: Hurdles and Tools, Judicial and Arbitral Perspectives', i: Bachand, Frédéric och Gélinas, Fabien (red.), *The UNCITRAL Model Law after Twenty-Five Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration*. Juris.

Glenn, Patrick H. (2014), *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press.

Hanotiau, Bernard (2005), *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. The Hague: Kluwer.

Hartley, Trevor C. (2006), 'The Modern Approach to Private International Law – International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective'. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volym 319.

Hassler Åke och Cars, Thorsten (1989), *Skiljeförfarande*. Norstedts Förlag.

Hassler, Åke (1964), 'Skiljedomens rättskraft', i: Lejman, Fritjof (red.), *Festskrift till Olivecrona*. Kungliga Boktryckeriet, P.A. Norstedt.

Heuman, Lars (1992), 'Omfattar skiljedomens rättskraft i entreprenadvister icke bedömda ersättningskrav?' *Juridisk Tidskrift*, 1992-93.

Heuman, Lars (1999), *Skiljemannarätt*. Norstedts Juridik AB.

Heuman, Lars (2006), 'Officialprövning eller åberopsskyldighet vid tillämpningen av preklusionsregler'. *Juridisk Tidskrift* nr 1 2006/07.

Heuman, Lars (2003), *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*. Juris Publishing Inc.

Heuman, Lars (2019), 'Har det skett en omsvängning eller omläggning av praxis från restriktiv till extensiv tillämpning av skiljeavtal?' *Svensk Juristtidning*, 2019.

Hobér, Kaj (2014), 'Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration'. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volym 366.

Hobér, Kaj, (2011), *International Commercial Arbitration in Sweden*. Oxford University Press.

Holtzmann, Howard M. och Neuhaus, Joseph E. (1994), *UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Kluwer Law and Taxation Publishers.

- Hope, James (2012), 'Playing by the Rules in International Arbitration: What are the Rules?' *European International Arbitration Review*, volym 1, nummer 2.
- Hope, James och Ivars, Nils (2019), 'Är Pragreglerna förenliga med svensk skiljemannarätt?' *Svensk Juristtidning*, 2019.
- Hulbert, Richard W. (1989), 'Arbitral Procedure and the Preclusive Effect of Awards in International Commercial Arbitration'. *International Tax & Business Lawyer*, volym 7, nummer 155.
- Jarvin, Sigvard (1983), 'Skiljeförfarande i internationella affärstvister – några utvecklingstendenser'. *Svensk Juristtidning*, 1983.
- Jarvin, Sigvard och Derains, Yves (1990), *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*. International Chamber of Commerce Publishing.
- Jarvin, Sigvard (1996), 'Sekretess i svenska och internationella skiljeförfaranden'. *Juridisk Tidskrift*, 1996-1997.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle (2015), 'Foreword', i: Schaffstein, Silja (2016), *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*. Oxford University Press.
- Kremslehner, Florian (2007), "Lis Pendens" and "Res Judicata" in *International Commercial Arbitration: How to Deal with Parallel Proceedings: How to Determine the Conclusive and Preclusive Effects on Arbitral Awards*. Austrian Arbitration Yearbook 2007.
- Kvart, Johan och Olsson, Bengt (2012), *Twistlösning genom skiljeförfarande: en handledning till lagen om skiljeförfarande*. Norstedts Juridik AB.
- Lindblom, Per Henrik (1996), 'Rättssfärernas harmoni'. *Svensk Juristtidning*, 1996.
- Loh, Quentin (2013), 'The UNCITRAL Model Law and the Pro-arbitration Approach: Judicial Internationalism and International Interpretation – The Singapore Experience', i: Bachand, Frédéric och Gélinas, Fabien (red.), *The UNCITRAL Model Law after Twenty-Five Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration*. Juris.
- Lowe, Vaughan (1996), 'Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration'. *African Journal of International Law*, volym 8, nummer 1.
- Nilsson, Carl Olof (1987), 'Res judicata – I modellteoretisk belysning'. *Svensk Juristtidning*, 1987.
- Paulsson, Jan och Petrochilos, Georgios (2018), *UNCITRAL Arbitration*. Kluwer Law International BV.

- Platsas, Antonios (2017), *The Harmonisation of National Legal Systems – Strategic Models and Factors*. Edward Elgar Publishing Limited.
- Rothwell, Donald R., Kaye, Stuart, Akhtarkhavari, Afshin och Davis, Ruth (2011), *International Law: Cases and Materials with Australian Perspectives*. Cambridge University Press.
- Sandgren, Claes (2018), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*. Norstedts Juridik, Stockholm.
- Schaffstein, Silja (2016), *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*. Oxford University Press.
- Shany, Yuval (2003), *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford University Press.
- Stenström, Mikael, Hanqvist, Dan och Ossborn, Henrik (2012), 'Större frihet i internationell skiljerätt - England och Sverige'. *Ny Juridik*, 3:95.
- Scherer, Maxi (2012), 'Article III – Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule', i: Wolff, Reinmar (red.), *New York Convention: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentaty*, Hart Publishing.
- Sinai, Yuval (2011), 'Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective'. *Duke Journal of Comparative & International Law*, volym 21, nummer 2.
- Söderlund, Christer (2005), 'Lis Pendens, res Judicata and the Issue of Parallell Judicial Proceedings'. *Journal of International Arbitration*, volym 22, nummer 4.
- Thornefors, Christer, Karnov-kommentar. Rättegångsbalk (1942:740) 17 kap. 11 §, hämtad 2019-12-15.
- van den Berg, Albert Jan (1992), *Yearbook Commercial Arbitration*, volym 12, Deventer: Kluwer.
- Welamsson, Lars (1964), 'Litteratur'. *Svensk Juristtidning*, 1964.
- Westberg, Peter (1998), 'Advokatuppdrag och processuell undersökningsbörda – betydelsen av rättskraftens preklusionsverkan i tvistemål och skiljeförfarande'. *Juridisk Tidskrift*, 1998-99.
- Westberg, Peter (2005), 'Från statlig till privat rättsskipning: reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning', i: Regner, Göran, Eliason, Marianne och Vogel, Hans-Heinrich (utg.), *Festskrift till Hans Ragnemalm*. Juristförlaget.

Westberg, Peter (2012), *Civilrättskipning*. Norstedts Juridik.

Wilshere, Alured Myddelton (1944), *Principles of the Common Law: Originally Based on Inermaur's Common Law*. Sweet & Maxwell, volym 1-2, upplaga 5.

Rättsfallsförteckning

Australien

Högsta domstol (eng. High Court of Australia)

ESSO Australia Resources Ltd and others v. the honourable Sidney James Plowman and others, 128 ALR 391 (1995)

Sverige

Högsta domstol

NJA 1958 s. 654

NJA 1971 s. 453

NJA 1994 s. 712

NJA 2000 s. 538

Hovrätt

Svea hovrätt, RH 2003:55

USA

Högsta domstol (eng. Supreme Court of the United States)

Scherk v. Alberto-Culver Co, 417 US 506 (1974)

Storbritannien

Högsta domstol (eng. Supreme Court of the United Kingdom)

Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan (2010), UKSC 46

Appellationsdomstol (eng. Court of Appeals)

Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb (1965), EWCA

Ali Shipping Corp v. Shipyard Trogir (1999), 1 W.L.R. 314

Skiljedomar

ICC

ICC skiljedom nummer 3540 (1988), återfinns i: Jarvin, Sigvard och Derains, Yves (1990), *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, International Chamber of Commerce Publishing

ICC skiljedom nummer 6363 (1991), återfinns i: van den Berg, Albert Jan (1992), *Yearbook Commercial Arbitration*, volym 12

International Centre for Settlement of Investment Disputes (härefter ICSID)

Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II), ICSID skiljedom nummer ARB/13/13, 2017, återfinns på:
<<https://www.italaw.com/sites/default/files/>

case-documents/italaw9324.pdf> [hämtad
den 15 december 2019]

Permanent skiljedomstolen
eller Haagtribunalen (dock ej
att förväxla med
Internationella
krigsförbrytartribunalen för
det forna Jugoslavien, vilken
i folkmun ibland benämns
Haagtribunalen)

The Pious Fund Case (1902), återfinns i
The Hague Court Reports