

Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Nils Ivars

Jura novit curia och klander av skiljedom
– särskilt om principens tillämplighet i internationella
skiljeförfaranden med säte i Sverige

Särtryck ur häfte 2/2019

JURA NOVIT CURIA OCH KLANDER AV SKILJEDOM

– SÄRSKILT OM PRINCIPENS TILLÄMPLIGHET I INTERNATIONELLA SKILJEFÖRFARANDEN MED SÄTE I SVERIGE

Av Nils Ivars¹

Principen jura novit curia anses vedertagen i svenska domstolsprocesser, men det har ansetts mer osäkert om, och i så fall hur, principen får tillämpas i skiljeförfaranden – inte minst i internationella skiljeförfaranden. Ofta diskuteras inom doktrinen hur skiljemän borde förhålla sig till principen. Det är dock skillnad mellan hur en skiljenämnd lämpligen bör agera och hur den lagligen får agera. Den senare frågan kan definieras som gränsen för hur en skiljenämnd kan tillämpa jura novit curia utan att skiljedomen klandras och upphävs. I denna artikel redovisas slutsatser rörande hur jura novit curia får tillämpas i internationella skiljeförfaranden med säte i Sverige baserat på en jämförande analys av hur principen får tillämpas i svensk domstol, svenska inhemska skiljeförfaranden och hur principen tillämpas internationellt. Analysen inriktas mot frågan om en tillämpning av principen skulle kunna utgöra ett uppdragsöverskridande (34 § 1 st. 3 p. LSF) eller ett handläggningsfel (34 § 1 st. 7 p. LSF). Avslutningsvis görs även vissa reflektioner kring jura novit curia från ett lämplighetsperspektiv.

I. INLEDNING

Principen jura novit curia – ungefär: domstolen känner lagen – är en processrättslig princip som anses vara en självklar del av den svenska domstolsprocessen.² När det kommer till modern kommersiell tvistlösning kan det

¹ Jur.kand. Associate vid Advokatfirman Vinge i Stockholm. Artikeln speglar endast författarens personliga slutsatser och ställningstaganden. Artikeln är delvis baserad på författarens examensuppsats "Jura novit curia: en analys av hur principen bör tillämpas i internationella skiljeförfaranden som äger rum i Sverige", 2018, Uppsala universitet. Uppsatsen kan läsas online via Uppsala universitets publikationsdatabas eller i samlingsverket *Affärsjuridiska uppsatser 2019*, 1:1 uppl., Lustus Förlag, 2019 (hädanefter: Ivars, *Affärsjuridiska uppsatser 2019*).

² I korthet kan det sägas att jura novit curia vilar på en rad olika fundament och historiska skäl och kan bland annat ses som ett skydd för svaga(re) parter utan juridisk skolning och även en garant för att en domare har möjlighet att fritt använda *hela* rättsordningen för att hitta det "rätta svaret" och döma korrekt. Principen kan härigenom tänkas fungera som en garant för både rättssäkerhet och enhetlighet i rättstillämpningen, vilket också i förlängningen kan ses som ett uttryck för att våra domstolar tillämpar de lagar och regler som beslutats i demokratisk ordning på det sätt som de är avsedda att tillämpas. För längre beskrivningar av de historiska skäl och de rättspolitiska hänsyn som underbygger principen jura novit curia, se exempelvis Croon, Adam, *Jura novit curia-principen och sökandet efter en rättssäker rättstillämpning – ett rättshistoriskt perspektiv*, Juridisk Publikation 2010 s. 273–281 (hädanefter: Croon, JP 2010); Madsen, Finn,

dock ifrågasättas om flera av de skäl som bär upp jura novit curia verkligen väger speciellt tungt, eller om de över huvud taget gör sig gällande. Inte minst gäller detta i fråga om skiljeförfaranden, där parternas långtgående kontroll över processen normalt anses central. Vidare brukar det framhållas att en viktig aspekt hos skiljeförfarandet som tvistlösningsform är att skiljeförfarandet syftar till att lösa parternas tvist på ett snabbt och smidigt sätt, snarare än att skiljedomen i alla lägen ska vara hundra procentigt materiellt korrekt.³

Många experter och praktiker på skiljemannaområdet anser härigenom att principen inte bör tillämpas alls i skiljeförfaranden, eller i vart fall användas mycket restriktivt.⁴ Hur en skiljenämnd lämpligen *bör* agera är dock inte samma sak som hur den lagligen *får* agera. Ytterst ställs frågan om jura novit curia på sin spets genom följande fråga: *Kan en skiljedom upphävas (klandras framgångsrikt) grundat på att skiljenämnden tillämpat jura novit curia?*⁵

Vid införandet av lagen (1999:119) om skiljeförfarande (LSF) uttalades i förarbetena att jura novit curia bör gälla analogt i inhemska skiljeförfaranden, framförallt eftersom svenska parter kan förväntas vara vana vid principens existens. Däremot menade lagstiftaren att principen bör tillämpas mer försiktigt när utländska parter är inblandade då det ”måste beaktas att dessa kan vara knutna till rättssystem där tesen jura novit curia inte hyllas på samma sätt som i vårt land [...]”.⁶ Någon ytterligare vägledning lämnade inte lagstiftaren och frågan om principens tillämplighet i internationella skiljeförfaranden har

Om principen jura novit curia vid skiljeförfarande, JT 2010–11 s. 485–503 (hädanefter: Madsen, JT 2010–11); Calissendorff, Gotthard, *Jura novit curia i internationella skiljeförfaranden i Sverige*, JT 1995–96 s. 141–149 (hädanefter: Calissendorff, G., JT 1995–96); Lindell, Bengt, *Processuell preklusion: Av nya omständigheter eller bevis rörande saken*, Norstedts Juridik, 1993, s. 271 ff. (hädanefter: Lindell, Processuell preklusion); Kleineman, Jan, *Principen jura novit curia – särskilt i skiljeförfaranden*, Vänbok (festskrift) till Bertil Södermark, Norstedts Juridik, 2009 s. 93–124, (hädanefter: Kleineman, Vänbok till Södermark) och Westberg, Peter, *Parts förfoganderätt och domarens rättsanvändning*, JT 2011–12 s. 168–183 (hädanefter: Westberg, JT 2011–12).

³ Detta kommer till uttryck bl.a. genom det enkla faktum att en skiljedom normalt inte kan överklagas och därmed underkastas en ny materiell prövning och att parter, även om det i praktiken tycks vara ovanligt, kan välja att skiljenämnden ska avgöra tvisten baserat på skälighet och inte (enbart) baserat på rättsregler. Med detta sagt är det huvudregel att parterna i ett skiljeförfarande vill ha en så materiellt korrekt skiljedom som möjligt, jfr Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande*, En kommentar, 2 uppl., Norstedts gula bibliotek, 2012, s. 712 (hädanefter: Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar, 2 uppl.); även Kleineman, Vänbok till Södermark, s. 111. Se även Waicymyer, Jeffrey, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, s. 1071 (hädanefter: Waicymyer, 2012) angående statistik avseende hur viktig en materiellt korrekt skiljedom är för parter i skiljeförfaranden.

⁴ Se t.ex. Madsen JT 2010–11 s. 485 ff.; även Calissendorff, G., JT 1995–96 s. 141 ff., se särskilt s. 147.

⁵ Se klandergrunderna i 34 § LSF.

⁶ Prop. 1998/99:35 s. 144. Se även SOU 1994:81 s. 177.

heller inte berörts i någon större utsträckning i Högsta domstolen (HD). Gränsen för klanderbarhet framstår alltså som oklar.

I denna artikel diskuteras om och hur *jura novit curia* får tillämpas i skiljeförfaranden med säte i Sverige, särskilt i fråga om internationella skiljeförfaranden. I mitt examensarbete vid Uppsala universitet våren 2018 utredde jag denna fråga relativt utförligt. Den här artikeln kan beskrivas som en komprimerad populärversion av examensuppsatsen där jag i korthet presenterar de analyser jag gjort och de slutsatser jag dragit i uppsatsen. Den läsare som söker fördjupad läsning med mer utförliga resonemang och hänvisningar till ett bredare källmaterial hänvisas till examensuppsatsen.⁷ I avsnitt 2 redovisas hur *jura novit curia* definieras i denna artikel. I avsnitt 3 presenteras vilka rättskällor som är relevanta för att avgöra hur principen får tillämpas i internationella skiljeförfaranden samt vad min genomgång av dessa rättskällor visat i relation till min definition av *jura novit curia*. Av utrymmesskal hålls denna genomgång bitvis mycket kort och översiktlig. I avsnitt 4 presenteras mina slutsatser kring om och under vilka premisser en skiljedom skulle kunna klandras framgångsrikt. I avsnitt 5 ges några reflektioner *de lege ferenda* och diverse lämplighets- och gränsdragningsproblem lyfts.

2. VAD INNEBÄR PRINCIPEN JURA NOVIT CURIA?

Som redan beskrivits brukar *jura novit curia* översättas till domstolen (eller domaren) känner lagen. För att kunna bedöma mer i detalj hur principen får användas är det dock viktigt att ha definierat principen på ett något tydligare sätt. Jag ska därför kort beröra de delar som brukar inordnas under principen och hur jag valt att definiera den i denna framställning.

Det saknas en universell, allmängiltig definition av *jura novit curia*. Det finns dock åtminstone två aspekter som regelmässigt intolkas i principen: dels att rätten inte är bunden av de rättsregler som åberopats,⁸ dels att parterna inte behöver bevisa innehållet i gällande rätt eftersom domstolen förutsätts känna lagen.⁹ Dessa två aspekter

7 Se not 1 ovan.

8 Ekelöf beskriver principen som att det står "domstolen fritt att hänföra (subsumera) åberopade rättsfakta under en rättsregel, som ingen av parterna velat åberopa", se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael, *Rättegång: andra häftet*, 9 uppl., Norstedts Juridik, 2015, s. 140.

9 Lindell har en annan utgångspunkt än Ekelöf, och anför att principen inte betyder "något annat eller mera än att rättsatser inte behöver bevisas" (min kursivering). Lindell presenterar vidare något han kallar en absolut variant av *jura novit curia*, respektive en relativ variant. Enligt den absoluta varianten tillämpar rätten lagen *ex officio* oavsett vilka rättsregler parterna berört. Med den relativa varianten prövar rätten *ex officio* sakförhållandet endast mot de rättsregler som parterna underförstått eller uttryckligen utgått ifrån, se Lindell, Bengt, *Partsautonomin gränser – i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen*, lustus förlag, 1988,

framträder genomgående när principen definieras i såväl svensk som utländsk doktrin.¹⁰

I anslutning till *jura novit curia* diskuteras ofta frågan om materiell processledning. Mer specifikt anser vissa att principen *jura novit curia* är villkorad av en skyldighet för domstolen (skiljenämnden) att låta parterna yttra sig över en eventuell icke åberopad rättsregel eller rättskälla som domstolen överväger att tillämpa, i syfte att undvika överraskande rättstillämpning.¹¹ Det är dock inte helt tydligt om denna processledningsfråga är en del av själva principen eller inte.¹² Möjligen skulle man kunna säga att *jura novit curia* tillämpad i dess mest extensiva form medför att rätten är fri att ”överraska” parterna i sin rättstillämpning (dvs. att någon kommunikationsplikt inte finns). En mer restriktiv form av *jura novit curia* kan sägas vara att rätten visserligen är fri

s. 33 ff. (hädanefter: Lindell, Partsautonomins gränser). Jfr dock Lindell, Processuell preklusion, s. 271 f. där han beskriver att domstolen torde vara fri att ex officio tillämpa en ny rättsregel som parterna inte åberopat (i stil med hans beskrivning av den absoluta varianten av *jura novit curia*). Ekelöf å sin sida verkar visserligen likt Lindell också anse att gällande rätt inte behöver bevisas av parterna, men det är inte lika tydligt om han inordnar detta under *jura novit curia* eller inte.

10 Utöver Ekelöf och Lindell kan följande nämnas: Calissendorff, G., JT 1995–96 s. 141; Westberg, JT 2011–12 s. 173 (även i Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2 uppl., Norstedts Juridik, 2013; Madsen JT 2010–11 s. 485 ff.; Croon, JP 2010 s. 273 ff.; Hobér, Kaj, *International Commercial Arbitration in Sweden*, 1 Ed., Oxford University Press, 2011 (hädanefter: Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*)). Jfr dock Runesson, Eric, *Jura novit curia and due process with particular regard to arbitration in Sweden*, JT 2017–18 s. 172 ff. (hädanefter: Runesson, JT 2017–18), som även inordnar rätten att omformulera yrkanden som en del av *jura novit curia*. Se även Hope, James & Hallberg, Elisabet, *Jura Novit Arbitrator in Swedish Arbitration Law*, European International Arbitration Review, Volume 6, No. 1, 2017 (hädanefter: Hope & Hallberg, 2017), vars artikel definierar principen något annorlunda. Bland utländsk litteratur kan nämnas exempelvis standardverket Redfern, Alan & Hunter, Martin, with Blackaby, Nigel, Partasides QC, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*: student version, 6 Ed., Oxford University Press, 2015, s. 329 (hädanefter: Redfern & Hunter on International Arbitration, 6 Ed.).

11 Jfr t.ex. Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden* s. 317; Madsen, JT 2010–11 s. 485 ff., se avsnitt 2.3 i artikeln; Lindell, *Processuell preklusion*, s. 271; även artikel 7.2 i regelverket *Prague Rules* (2018).

12 Se t.ex. Kleineman i *Vänbok till Södermark*, s. 99. Se också hans poäng om klanderbarhet och *jura novit curia* på s. 109. Jfr även Lindell, *Partsautonomins gränser* s. 33. Även i utländsk litteratur diskuteras denna fråga, jfr t.ex. Lew, som menar att en ”expansive view on *jura novit curia*” är att någon kommunikationsplikt inte finns, se Lew, Julian, *Jura Novit Curia and Due process*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper, No. 72/2010, 2011, s. 3 f. och s. 13 f. Jfr Giovannini, som tycks anse att processledningsfrågan inte är del av *jura novit curia*, men ändå diskuterar frågan i anslutning till principen, se Giovannini, Teresa, *International Arbitration and Jura Novit Curia – Towards Harmonization*, del i samlingsverket av Fernandez-Ballester, Miguel Angel & Arias, David (Eds.) *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Wolters Kluwer España; La Ley, 2010, s. 495–509 (hädanefter: Giovannini, 2010).

att utreda och tillämpa rättsregler fritt, men måste upplysa parterna om vilka rättsregler eller rättskällor som bedöms vara relevanta för målet.¹³

Även om vissa författare ibland inordnar ytterligare aspekter i *jura novit curia* har jag valt att i denna framställning utgå från de tre nämnda beståndsdelarna och dessa kommer vara utgångspunkten för min analys. Av pedagogiska skäl har jag valt att namnge de tre delarna.

1. Rättstillämpningsfriheten. Rätten/skiljenämnden är *inte* bunden av de rättsregler (rättsliga kvalifikationer) som parterna åberopat eller diskuterat under processen.

2. Rättsutredningsplikten. Parterna behöver *inte* bevisa innehållet i gällande rätt och rätten/skiljenämnden är omvänt skyldig att *ex officio* utreda gällande rätt oaktat vilka rättskällor parterna presenterat.

3. Överraskningsfriheten. Rätten/skiljenämnden är *inte skyldig*¹⁴ att genom materiell processledning låta parterna yttra sig över ”nya” rättsregler eller rättsliga kvalifikationer som rätten överväger att göra.

Det finns givetvis gränsdragningsproblem och olika tänkbara varianter av hur extensivt *jura novit curia* kan tillämpas. Under del 1, *rättstillämpningsfriheten*, kan det till exempel diskuteras om det inte bara är en rättighet – utan också en skyldighet – för en domare att *ex officio* överväga och tillämpa andra rättsregler än de parterna hänfört sig till. Under del 2, *rättsutredningsplikten*, kan man göra en skillnad mellan situationerna att rätten bär hela utredningsansvaret, att ansvaret är delat mellan rätten och parterna, och att parterna har att utreda och bevisa gällande rätt på samma sätt som de ska bevisa rättsfakta. Under del 3, som jag kallat *överraskningsfriheten*, går det bland annat att problematisera graden av ”överraskning” som ska vara tillåten inom ramen för *jura novit curia*.

¹³ Jfr definitionen enligt Besson, som anför: ”In a broad sense, *iura novit curia* is ‘a power or duty of an adjudicator to ascertain the law independently of party submissions’ or, as another author puts it, it is the authority to ‘determine the contents of the *lex causae* beyond the parties’ submissions’. In a much narrower sense, *iura novit curia* is the power to determine the contents of the law beyond the parties’ submissions and to apply the law so determined without inviting the parties to comment on the contents of law.”, se Besson, Sébastien, *Good (and Bad) Initiatives of Arbitrators*, del i samlingsverket av Betancourt, Julio César (Ed.), *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, 1 Ed., Oxford University Press, 2016, s. 230 (avsnitt 22.42 ff.).

¹⁴ Skyldig såtillvida att ett avsteg från principen skulle kunna resultera i en domvillia eller i en framgångsrik klandertalan. En annan sak är att rätten eller skiljenämnden möjligen *bör* eller till och med själv har *intresse* av att höra parternas inställning till rättsregeln i fråga. Jfr t.ex. Lindell, *Partsautonomis gränser*, s. 23.

Vidare, ifall en kommunikationsplikt faktiskt finns, vad är det parterna ska yttra sig över? Och hur ska sådan kommunikation ske?

På så vis bör man kanske i viss mån se på jura novit curia som en glidande skala snarare än en statisk princip.¹⁵ Av pedagogiska skäl har dock principen i denna framställning definierats enligt ovan.

3. EN GENOMGÅNG AV RÄTTSKÄLLORNA

3.1 VILKA RÄTTSKÄLLOR ÄR RELEVANTA?

Som tidigare nämnts anger varken LSF eller förarbetena till LSF tydligt hur skiljenämnder får tillämpa jura novit curia i internationella skiljeförfaranden.¹⁶ Pondera att en skiljedom i ett internationellt skiljeförfarande klandras grundat på omständigheten att skiljenämnden tillämpat jura novit curia – vilka rättskällor skulle hovrätten då ha till hands i sin prövning av en sådan klandertalan?

En svensk domare har av förklarliga skäl nära till hands att falla tillbaka på hur jura novit curia tillämpas i svenska tvister.¹⁷ Det är därför intressant att studera såväl LSF som rättegångsbalken (RB).

Självklart måste dessutom rättspraxis analyseras, inte minst i fråga om klander av skiljedom.¹⁸ Under våren 2019 har HD avgjort två klander mål:

15 Se figuren i Ivars, Affärsjuridiska uppsatser 2019, s. 206.

16 Här bortses från fallet då parterna tydligt i skiljeavtal eller efter att skiljeförfarandet inletts kommer överens om hur jura novit curia får tillämpas av skiljenämnden. Analysen tar alltså sikte på vad som gäller när frågan inte reglerats parterna emellan, vilket förmodligen är normalfallet.

17 Det är riktigt att ett internationellt skiljeförfarande är just internationellt och att svenska inhemska principer inte utan vidare kan analogiseras. Att nationell rättskultur inte skulle få något genomslag i internationella skiljeförfaranden är dock en utopi. Ett internationellt skiljeförfarande existerar, så att säga, inte i något vakuum. Enligt Cordero-Moss har både platsen för skiljeförfarandet och andra nationella lagar och rättsprinciper i praktiken inverkan på även ett internationellt skiljeförfarande, se Cordero-Moss, Giuditta, *International arbitration is not only international*, del i samlingsverket av Cordero-Moss, Giuditta (Ed.), *International Commercial Arbitration: Different forms and their Features*, I Ed., Oxford University Press, 2013, s. 8 ff.; även Cordero-Moss, Giuditta, *Is the Arbitral Tribunal Bound by the Parties' Factual and Legal Pleadings?*, Stockholm International Arbitration Review, 2006:3, Stockholm Chamber of Commerce, s. 29 (hädanefter: Cordero-Moss, SIAR 2006:3).

18 Även HD:s domvillopraxis kan teoretiskt i vissa situationer ge ledning i klanderprocesser mot skiljedomar, i synnerhet om det saknas klanderprejudikat avseende en viss typ av rättegångs-fel. Det finns dock alltid anledning att iakttäta viss försiktighet i att analogisera domvillopraxis och överföra denna på klandermål, detta mot bakgrund av att domvillopraxis till syvende och sist utgår från regler i RB. Heuman har under de två artiklarna "Vilken betydelse har prejudikat om domvillocklagen för bedömningen av klandermål rörande handläggningsfel?" Del I och II i JT 2016–17 gjort en ingående analys på detta tema.

NJA 2019 s. 171 (Belgor) och NJA 2019 s. 382 (CicloMulsion), vilka ger ny vägledning rörande flera centrala frågor och bedömningar som ofta aktualiseras i klandersmål. Inget av målen ger dock tydliga svar på frågan om jura novit curia. Någon tydlig vägledning i äldre praxis från HD förefaller inte heller finnas. I avsaknad av tydliga uttalanden från HD är det istället hovrätternas praxis som måste analyseras. I synnerhet gäller detta praxis från Svea hovrätt, där merparten av alla klandersmål avgörs och som får sägas vara den främsta praxisbildaren på klanderområdet.¹⁹ I den mån det finns exempel i hovrätternas praxis där klandrade skiljedomar haft internationella inslag är dessa särskilt relevanta.

Vidare har det uttalats att i fråga om internationella skiljeförfaranden ska skiljedomslagstiftningen fyllas ut genom att se till internationell skiljedoms-kultur snarare än att analogisera nationella processuella principer.²⁰ Det är därför relevant att studera hur jura novit curia regleras och tillämpas i några andra länder, liksom i internationella ramverk, regelverk och praxis från olika institut på skiljemannaområdet.

Doktrin är visserligen inte formellt en auktoritativ rättskälla.²¹ Med hänsyn till att domstolarna i klandersmål de facto tycks tillmäta doktrinuttalanden rättskällvärde får dock ändå doktrinuttalanden anses vara en relevant rättskälla för de frågor som denna artikel analyserar.²²

I det följande redovisar jag hur principen behandlas i de nämnda rättskällorna. Utifrån denna genomgång drar jag slutsatser om hur jag bedömer att rättsläget ser ut avseende jura novit curia i (internationella) skiljeförfaranden i Sverige.

19 Elofsson (numera Berntorp), Niklas, *Klandrade skiljedomar mellan 1999 och 2009 – särskilt om skiljemäns uppdragsöverskridande och handläggningsfel*, JT 2010–11 s. 732 ff. (hädanefter: Elofsson, JT 2010–11). Jfr 43 § 2 st. LSF.

20 Se bl.a. hur HD behandlar rättskällorna i NJA 2000 s. 538. Jfr prop. 1998/99:35 s. 46 f. och SOU 1994:81 s. 74; Madsen, Finn, *Skiljeförfarande i Sverige*, 2 uppl., Jure Förlag AB, 2009, s. 61 f. (hädanefter: Madsen, *Skiljeförfarande i Sverige*, 2 uppl.) beskriver att HD historiskt varit benägen att söka ledning i RB även i fråga om procedurfrågor inom skiljeförfaranden, vilket Madsen menar skulle kunna bero på "frånvaron av andra inspirationskällor". Madsen anser att ledning numera snarare kan sökas i internationella rättskällor.

21 Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 8 uppl., lusté, 2015, s. 205 (hädanefter: Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, 8 uppl.); Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, del i samlingsverket av Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, 2013, s. 28 och s. 33.

22 HD gör exempelvis flera hänvisningar till litteratur i NJA 2019 s. 171 och NJA 2019 s. 382. Se specifikt avseende hänvisningar till uttalanden angående jura novit curia i målet i Svea hovrätt T 1968-16 (refereras nedan).

3.2 PRINCIPENS STÄLLNING I SVENSKA TVISTER

3.2.1 TILLÄMPNINGEN I SVENSKA DOMSTOLAR

I svenska domstolsprocesser är det relativt tydligt att *rättstillämpningsfriheten* gäller.²³ Troligen kan det till och med sägas vara en skyldighet för domstolen att ex officio försöka döma så materiellt korrekt som möjligt.²⁴

Parterna behöver inte heller bevisa innehållet i svensk rätt, vilket uttrycks i 35 kap. 2 § 2 st. 1 mom. RB. *Rättsutredningsplikten* gäller därmed. Domstolen har däremot rätt att förelägga parterna att inkomma med bevisning om innehållet i utländsk rätt, jfr 35 kap. 2 § 2 st. 2 mom. RB. Samtidigt tycks inte ordalydelsen i 2 mom. förbjuda domstolen från att ex officio försöka utreda innehållet i den utländska rätten, exempelvis om parternas rättsutredningar inte är tillräckligt bra. Domstolen har förmodligen alltid ett visst ansvar att försöka döma så korrekt som möjligt, även i fråga om utländsk rätt.²⁵

Om *övertäckningsfriheten* gäller är dock mer osäkert. Att domstolen lämpligen bör ge parterna tillfälle att yttra sig över potentiellt tillämpliga rättsregler är

23 Se t.ex. Ekelöf, Per Olof, m.fl., *Rättegång: första häftet*, 9 uppl., Wolters Kluwer, 2016, s. 61 och s. 76; Lindell, Partsautonomins gränser, s. 34 f.; Madsen JT, 2010–11 s. 487 f. Lindell har en mer sträng syn på saken och anför att om rätten ser en möjlighet till en annan rättslig kvalifikation än den som parterna gjort och underlåter att uppmärksamma parterna på denna ska det inte vara tillåtet för rätten att grunda domen på denna rättsregel. Enligt Lindell vore detta "ett klart rättegångsfel", se Lindell, Processuell preklusion, s. 284. Jfr Lindell, Partsautonomins gränser, s. 43 f. och särskilt Lindell, Bengt, *Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 3 uppl., lustus förlag, 2012, s. 296 f. (hädanefter: Lindell, *Civilprocessen*, 3 uppl.). Han beskriver vidare att rättsläget förändrats snabbt gällande den materiella processledningsplikten och menar att praxis och övrig doktrin har hållit fast vid en "gammal tolkning av principen jura novit curia". Enligt Lindell föreligger endast en officialprövningsrätt efter det att kommunikation skett med parterna.

24 Ekelöf talar om en "skyldighet för rätten att tillämpa en adekvat rättsregel oavsett om parterna har åberopat denna eller inte" och hänvisar till JustR Linds tillägg i NJA 1989 s. 614, se Ekelöf, Per Olof, m.fl., *Rättegång: fjärde häftet*, 7 uppl., Norstedts Juridik, 2010, s. 304. (hädanefter: Ekelöf m.fl. (IV), 7 uppl.). Jfr Westberg, Peter, *Domstols officialprövning: En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*, Juristförlaget i Lund, 1988, s. 194.

25 Ekelöf m.fl. (IV), 7 uppl., s. 306 anser att domstolarna vid behov "inom rimliga gränser" bör bedriva egen rättsutredande verksamhet också när det gäller utländsk rätt. Jfr Madsen JT 2010–11, s. 488; Runesson, JT 2017–18 s. 174. Sinander och Lindkvist anför att det ytterst är domstolens ansvar att se till att även utländska rättsregler tillämpas så korrekt som möjligt och att det därför alltid finns ett visst utredningsansvar. Bland annat mot bakgrund av artikel 6 i Europakonventionen konstaterar författarna följande: "Om ena eller båda parter underlåter att inkomma med bevis eller inkommer med bristfällig bevisning om innehållet i den utländska rätten kan domstolen tvingas att döma i sak trots okunskap om innehållet i den utländska rätten. Om utredningen av innehållet i den utländska rätten efter en eventuell anmaning enligt 35 kap. 2 § RB inte är adekvat krävs därför att domstolen självständigt utreder detta.", se Sinander, Erik & Lindkvist, Gustav, *Ska svensk domstol utreda innehållet i utländsk rätt?*, SvJT 2015 s. 749–758.

förmodligen klart, frågan är bara om det kan utgöra domvillan om domstolen inte gör detta.²⁶

NJA 1989 s. 614 och i synnerhet justitierådet Linds tillägg i nämnda avgörande brukar anses relevanta i detta avseende. I målet hade talan grundats på dels den så kallade förutsättningsläran och dels 36 § avtalslagen. Frågan rörde ifall domstolen ex officio kunde pröva käromålet också enligt allmänna kontraktsrättsliga principer, vilket HD ansåg sig ha rätt att göra. I sitt tillägg uttalar Lind att domstolen inte har någon ovillkorlig skyldighet att låta parterna yttra sig över en rättsregel inte parterna åberopat. Som exempel anger Lind att om domstolen först ”vid överläggningen till dom upptäcker att en annan rättsregel än den som parterna hänfört sig till har betydelse i målet” så kan det inte finnas någon skyldighet att exempelvis kalla till en ny eller fortsatt huvudförhandling.

Av domvillomålet NJA 1999 s. 629 kan det utläsas att det i och för sig är lämpligt att låta parterna yttra sig över rättsregler som inte diskuterats under rättegången, men att ett åsidosättande av denna handlingsnorm inte ”utan vidare” utgör ett rättegångsfel (bland annat med hänvisning till justitierådet Linds uttalande i NJA 1989 s. 614). I avsaknad av prejudikat som indikerar motsatsen är min slutsats, bland annat mot bakgrund av NJA 1989 s. 614 och NJA 1999 s. 629, att *överraskningsfriheten* gäller i svenska domstolar.²⁷

3.2.2 TILLÄMPNINGEN I SVENSKA INHEMSKA SKILJEFÖRFARANDEN

Som tidigare beskrivits innehåller förarbetena vid införandet av LSF ett relativt kortfattat uttalande om att jura novit curia bör gälla analogt i inhemska skiljeförfaranden.²⁸ Förmodligen avser lagstiftaren skiljeförfaranden med svenska parter, som avgörs av en svensk skiljenämnd och enligt svensk rätt. Frågan är dock om jura novit curia verkligen gäller *i alla tre delar* enligt definitionen ovan. Jura novit curia berördes inte heller nämnvärt i samband med att LSF moderniserades år 2018.²⁹ Frågan om exakt i vilken utsträckning principen gäller i inhemska skiljeförfaranden kvarstår därför.

I förarbetena vid införandet av LSF uttalas bland annat att ”en skiljedom inte med framgång kan klandras t.ex. därför att skiljemännen har tillämpat en viss rättsregel på de av parten som grund för talan åberopade omständigheterna,

²⁶ Jfr t.ex. NJA 1993 s. 13, NJA 1996 s. 52 och domvillobeslutet i HD i målet Ö 1810-16 (Emissionsgarantimålet), vilka ger stöd för att kommunikation med parterna bör ske.

²⁷ Ett undantag är Lindell, som gör en annan tolkning av de nämnda rättsfallen i HD, se t.ex. Lindell, *Civilprocessen*, 3 uppl., s. 296.

²⁸ Prop. 1998/99:35 s. 143 f. och s. 119 ff. (det senare angående materiell processledning). Jfr SOU 1994:81 s. 177 f.

²⁹ Se prop. 2017/18:257.

trots att parten inte har hänfört sig till rättsregeln i fråga”.³⁰ Uttalandet får förstås som att lagstiftaren menar att *rättstillämpningsfriheten* som utgångspunkt gäller i helt svenska skiljeförfaranden på samma sätt som i domstol. Heuman och Lindskog talar till och med om att det är en *skyldighet* för skiljenämnden att tillämpa relevanta rättsregler, även om parterna inte hänfört sig till dessa.³¹ Madsen och Calissendorff är av annan åsikt och menar att skiljenämnden ska hålla sig till de rättsregler som parterna åberopat.³²

Praxis pekar snarare mot Lindskog och Heumans synsätt. I Svea hovrätts avgörande T 2610-13³³ och i Hovrätten för Västra Sveriges avgörande T 4028-13³⁴ (båda klandrade skiljedomar) uttalas till och med att skiljemännen rentav varit *skyldiga* att självständigt utreda rättsfrågan, oaktat parternas rättsliga dispositioner.

I Svea hovrätts avgörande T 1968-16 hade skiljemannen i fråga om en avtalsutfyllnad tillämpat bestämmelser i kommissionslagen analogt, vilket klanderkäranden hävdade utgjorde ett uppdragsöverskridande. Vidare hade skiljemannen inte gett parterna möjlighet att argumentera kring de aktuella bestämmelserna. Klanderkäranden menade att detta utgjorde ett handläggningsfel. Hovrätten uttalade att skiljemän i enlighet med jura novit curia inte är bundna av parternas rättsliga argumentation och att det ”saknar betydelse huruvida någon av parterna hade hänfört sig till rättsregeln i fråga”.³⁵ Något uppdragsöverskridande ansågs inte ha förekommit.

30 Prop. 1998/99:35 s. 144.

31 Heuman, Lars, *Skiljemannarätt*, 1 uppl., Norstedts Juridik, 1999, s. 340 ff. (hädanefter: Heuman, *Skiljemannarätt*). Lindskog, *Skiljeförfarande*, En kommentar, 2 uppl., s. 712 f. Lindskog anför bland annat att parterna i regel måste antas *vilja* att skiljenämnden ska döma enligt gällande rätt och en naturlig följd därmed är att skiljedomaren är skyldig att döma enligt tillämpliga regler, oavsett om de åberopats eller inte.

32 Se Madsen, JT 2010–11 s. 485 ff.; Calissendorff, G., JT 1995–96 s. 141 ff.

33 I målet uttalade hovrätten bland annat: ”En skiljeman är vid avtalstolkningen som regel inte bunden av parternas dispositioner när det gäller rättsregler och rättslig argumentation utan har snarare en rätt och skyldighet att tillämpa dessa även utan åberopande av part enligt principen *jura novit curia*” (se s. 19 i hovrättens dom). Vidare hade käranden i en annan grund argumenterat för att skiljemannen begått handläggningsfel genom att *inte* tillämpa jura novit curia. Skiljemannen hade nämligen i skiljedomen avfärdat ett krav på skadestånd utifrån att käranden inte hade ”utvecklat sina antydda rättsliga resonemang” om varför man hade rätt till skadestånd. Hovrätten ansåg dock inte att uttalandet kunde visa att skiljemannen hade *underlåtit* att göra en självständig rättslig prövning av kärandens åberopade omständigheter (se s. 21 i hovrättens dom, jfr p. J19 i skiljedomen).

34 I domen uttalas: ”Utgångspunkten är att skiljemannen är bunden att avgöra tvisten med stöd av de omständigheter (rättsfakta) som parterna åberopar till stöd för sin talan. Däremot har en skiljeman normalt en rätt (men även en skyldighet) att tillämpa en icke åberopad rättsregel.”

35 Se s. 6 i hovrättens dom.

Det finns också ytterligare exempel där hovrätterna tolererat att skiljenämnder tillämnat jura novit curia i detta avseende.³⁶ Min slutsats är därför att *rättsstillämpningsfriheten* gäller i skiljeföranden med svenska parter, svensk skiljenämnd och där tvisten avgörs enligt svensk rätt.

En följd av förarbetsuttalandena ovan om att skiljenämnden har rätt att tillämpa vilka rättsregler den vill är rimligen att skiljenämnden då även måste ha en *rätt* att vidta rättsutredningar. Det är dock inte tydligt om skiljenämnden är *skyldig* att göra egna rättsutredningar och i förlängningen om det är möjligt för parter att exempelvis inte argumentera rättsligt alls. Det är alltså en smula oklart om *rättsutredningsplikten* gäller fullt ut för skiljenämnden, eller om nämnden endast har en utredningsrätt. Utifrån förarbetsuttalandet ovan om att jura novit curia bör gälla analogt i svenska skiljeföranden kan man tänka sig att principen i 35 kap. 2 § 2 st. RB kan tillämpas analogt. Vid skiljeföranden i en svensk skiljenämnd, mellan svenska parter som företräds av svenska ombud, innebär det i så fall att skiljenämnden förutsätts känna till innehållet i svensk rätt och att parterna därför inte behöver lägga fram rättsutredningar.³⁷ En annan sak är att det förmodligen ligger i parternas intresse att lägga fram rättslig argumentation, inte minst om skiljenämnden vill att parterna yttrar sig över en viss rättsregel.

I sammanhanget kan det noteras att det i 2017 års version av Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitutets (SCC) Skiljedomsregler införts ett krav på att parterna i sina inledande inlagor även ska ange sina rättsliga grunder, vilket avviker från både RB:s regler och 2010 års version av SCC-reglerna. Betydelsen av ändringen får sammantaget anses oklar.³⁸ Min tolkning är dock

36 Även Svea hovrätts avgöranden i målen T 8090-99, T 5398-05, T 6198-12 och T 4487-12 kan tas till intäkt för att ramen för skiljenämnds uppdrag normalt bara sätts ut åberopade rättsfakta, inte rättsregler. Jfr Elofsson, JT 2010-11 s. 740, se not 29, även s. 741 och konklusionen på s. 745 f. Jfr Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, s. 317.

37 Se bl.a. Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 341 ff. Heuman kan förstås som att parterna ändå kanske inte behöver förebära rättsutredningar om samtliga skiljemän "är medborgare i det land vars lag skall tillämpas". Lindskog verkar mena att principen i RB 35 kap. 2 § 2 st. gäller också i skiljeföranden, se Lindskog, *Skiljeförande*, En kommentar, 2 uppl., s. 713, not 18.

38 I § 29 i SCC-reglerna anges att kändan ska ange "de omständigheter och grunder" som åberopas (motsvarande gäller för svaranden). Skrivningen är enligt mitt tycke olycklig eftersom orden omständighet och grund i svensk processrätt normalt åsyftar samma sak, dvs. rättsfakta. En studie av språkversionerna på engelska, spanska, tyska, ryska och kinesiska visar dock att samtliga dessa versioner tydligt anger att *rättsliga* grunder ska anges. I ljuset av detta måste därför den svenska § 29 enligt min uppfattning förstås som att också *rättsliga* grunder ska anges, vilket därmed avviker från RB:s regler. Man kan fråga sig om avsikten med det nya rekvisitet varit att skiljenämnden skulle vara bunden till att endast pröva de rättsliga grunder parterna anger. Håstad anser att det hela är mycket oklart och presenterar en rad olika tolkningar av förändringen, se Håstad, Torgny, *Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig*

att det nya kravet troligen inte ensamt kan anses binda skiljenämnden till att beakta endast de åberopade rättsreglerna (och därmed ”avskaffa” *rättstillämpningsfriheten*). Däremot skulle kravet potentiellt kunna vara ett argument vid tolkningen av skiljenämndens uppdrag för att parterna åsyftat att prövningen ska avse de faktiska och rättsliga grunder som åberopats.³⁹

Gällande *övertäckningsfriheten* betonas i förarbetena ”vikten av en tydlig processledning med avseende på de rättsliga åberopandena”⁴⁰ i syfte att undvika överraskande rättstillämpning. Det uttalas dock inte tydligt huruvida överraskande rättstillämpning kan utgöra grund för klander av skiljedomen eller inte.⁴¹

I NJA 1973 s. 740 uttalas att det ”är en öppen fråga, i vad mån bristande processledning från skiljemäns sida kan utgöra skäl att häva skiljedom”. Inom doktrinen tycks de flesta vara överens om att överraskande rättstillämpning (dvs. att skiljenämnden tillämpar för parterna ”nya” rättsregler) i och för sig skulle kunna utgöra ett klanderbart fel.⁴²

I det ovan nämnda avgörandet T 1968-16 vid Svea hovrätt menade klanderkrävarn att skiljemannen, vid sidan av uppdragsöverskridandet, begått ett handläggningsfel genom att inte ge parterna tillfälle att yttra sig över bestämmelserna i kommissionslagen. Hovrätten hänvisar till Lindskogs uttalanden och tycks anse att en överraskande rättstillämpning i och för sig kan utgöra skäl för att upphäva en skiljedom.⁴³ Hovrätten fann dock i det aktuella fallet att det är vanligt att avtal fylls ut genom en analog tillämpning av dispositiva rättsregler. Det kunde därför inte ”anses ha varit överraskande” för klander-

domstol för vissa extraordinära ärenden, JT 2016–17 s. 613, not 9. Min slutsats är dock att så inte är fallet, utan att syftet förmodligen endast varit att underlätta processen genom att förmå parterna att på ett tidigt stadium ange sina rättsliga argument. SCC omnämner inte förändringen i § 29 i sitt dokument över de viktigaste nyheterna i 2017 års regelverk, vilket kan tänkas hade varit fallet om en omvälvande reform av synen på principen *jura novit curia* hade varit avsikten, se dokumentet *Main changes – new 2017 SCC rules*, tillgängligt på SCC:s webbplats. Man kan dock fråga sig om en utländsk part utan kunskap om svensk processrättstradition som läser § 29 verkligen kan förväntas inse att skiljenämnden är bunden av de sakomständigheter som åberopas, men inte av de rättsliga grunder som anges – trots att båda delar enligt regelverket måste anges i inlagorna.

39 Jfr prop. 1998/99:35 s. 144.

40 Prop. 1998/99:35 s. 144 och s. 119 ff.

41 Jfr Heuman, Skiljemannarätt, s. 341.

42 Se Heuman, Skiljemannarätt, s. 341 f.; Lindskog, Lagkommentar till 34 § LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt 5.2.7 och särskilt not 215; även kommentaren till 21 § avsnitt 6.1.6. Se även t.ex. Calissendorff, G., JT 1995–96 s. 141 ff.; Kleineman, Vänbok till Södermark, s. 111 och s. 122 f.

43 Se s. 5 i hovrättens dom, med hänvisning till Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar, Zeteo, maj 2016, kommentaren till 34 §, avsnitt 5.2.7.

käranden att skiljemannen fyllde ut avtalet på det sätt som gjordes.⁴⁴ Skiljedomen upphävdes inte. Hovrättens slutsats tyder enligt min mening på en gentemot skiljenämnden generös inställning till vad som kan anses alltför överraskande (dvs. att *överraskningsfriheten* inte är absolut, men alltså långtgående). Möjligen kan dock hovrättens slutsats betraktas som endast en *in casu*-bedömning, vilken därmed har ett begränsat rättskällevärde.

Var gränsen går för en rättstillämpning som är så pass oförutsebar att det blir fråga om ett handläggningsfel förefaller sammantaget mycket osäkert. Med det sagt verkar någon total *överraskningsfrihet* inte finnas för skiljenämnden eftersom överraskande rättstillämpning i vissa fall tycks kunna utgöra ett handläggningsfel. Därtill måste dock felet ha ”inverkat på utgången” för att skiljedomen ska upphävas (jfr nedan i avsnitt 4.2).⁴⁵ Genom NJA 2019 s. 171 (Belgor) tycks HD också ha etablerat ett krav på att felet måste ”vara av rimlig betydelse” för klanderkräranden för att skiljedomen ska upphävas.⁴⁶ Dessa krav skapar ytterligare hinder för att i praktiken nå framgång i en klandertalan.

3.3 DEN SVENSKA DOKTRINEN OM PRINCIPENS STÄLLNING I INTERNATIONELLA SKILJEFÖRFARANDEN

I doktrinen tycks det råda någorlunda konsensus om att en skiljenämnd inte har ett fullt så stort rättsutredningsansvar i ett internationellt skiljeförfarande som i ett rent inhemskt som avgörs enligt svensk rätt (jfr ovan). Det är alltså parterna som primärt ska förebära rättsutredningar i ett internationellt skiljeförfarande.⁴⁷ Någon *rättsutredningsplikt* tycks alltså inte gälla.

Innebär det då att en skiljenämnd *inte får* göra egna rättsutredningar? Nej, så tycks inte vara uppfattningen. Runesson och Heuman menar att rättsreglernas innehåll inte helt ska betraktas som rena bevisfakta som parterna ska presentera. Runesson anför att en princip liknande den i 35 kap. 2 § 2 st. 2 mom. RB bör gälla i internationella skiljeförfaranden. Detta innebär att skiljenämnden och parterna får ett delat ansvar för utredningen av utländsk rätt, där skiljenämnden *får* begära att parterna förebär sådan bevisning. Skiljenämnden

44 Se s. 7 i hovrättens dom.

45 I NJA 2019 s. 382 (CicloMulsion) redogör HD bland annat för prövningen av kravet på inverkan.

46 Se NJA 2019 s. 171, särskilt p. 32. Detta till synes nya krav bekräftas också i NJA 2019 s. 382 (CicloMulsion). Min bedömning är dock att det torde vara relativt enkelt att visa att felet varit av rimlig betydelse för parten om denne berövats möjligheten att argumentera i en rättsfråga som anses så pass överraskande att skiljenämnden bedömts skyldig att låta parterna yttra sig.

47 Heuman, Skiljemannarätt, s. 342 f. Se även Madsen, JT 2010–11 s. 499; Calissendorff, G., JT 1995–96 s. 147; Kleinman, Vänbok till Södermark, s. 112–113 och s. 116.

har dock möjlighet att ex officio göra egna utredningar av gällande rätt, så länge parterna ges möjlighet att kommentera de rättsutredningar, prejudikat, doktrinuttalanden eller dylikt som skiljenämnden ex officio inhämtat.⁴⁸

Lindskog anser att skiljenämnden har vad han kallar en ”subsidiär” utrednings-skyldighet, men att parterna bär huvudansvaret för att ta fram rättsutredningar.⁴⁹ Även Madsen och Hobér verkar godta att skiljenämnden vidtar vissa egna utredningsåtgärder, åtminstone så länge detta kommuniceras till parterna.⁵⁰

Om då skiljenämnden upptäcker nya rättsliga spår och vill tillämpa en icke åberopad rättsregel, gäller *rättstillämpningsfriheten* enligt doktrinen? Här går åsikterna isär. Vissa menar att nämnden i regel bör anse sig bunden av parternas rättsliga argumentation, andra menar att nämnden bör få komma med vissa egna idéer, och somliga framhåller att nämnden har en förhållandevis stor befogenhet att föra in nya rättsliga argument i målet.⁵¹ Splittringen till trots tycks de flesta anse att skiljenämnden bör iaktta viss försiktighet i att tillämpa *rättstillämpningsfriheten* i internationella skiljeförfaranden.

Gällande del tre av principen, *övertäckningsfriheten*, är det svårt att tolka den generella hållningen i litteraturen på annat sätt än att samma princip gäller vid internationella skiljeförfaranden som vid svenska, nämligen att skiljenämnden kan ha begått ett klanderbart handläggningsfel om parterna ”övertäckas” i skiljedomen av oförutsebar rättstillämpning.⁵² Precis som vid inhemska förfaranden uppkommer dock samma gränsdragningsproblematik beträffande

48 Jfr Runesson, JT 2017–18 s. 173 ff.; även Heuman, Skiljemannarätt, s. 342 f. och s. 396. Heuman skriver dock: ”Enkla rättsliga argument bör skiljemännen kunna föra in i sina resonemang även om ingen part fört fram dem.”

49 Se Lindskog, Lagkommentar till LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt IV: 2.1.4. Lindskog talar i allmänna ordalag om att principen *jura novit curia* gäller i skiljeförfaranden, men påpekar att principen kan behöva ”modifieras” om skiljeförfarandet är internationellt.

50 Madsen, Commercial Arbitration in Sweden, s. 363; Hobér, International Commercial Arbitration in Sweden, s. 244 och s. 317.

51 Dessa skiljelinjer framträder t.ex. i de ovan hänvisade artiklarna och verken av Kleineman, Calissendorff, Madsen, Lindskog och Heuman. Medan Lindskog och Kleineman fäster stor vikt vid att skiljenämnderna ska eftersträva att döma så korrekt som möjligt, är exempelvis Madsen och Calissendorff av åsikten att parterna får anses vilja ha tvisten löst enligt de rättsregler som åberopats.

52 Se exempelvis: Madsen, JT 2010–11 s. 502, Lindskog, Lagkommentar till 34 § LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt 5.2.7 och särskilt not 215; även kommentaren till 21 § avsnitt 6.1.6; Heuman, Skiljemannarätt, s. 341 f. Oftast diskuteras dock inte internationella skiljeförfaranden särskilt, utan diskussionen utgår från skiljeförfaranden i Sverige generellt. Ett undantag är Hope & Hallberg, 2017, s. 105, som anför att överraskande rättstillämpning normalt inte är klanderbart i svenska skiljeförfaranden, men skriver att *jura novit curia* inte ska tillämpas i fråga om internationella skiljeförfaranden. Se även Hobér, International Commercial Arbitration in Sweden, s. 317.

vad som utgör så pass överraskande rättstillämpning att det kan vara grund för att skiljedomen upphävs.

3.4 KLANDRADE SKILJEDOMAR MED INTERNATIONELLA INSLAG

Som tidigare har konstaterats i avsnitt 3.2.2 ovan tycks domstolarna i allmänhet, medvetet eller omedvetet, godta att jura novit curia får tillämpas i inhemska skiljeförfaranden. Detta gäller i vart fall *rättstillämpningsfriheten* och *rättsutredningsplikten* såvitt avser svensk rätt. Enligt min mening är det därför intressant att granska hur domstolarna adresserar och hanterar de internationella inslag som kan finnas i klandrade skiljedomar. Kommenterar domstolarna huruvida det ska göras någon skillnad i hanteringen av jura novit curia utifrån de internationella inslagen, så som förarbetena och doktrinen indikerar? Nedan presenteras några klandrade skiljedomar med internationella inslag där jura novit curia direkt eller indirekt aktualiserats.

I **Svea hovrätt T 745-06** hade skiljedomaren medvetet och uttryckligen tillämpat jura novit curia. Tvisten var en investeringstvist mellan en rysk investerare och staten Moldavien där skiljedomen klandrades. Tvisten avgjordes enligt moldavisk materiell rätt och det fanns även ett bilateralt investeringsavtal (BIT) mellan Ryssland och Moldavien, vilket fanns åberopat som rättskälla i skiljeförfarandet.⁵³ Däremot hade käranden (investeraren) inte grundat sin rättsliga argumentation på det tillämpliga BIT, utan endast på en princip i moldavisk rätt mot retroaktiv lagstiftning.⁵⁴ Skiljemannen lät dock parterna yttra sig över vissa bestämmelser i BIT under förfarandet, där käranden då anförde att Moldavien brutit mot artikel 6 i BIT, vilken avsåg indirekt expropriering.⁵⁵ I skiljedomen bedömdes att det inte varit fråga om något brott mot retroaktivitetsförbudet i moldavisk rätt, varpå skiljedomaren gick vidare och prövade ytterligare rättsliga grunder, bland annat nämnda artikel 6 i BIT om indirekt expropriering. Skiljedomaren fann dock att något brott mot artikel 6 inte förkommit, men däremot mot artikel 3 i BIT (som käranden inte åberopat), vilken rörde s.k. fair and equitable treatment, varpå skiljenämnden utdömde skadestånd.⁵⁶

53 Normalt anses parters avtal och kontrakt inte vara rättskällor för vilka jura novit curia gäller. Däremot i investor-state-sammanhang kan det tillämpliga investeringsavtalet (BIT) anses vara en rättskälla (varpå jura novit curia gäller), medan det underliggande investeringsavtalet mellan parterna anses vara ett kontrakt, se Runesson, JT 2017–18 s. 180.

54 Se s. 14 i skiljedomen.

55 Se s. 4 och s. 14 i skiljedomen.

56 Se s. 15 f. i skiljedomen.

Skiljedomen klandrades bland annat med hänvisning till att jura novit curia hade tillämpats på ett ”felaktigt” sätt genom att omtolka karendens yrkanden, vilket klanderkräanden menade utgjorde ett uppdragsöverskridande. Hovrätten slog fast att skiljedomaren inte hade grundat skiljedomen på icke åberopade rättsfakta, utan endast gjort en ”viss rättslig kvalificering av de sakomständigheter som [investeraren] angett, med stöd av en rättskälla som denne åberopat”.⁵⁷ Uppdragets ram definierades med andra ord endast av åberopade rättsfakta, inte av de åberopade rättsreglerna. Hovrätten slog således fast att jura novit curia inte tillämpats felaktigt. Det kan här noteras att trots att varken parterna eller skiljedomaren var av svensk nationalitet och att tvisten avgjordes enligt moldavisk lag tycks hovrätten inte ha reflekterat över huruvida de internationella inslagen skulle inverka på jura novit curias tillämplighet på förfarandet.

I målet **Svea hovrätt T 2289-14** berördes visserligen inte jura novit curia explicit, utan endast vilka rättsfakta som lagts till grund för avgörandet. Intressant är hovrättens resonemang kring att RB:s regler är normerande för hur tvistens ram ska definieras i rent inhemska förfaranden, medan större försiktighet bör iaktas inför att tillämpa RB analogt i internationella tvister. Hovrätten konstaterade dock att 1) skiljeförfarandet ägde rum i Stockholm, 2) skiljenämndens ordförande var en svensk advokat, 3) parterna företrädades av svenska ombud och 4) svensk lag var tillämplig materiell rätt. Sammantaget yttrade därför hovrätten att ”[m]ot bakgrund av den starka anknytningen till Sverige måste såväl parterna som skiljenämnden ha varit väl förtroagna med och inrättat sig efter det regelsystem som gäller i svensk processrätt i fråga bl.a. om vikten av att rättsfakta åberopas på ett tydligt sätt”.⁵⁸

I **Svea hovrätt T 1417-14** avsåg skiljeförfarandet två utländska parter som båda företrädades av svenska ombud. Tvisten berörde bland annat frågan om äganderättsövergången av en åkattraktion. Attraktionen fanns i köparens besittning men säljaren åberopade en avtalsklausul med en form av återtagandeförbehåll (”retentionsklausul”) och menade att äganderätten därför ännu inte övergått. Skiljenämnden ansåg att äganderätten gått över till köparen. Detta baserat på att det enligt schweizisk lag krävdes att en sådan retentionsrättsklausul

57 Se s. 8 i hovrättens dom.

58 Se s. 36 i hovrättens dom.

som hade åberopats dessutom behövde registreras för att få verkan. Någon registrering hade inte genomförts, konstaterade skiljenämnden. Denna slutsats menade dock säljaren att skiljenämnden dragit ex officio. Säljaren klandrade därför skiljedomen och hänvisade bland annat till att nämnden överskridit sitt uppdrag genom att grunda domen på ”en omständighet eller rättslig kvalifikation som inte åberopats”.⁵⁹ I andra hand gjordes gällande att skiljenämnden hade begått ett handlägningsfel eftersom parterna inte getts tillfälle att yttra sig över frågan om det krävdes registrering eller inte. Hovrätten konstaterade att en skiljenämnd i och för sig kan begå ett uppdragsöverskridande om skiljedomen grundas på rättsregler som parterna har enats om ska ligga utanför prövningen. Gällande frågan om retentionsklausulen och huruvida den behövde registreras anfördes: ”Enligt hovrättens bedömning är det i detta avseende *inte endast frågan* [sic!] *om rättslig argumentation* från skiljenämndens sida utan även om beaktande av en sådan faktiskt [sic!] omständighet som förutsätter åberopande av part. Frågan är därför om omständigheten åberopades i skiljeförfarandet.”⁶⁰ Hovrätten ansåg att köparen hade åberopat omständigheten att klausulen behövde registreras och klandertalan ogillades.

I målet **Svea hovrätt T 4050-10** var den ena parten från Sverige och den andra från Luxemburg. Båda hade svenska ombud och skiljenämnden var svensk. De båda bolagen hade ingått ett aktieöverlåtelseavtal där det svenska bolaget köpt samtliga aktier i ett nederländskt bolag av det luxemburgska bolaget. Skiljedomen avsåg en mängd tvistefrågor avseende bl. a. tilläggsköpeskilling, vilket köparen utdömdes att betala. Skiljedomen klandrades av det svenska bolaget, som bl. a. angav som stöd för sin talan att skiljenämnden hade grundat skiljedomen på icke åberopade omständigheter. Det luxemburgska bolaget invände att skiljenämnden endast gjort en annan rättstillämpning och att nämnden var fri att göra så under jura novit curia. Hovrätten gjorde i sin dom en utförlig prövning av vilka omständigheter som åberopats men uttalade avseende en viss fråga följande: ”Frågan om det som utgångspunkt över huvud taget finns en allmän reklamationsplikt i en situation som den aktuella måste dessutom närmast betraktas som en rättslig fråga över vilken skiljenämnden själv äger förfoga.” Hovrätten fann slutligen att skiljedomen inte grundats på några icke åberopade omständigheter.

59 Se s. 3 i hovrättens dom.

60 Se s. 9 i hovrättens dom. Min kursivering.

Utifrån målen Svea hovrätt T 1417-14 och Svea hovrätt T 4050-10, refererade ovan, kan man konstatera att hovrätterna trots internationella inslag i båda målen utan vidare verkar ha accepterat *rättstillämpningsfriheten*. I båda målen ansåg de klandrande parterna att skiljenämnden begått ett uppdragsöverskridande. Gränsen för vad som är faktiska omständigheter (rättsfakta) och vad som är rättslig argumentation är i och för sig inte alltid tydlig,⁶¹ men verkar i båda målen ha varit den avgörande gränsen för om ett uppdragsöverskridande förelegat. Med andra ord tycks uppfattningen vara att skiljenämndens uppdrag endast definieras av åberopade rättsfakta, såvida inte parterna aktivt avtalat om annat.

Det är dock svårt att dra långtgående slutsatser gällande jura novit curia av den relativt begränsade klanderdomspraxis som finns i just internationella skiljeförfaranden. En vanlig situation verkar dessutom vara att klanderkäranden grundar talan på att skiljenämnden gått utanför sitt uppdrag genom att döma över icke åberopade *rättsfakta*. Svaranden invänder att det endast rört sig om nya rättsliga argument och inte nya rättsfakta. Hovrätten får då bedöma om det rört sig om nya rättsfakta eller om det enbart handlat om rättslig argumentation (vilken inte behöver åberopas eller binder skiljenämnden baserat på principen jura novit curia). Med andra ord tycks *rättstillämpningsfriheten* förutsättas gälla, även om så inte sägs explicit. Detta synsätt hos parter och hovrätten verkar inte påverkas av att det klandrade skiljeförfarandet haft internationella inslag.⁶²

Principen jura novit curia har visserligen inte ifrågasatts i skarpt läge i de ovan analyserade klandermålen, men enligt min mening går inte praxis att tolka på annat sätt än att i vart fall *rättstillämpningsfriheten* gäller. Hobér har dock anfört att det är osannolikt att en domstol *inte* skulle undanröja en skiljedom i ett internationellt förfarande som är grundad på rättsliga argument som parterna inte hänfört sig till.⁶³ I ljuset av avgörandena ovan, som faktiskt berört internationella skiljeförfaranden, är dock min slutsats att läget faktiskt tycks vara det omvända.

3.5 PRINCIPENS STÄLLNING UTOMLANDS OCH VID INTERNATIONELLA INSTITUT OCH REGELVERK

3.5.1 EN INTERNATIONELL UTBLICK

Principen jura novit curia härstammar primärt från civil law-traditionen och är möjligen inte en lika självklar del av rättsprocessen i jurisdiktioner sprungna ur

61 Jfr Madsen, JT 2010–11 s. 492, not 29.

62 Utöver de ovan refererade målen var klandertalan i Svea hovrätts mål T 7866-02 utformad på ett liknande sätt, där Svea hovrätt utan vidare motivering uttalade att jura novit curia gäller.

63 Jfr Hobér, International Commercial Arbitration in Sweden, s. 317, där det visserligen beskrivs att frågan om jura novit curia i internationella skiljeförfaranden ännu är oprövad av svensk domstol.

common law-systemet.⁶⁴ Som jag tidigare beskrivit flaggar även förarbetena till LSF för att principen inte alltid tillämpas i utländska rättssystem.

Undertecknad har gjort en genomgång av hur *jura novit curia* tillämpas i skiljeförfaranden i England, Schweiz, Danmark och Argentina. Analysen gjordes främst genom att studera litteraturuttalanden och praxis från dessa länder. Vidare gjorde jag översiktliga nedslag i ytterligare jurisdiktioner och studerade exempel från bland annat finsk, amerikansk, fransk, tysk och singaporiensk rätt. Vidare analyserades principens ställning i regelverken hos diverse utländska skiljedomsinstitut och i internationella skiljedomsregelverk. Nedan återges en summering av min analys.⁶⁵

Analysen visar att det visserligen finns en historisk skillnad mellan common law-systemet och civil law-systemet i synen på domarens frihet att tillämpa lagen, men möjligen kan man tolka läget som att de skilda rättskulturerna går mot harmonisering i fråga om *jura novit curia* i skiljeförfaranden.⁶⁶ Schweiz (med sitt tydliga civil law-ursprung) och England (med common law-tradition) beskrivs ofta vara varandras motpoler i fråga om *jura novit curia*. Det är inte heller orimligt att tro att en schweizisk skiljeman utifrån sin skolning och bakgrund lär vara mer benägen att inta en mer inkvisitorisk och aktiv roll under förfarandet än en engelsk skiljeman.⁶⁷ Trots skillnaden i rättstradition verkar systemen faktiskt mötas något i fråga om hur *jura novit curia* får hanteras i internationella skiljeförfaranden.⁶⁸

Inom de internationella regelverken och soft law-instrumenten på skiljemannaområdet tycks det råda samma situation som i LSF och SCC:s regelverk, nämligen att frågan om *jura novit curia* oftast inte berörs explicit.⁶⁹ Två

64 Jfr Arroyo, Manuel, *Which is the Better Approach to Jura Novit Arbitrator – the English or the Swiss?* del i Müller, Christoph & Rigozzi, Antonio (Eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2010*, Schultess, 2010, s. 27–54 (hädanefter: Arroyo, 2010).

65 Se Ivars, Affärsjuridiska uppsatser 2019, s. 238–261.

66 Jfr Giovannini, 2010.

67 Se t.ex. artikeln av Arroyo, 2010, jfr ovan.

68 Jfr Calissendorff, G., JT 1995–96 s. 145 f.; Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 15, s. 17 och s. 29; jfr Giovannini, 2010, s. 499. Paradoxalt nog är det faktiskt den engelska skiljemannalagen och regelverket vid London Court of International Arbitration (LCIA Rules) som tydligast ger stöd för skiljenämndens mandat att agera *ex officio* bland de jurisdiktioner jag analyserade (se LCIA Rules Art. 22.1), medan principens existens i skiljeförfaranden i civil law-länder som Schweiz, Sverige, Danmark och Argentina snarare härleds analogiskt och har vuxit fram i praxis, se Ivars, Affärsjuridiska uppsatser 2019, s. 238 ff.

69 Jfr Cordero-Moss, SIAR, 2006:3 s. 8. Bland annat analyserades tillämpningen i regelverken hos LCIA, Singapore International Arbitration Centre, ICSID-konventionen och i dess Annulment Committee, i UNCITRAL Model Law, UNCITRAL Arbitration Rules och ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure.

undantag är ILA:s rekommendationer i Resolution No. 6/2008⁷⁰ och artikel 7 i de nylanserade Pragreglerna (*Prague Rules*)⁷¹. Det finns dock gott om exempel där internationella domstolar och andra internationella organ refererat till *jura novit curia* i sin praxis.⁷²

3.5.2 SLUTSATSER AV UTBLICKEN

Faktum är att det i alla de jurisdiktioner och regelverk som legat till grund för min analys tycks existera någon form av *rättstillämpningsfrihet* för skiljenämnder, såvida inte parterna gett instruktion om annat.⁷³ I England ställs det potentiellt högre krav än i övriga analyserade jurisdiktioner på tydlighet gentemot parterna om att inkvisitoriska inslag kommer att tillämpas. Alltjämt verkar det däremot *inte vara klanderbart i sig* att en engelsk skiljenämnd frångår parternas rättsliga kvalificeringar och tolkningar, så länge det inte blir fråga om överraskande rättstillämpning.⁷⁴

Avseende *rättsutredningsplikten* framstår det som att den internationellt gemensamma synen generellt speglar det svenska synsättet: nämligen att parterna har det primära rättsutredningsansvaret, i vart fall avseende utländsk rätt.⁷⁵ Det är mera osäkert hur aktivt skiljenämnder ex officio förväntas utreda inhemsk rätt. Man kan förmodligen anta att skiljemän är mer benägna att göra rättsutredningar när de ska tillämpa sin egen rättsordning jämfört med när utländsk

70 ILA Resolution No. 6/2008: *International Law Association Recommendations on ascertaining the contents of the applicable law in international commercial arbitration*. Se även rapporten i anledning av nämnda resolution: *International Law Association Committee on International Commercial Arbitration Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, August 2008*, *Revista Brasileira de Arbitragem*, Volume V, Issue 20, s. 163–196.

71 Jfr Hope, James & Ivars, Nils, *Är Pragreglerna förenliga med svensk skiljemannarätt?*, SvJT 2019 s. 653, se s. 664 f.

72 Se Rosenfeld, Friedrich, *Jura Novit Curia in International Law*, *European International Arbitration Review*, Volume 5, No. 1, 2017 s. 133 f. Rosenfeld listar (jfr hans rättsfallsreferenser) att det refererats till *jura novit curia* i International Court of Justice (ICJ), Internationella havsrättsdomstolen (ITLOS), Europadomstolen, Interamerikanska domstolen för mänskliga rättigheter (IACtHR), the Human Rights Committee (HRC), Internationella brottmålsdomstolen (ICC), de internationella tribunalerna för det forna Jugoslavien och Rwanda och en rad andra specialinrättade domstolar och tribunaler. Dessutom beskriver Rosenfeld att ett avgörande från ICJ kallat *Fisheries Case* (Tyskland mot Island), där ICJ åberopade *jura novit curia* i sitt domslut, senare fungerat som ett vägledande domslut för helt andra rättsinstanser, t.ex. WTO:s överklagandeorgan. ICSID:s Annulment Committee har lutat sig mot *jura novit curia* bl. a. i målet *Alemanni and others v. Argentina*, *Decision on jurisdiction and admissibility*, ICSID Case No. ARB/07/8, se p. 27.

73 Ivars, *Affärsjuridiska uppsatser 2019*, s. 239–261.

74 Jfr *ibid* s. 241. Se även bl.a. Redfern & Hunter on *International Arbitration*, 6 Ed., s. 239.

75 Ivars, *Affärsjuridiska uppsatser 2019*, s. 239–261.

rätt ska tillämpas. Det går dock att fråga sig om det kan, eller bör, göras skillnad mellan inhemsk och utländsk rätt. Formellt sett finns det nämligen inte någon materiell ”nationell rätt” i skiljeförfaranden, utan endast den rättsordning som avtalet i fråga anger.⁷⁶

Skillnaderna mellan de analyserade rättssystemen, liksom mellan civil law- och common law-traditionerna, är störst gällande *övertäckningsfriheten*.⁷⁷ Generellt och något förenklat framstår det som att det i common law-jurisdiktioner ställs höga krav på att alla nya rättsliga spår ska kommuniceras på förhand till parterna innan avgörandet faller. Civil law-systemen tenderar att snarare betona domstolarnas och skiljenämnders rätt (eller rentav skyldighet) att döma så korrekt som möjligt.

Man ska dock inte överdriva skillnaderna systemen emellan. Det kan förmodligen i alla analyserade jurisdiktioner vara ett klanderbart fel att som skiljenämnd inte tillräckligt tydligt kommunicera sin rättsansvändning till parterna. Ett möjligt undantag till detta är Finland.⁷⁸ Gränsen för när ett sådant fel har begåtts är desto osäkrare och tycks variera. Det beskrivs ofta att England och Schweiz skulle vara väldigt olika i detta avseende.⁷⁹ I båda rättssystemen tycks det dock krävas att det måste 1) vara fråga om verkligt överraskande rättstillämpning och 2) denna tillämpning ska ha någon form av *konkret* negativ effekt för en part, för att skiljedomen ska upphävas. Detsamma verkar gälla i till exempel Argentina och Danmark.⁸⁰ Detta till trots tycks det i vart fall finnas en viss variation beträffande hur långtgående kommunikationsplikt skiljenämnder har inom olika rättssystem.

Sammantaget visar den internationella utblicken att *jura novit curia* är en globalt spridd och erkänd princip som knappast kan vara helt okänd för en internationellt bevandrad jurist. Analysen visade också att om man försöker hitta någon form av ”internationellt genomsnitt” av synen på *jura novit curia*

76 Jfr Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 29.

77 Jfr Waincymer, 2012, s. 1075; Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 27.

78 Den finska Högsta domstolen 2008 tog ställning för en extensiv tillämpning av *jura novit curia* i ett skiljeförfarande där ingen av parterna var finsk, se mål nr S2006/716 Werfen Austria GmbH v. Polar Electro Europé B.V., Zug Branch. I skiljedomen hade nämnden grundat avgörandet på rättsregler som parterna inte hänfört sig till och nämnden hade inte uppmärksammat parterna på regeln i fråga. Skiljedomen undanröjdes ändå inte, se referat av t.ex. Madsen, JT 2010–11 s. 497, not 50. Målet återges på engelska i SIAR 2008:3 och kommenteras av Petra Kiurunen och Sophie Nappert, se SIAR 2008:3 s. 259 ff.

79 Se t.ex. Meier, Andrea & McGough, Yolanda, *Do Lawyers Always Have the Last Word? Jura Novit Curia and the Right to Be Heard in International Arbitration: An Analysis in View of the Recent Swiss Case Law*, ASA Bulletin, Volume 32, Issue 3/2014, s. 491 (hädanefter: Meier & McGough, 2014).

80 Se Ivars, Affärsjuridiska uppsatser 2019, s. 242, s. 246 f. och s. 250 ff.

så liknar detta faktiskt i hög grad vad som synes gälla för skiljeförfaranden i Sverige.

Utifrån genomgången av rättskällorna i avsnitt 3 dras nedan slutsatser om det är möjligt att klandra en skiljedom i ett internationellt skiljeförfarande med säte i Sverige.

4. MÖJLIGHETEN TILL KLANDER

4.1 UPPDRAGSÖVERSKRIDANDE

Klandergrunden uppdragsöverskridande återfinns i 34 § 1 st. 3 p. LSF. Uppdragsöverskridande tar primärt sikte på sakprövningen och ett typiskt uppdragsöverskridande är att skiljenämnden baserat skiljedomen på icke åberopade rättsfakta.⁸¹ Om en skiljenämnd gör egna rättsutredningar (*rättsutredningsplikten*) eller ex officio tillämpar rättsregler som parterna inte åberopat eller diskuterat under skiljeförfarandet (*rättstillämpningsfriheten*), utgör detta ett uppdragsöverskridande?

Parterna kan visserligen i skiljeavtalet eller på ett annat sätt under förfarandet instruera skiljenämnden att endast göra en prövning av de åberopade rättsreglerna.⁸² I ett sådant läge kan skiljenämndens uppdrag anses vara fixerat till att pröva enbart de åberopade reglerna och en överträdelse av detta utgör ett uppdragsöverskridande.⁸³ Detta kan enligt förarbetena också tänkas ske konkludent.⁸⁴ Här kan man dock se tolkningssvårigheter. Låt säga att parterna i tvisten åberopat och agumenterat kring en viss rättsregel, ska det då uppfattas som att de konkludent avtalat att den rättsliga prövningen ska göras endast med hänsyn till denna rättsregel?⁸⁵ Förmodligen krävs att parterna relativt tydligt uttrycker att de avser avvika från principerna i RB för att skiljenämndens uppdrag ska anses ha blivit begränsat till att pröva de åberopade rättsreglerna. Ett exempel är att det tydligt anges i en handläggningsföreskrift eller

81 Principen kan härledas analogt från 17 kap. 3 § RB. Jfr prop. 1998/99:35 s. 143 f. Se också t.ex. Madsen, *Skiljeförfarande i Sverige*, 2 uppl., s. 270 ff.

82 Se hänvisningar och diskussionen som förs av Calissendorff, G., JT 1995–96 s. 146 ff.

83 Jfr a. prop. s. 143 f. Även Madsen, JT 2010–11 s. 491; Lindskog, *Skiljeförfarande*, En kommentar, 2 uppl., s. 717; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 342. Jfr Bonomi, Andrea & Bochatay, David, *Iura Novit Arbitrator in Swiss Arbitration Law*, European International Arbitration Review, Volume 6, No. 1, 2017, s. 112 ff. (hädanefter: Bonomi & Bochatay, 2017) om hur principen tillämpas i Schweiz. T.ex. har landets *Tribunal Fédéral* slagit fast att en skiljenämnd inte har rätt att göra rättsliga omkvalifikation om en part tydligt knutit sin talan till vissa specifika rättsgrunder i sin *Rechtsbegehren*.

84 Prop. 1998/99:35 s. 144.

85 Madsen verkar anse att en sådan presumtion kan göras, jfr Madsen, JT 2010–11 s. 497; Kleineman betonar att tanken på laborerande med konkludenta och osynliga avtal är "minst sagt äventyrlig", se Kleineman, *Vänbok till Södermark*, s. 109.

motsvarande att skiljenämndens prövning avgränsas till vissa rättsregler. Det kan diskuteras om kraven på tydlighet bör ställas lägre i internationella skiljeförfaranden, men även där krävs förmodligen att det är tydligt att parterna ”velat avtala bort” jura novit curia.⁸⁶

Även om det står klart att skiljenämndens uppdrag *har* begränsats till att pröva vissa rättsregler uppkommer svåra gränsdragningar. Att åtskilja en åberopad rättsregel från en icke åberopad rättsregel är inte alltid helt enkelt eftersom rättssystemet till stor del är ett sammanhängande lapptäcke. Dessutom bygger rättslig argumentation ofta på underliggande förutsättningar, systematiska tolkningar och rättsprinciper som inte uttryckligen åberopats.⁸⁷ I praktiken kan det därför vara svårt att helt avtala bort jura novit curia.⁸⁸

Låt oss dock utgå från den situation som tycks vara den absolut vanligaste, nämligen att parterna *inte* uttryckligen angett att skiljenämnden bara ska pröva vissa rättsregler. I ljuset av vad som beskrivits ovan, tycks såväl svensk domstolspraxis, förarbetena till LSF, praxis från hovrätterna och den internationella tillämpningen, peka i samma riktning. Min slutsats är därför att det inte utgör ett uppdragsöverskridande om en skiljenämnd tillämpar icke åberopade rättsregler eller gör andra rättsliga kvalifikationer än parterna gjort. Som visats finns till och med exempel i hovrätternas praxis där det uttalats att skiljemän tvärtom varit *skyldiga* att utreda rätten självständigt.⁸⁹ Merparten av den svenska doktrinen tycks också dela denna slutsats. Gällande rätt torde därför enligt min uppfattning vara att *rättstillämpningsfriheten* gäller såväl i inhemska som internationella skiljeförfaranden.

Som tidigare beskrivits kan en skiljenämnd i ett internationellt skiljeförfarande förmodligen ställa högre krav på att parterna presenterar rättsutredningar än i ett rent inhemskt förfarande. Det går alltså inte att tala om någon *rättsutredningsplikt* för skiljenämnden i internationella skiljeförfaranden. Däremot finns det ingenting i min genomgång ovan som talar för att det

86 Mot bakgrund av vad som anförs om tolkningen av skiljenämndens uppdrag i internationella skiljeförfaranden i prop. 1998/99:35 s. 144. Jfr även ovan refererade Svea hovrätt T 2289-14.

87 Kleineman, Vänbok till Södermark, s. 117; Lehrberg, Praktisk juridisk metod, 8 uppl., s. 101; Valguarnera, Filippo, *Den komparativa metoden*, del i samlingsverket av Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, 2013, s. 165 (hädanefter: Valguarnera, 2013), beskriver målade att en ”regel påverkas av en mörk materia som exempelvis består av ideologiska förutsättningar och förutfattade meningar (...)”.

88 Prop. 1998/99:35 s. 144. Att parterna har sådan kompetens kan anses följa av 21 § LSF, som stadgar att skiljenämnden ska följa vad parterna har bestämt. Se dock Lindskog, Skiljeförfarande, 2 uppl., s. 717 f. och Kleineman, Vänbok till Södermark, s. 100 ff., som båda belyser olika praktiska problem med att ”avtala bort” jura novit curia.

89 Se ovan refererade rättsfall.

skulle kunna vara ett uppdragsöverskridande om en skiljenämnd ändå väljer att göra egna rättsutredningar.

Sammanfattningsvis är slutsatsen att såvida parterna inte avtalat om annat tycks en tillämpning av jura novit curia inte kunna utgöra ett uppdragsöverskridande.

4.2 HANDLÄGGNINGSFEL

Klandergrunden handläggningsfel i 34 § 1 st. 7 p. LSF aktualiseras främst i relation till *övertaskningsfriheten*. Frågan är: kan det utgöra ett handläggningsfel om skiljenämnden inte låter parterna yttra sig över potentiellt övertaskande rättsregler och nya rättsliga kvalifikationer?

Som tidigare har beskrivits är min slutsats att *övertaskningsfriheten* gäller i svenska domstolar. I svenska inhemska skiljeförfaranden, däremot, framstår det som att övertaskande rättstillämpning i och för sig kan utgöra ett handläggningsfel i vissa fall (en annan sak är att gränsen för när så är fallet framstår som svår att dra). Även i andra länder verkar det uteslutande vara så att övertaskande rättstillämpning i vissa lägen *kan* vara klanderbart. Samma princip torde därför gälla också i internationella skiljeförfaranden i Sverige. Någon absolut *övertaskningsfrihet* gäller alltså inte.

Osäkerheten ligger dock i hur oförutsebar rättstillämpningen måste vara för att skiljedomen ska kunna upphävas. Hur stora ”övertaskningar” som tillåts i skiljedomar utan att skiljenämnden ska vara tvungen att låta parterna yttra sig varierar internationellt.⁹⁰ Här brukar England och Schweiz ofta beskrivas som varandras motpoler. Engelska domstolar tycks ställa höga krav på att skiljenämnden måste ge parterna tillfälle att yttra sig och möjligheten till en framgångsrik klandertalan framstår därför som ganska god.⁹¹ I Schweiz, däremot, verkar det råda en motsatt syn.⁹² Det tycks endast finnas två exempel

90 Jfr Ruesson, JT 2017–18 s. 190 f.

91 Se Artikel 33 (1) British Arbitration Act of 1996. Ett exempel där en skiljedom undanröjts på denna grund är *Pactol Ltd. v Joint Stock* (2001), refererat av Arroyo, 2010, s. 41. Meier & McGough, 2014, s. 491 påpekar att detta är den stora skillnaden mellan jura novit curia i schweiziska och engelska skiljeförfaranden. Jfr Redfern & Hunter on International Arbitration, 6 Ed., s. 329 (5.73–74); Sutton, David St. John, Gill, Judith & Gearing, Matthew, *Russel on Arbitration*, 24 Ed., London Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2015, s. 162 (4-083), s. 243 (5-109–110), och särskilt s. 215 (5-049).

92 Artikel 182(3) i 12 kap. av den schweiziska Private International Law Act (den engelska översättningen finns på <http://swissarbitration.org>) anger en rätt för parterna att få yttra sig (höras). Den schweiziska högsta domstolen har dock uttalat att denna artikel inte utgör en inskränkning i jura novit curia, utan primärt tar sikte på att parterna ska få yttra sig över sakomständigheter. Verkligt övertaskande rättstillämpning kan dock utgöra ett klanderbart fel. Hur stor dos av oförutsebarhet som krävs för klanderbarhet är osäkert, men högsta domstolen

i Schweiz där en klandertalan vunnit framgång grundat på oförutsebar rättstillämpning.⁹³ Även utifrån de övriga jurisdiktioner och internationella regelverk jag granskat tycks det vara svårt att dra en generell slutsats om vad som utgör så pass oförutsebar rättstillämpning att skiljenämnden måste låta parterna yttra sig.

Var gränsen för *överraskningsfriheten* bör dras av en svensk domstol vid en klandertalan är därför svårt att säga. Enligt min uppfattning går det inte att säga att det finns någon enhetlig internationell gemensam kutym att söka ledning från, eftersom det finns en viss internationell spännvidd. Istället lär den inhemska svenska rättskulturen få genomslag.⁹⁴ Den stora *överraskningsfrihet* som verkar gälla i svenska domstolsprocesser och i rättspraxis från hovrätterna lär därför vara utgångspunkten för en domstol som ska pröva en klandertalan avseende ett internationellt skiljeförfarande. Det måste dessutom noteras att det förefaller saknas exempel i svensk praxis där en skiljedom undanröjts grundat på grund av att *jura novit curia* tillämpats, vilket kan indikera att det svenska rättsläget gällande *överraskningsfriheten* mer liknar det schweiziska än det engelska.⁹⁵

har uttalat att en sådan kommunikationsplikt för skiljenämnden ska tolkas snävt. Det verkar bl.a. räcka att en regel har omnämnts under förfarandet för att oförutsebarhetsmomentet ska vara undanröjt; rättsregeln behöver alltså inte ha åberopats formellt. Se bl.a. Tribunal Fédéral mål nr 4A_634/2014 p. 4.1, Tribunal Fédéral mål nr 4A_554/2014 p. 2.1, samt Tribunal Fédéral mål nr 4A_110/2012 p. 3.1.1. Det sistnämnda målet refereras i Redfern & Hunter on International Arbitration, 6 Ed., s. 330, not 132. Meier & McGough, 2014, instämmer i att tröskeln för klanderbarhet är hög.

93 Bonomi & Bochatay, 2017, s. 118–121 och s. 129. Se även Meier & McGough, 2014, särskilt s. 500 f. Det första exemplet: Tribunal Fédéral 130 III 35, beslut 4P. 100/2003. I målet, som rörde cigarettförsäljning, hade nämnden baserat utslaget på en klausul i ett kontrakt som ingen av parterna hade bedömt som relevant och därför inte argumenterat kring. Målet refereras av Meier & McGough, 2014, s. 493 f. Där dras slutsatsen att Tribunal Fédéral dels sänkt tröskeln något för vad som ska anses oförutsebart, dels att det inte ska göras någon principiell skillnad mellan icke åberopade rättsregler och icke åberopade avtalsklausuler; det avgörande är vilka rättsliga frågor som är tvistiga i målet. Skiljedomen upphävdes då den ansågs strida mot rätten att bli hörd. Enligt min mening finns här vissa likheter med det ovan refererade Svea hovrätt T 745-06, där hovrätten kom till en motsatt slutsats. Det andra exemplet: Tribunal Fédéral 4A_200/2008, refereras av Meier & McGough, 2014, s. 494 f. Målet rörde en skiljedom från CAS avseende en brasiliansk fotbollsspelare. Det i tvisten omtvistade kontraktet hade ogiltigförklarats av CAS grundat på en schweizisk arbetsrättslig regel som ingen av parterna hade åberopat. Den schweiziska högsta domstolen ansåg att eftersom parterna saknade koppling till Schweiz kunde de inte rimligen behöva förvänta sig att CAS analogt skulle tillämpa schweizisk arbetsrättslagstiftning varpå skiljedomen undanröjdes.

94 Jfr Runesson, JT 2017–18 s. 191.

95 Någon skillnad i synsätt mellan svenska inhemska skiljeförfaranden och internationella skiljeförfaranden tycks inte finnas på ett principiellt plan. Däremot kan man möjligen tänka sig att bedömningen av vilka rättsregler som anses "överraskande" för parterna i det enskilda fallet skulle kunna påverkas av eventuella internationella inslag, exempelvis av att parterna inte är

Det fårska avgörandet NJA 2019 s. 382 (CicloMulsion) är ett mycket sällsynt exempel i svensk rätt där en skiljedom undanröjts grundat på handläggningsfel (i form av att skiljenämnden inte gett parten möjlighet att utföra sin talan). Enligt min uppfattning kan dock domen inte tas till intäkt för att någon ovillkorlig kommunikationsplikt för skiljenämnder *alltid* skulle finnas. I målet hade nämligen skiljenämnden avvikit från den handlingsregel (kommunikationsplikt) som nämnden själv explicit hade ålagt sig genom ett handläggningsbeslut. Frågan som denna artikel behandlar är om det finns en automatisk kommunikationsplikt, utan att så explicit angetts i ett handläggningsbeslut, och i så fall om en överträdelse skulle kunna medföra att skiljedomen kan upphävas.

Dessutom måste alltid handläggningsfelet enligt 34 § 1 st. 7 p. LSF sannolikt ha "inverkat på utgången" för att skiljedomen ska åsidosättas. Prövningen ska avse hur skiljenämnden skulle ha dömt om handläggningsfelet inte hade begåtts.⁹⁶ Prövningen torde alltså inte avse om *tillämpningen* av den nya rättsregeln varit avgörande för målets utgång eller inte, utan istället om *avsaknaden av kommunikation till parterna* gällande denna nya rättsregel har påverkat utgången.⁹⁷ Vid grova fel har det i rättspraxis etablerats en princip om att felet kan presumeras ha påverkat utgången,⁹⁸ men det förefaller enligt min mening osäkert om överraskande rättstillämpning (dvs. avsaknad av kommunikation) kan falla in under kategorin grova fel.

Sammantaget är min slutsats att *överraskningsfriheten* visserligen inte är absolut i skiljeförfaranden, men alltså mycket långtgående. NJA 2019 s. 382 kan visserligen ha öppnat dörren något för att kunna undanröja skiljedomar grundat på handläggningsfel,⁹⁹ men möjligheterna att vinna en klander-talan grundat på att skiljenämnden överraskat en part i sin rättstillämpning tycks enligt min bedömning fortsatt vara små.

bekanta med rättsordningen. Enligt min mening bör dock någon sådan skillnad inte göras. Har parterna i skiljevtalet valt att tillämpa en viss rättsordning bör parterna själva bära risken för om de inte har kännedom om den valda rättsordningen, alternativt anlita ombud som har sådan kompetens. Enligt min mening måste därför bedömningen göras utifrån vad som objektivt är att anse som oförutsebar rättstillämpning, utan hänsyn till de enskilda parternas juridiska förmåga och eventuella internationella inslag.

96 Heuman, Skiljemannarätt, s. 636 f.

97 Jfr NJA 2019 s. 382, p. 13 i HD:s domskäl.

98 Heuman, Skiljemannarätt, s. 637 f. Notera att denna presumtion tycks härröra från tiden för den äldre, nu upphävda, skiljemannalagen.

99 Se NJA 2019 s. 382 p. 11 i HD:s domskäl: "Förfarandet måste dock tillgodose rimliga krav på rättssäkerhet och ge parterna adekvata möjligheter att föra sin talan. I detta ligger även att parterna ska behandlas lika och att förfarandet ska vara transparent och rimligt förutsägbart för parterna. Ett grundläggande krav är att parterna ska få möjlighet att utföra sin talan."

5. NÅGRA LÄMPLIGHETSÖVERVÄGANDEN

I avsaknad av tydliga ställningstaganden från lagstiftaren eller HD, bedömer jag som beskrivits att gällande rätt är att jura novit curia får tillämpas förhållandevis långtgående även i internationella skiljeförfaranden i Sverige utan att skiljedomen riskerar att upphävas. Det är dock inte samma sak som att principen *bör* tillämpas av skiljenämnder. Inte minst i skiljeförfaranden med stora kommersiella aktörer, företrädna av erfarna ombud, lär parterna utgå från att tvisten ska prövas mot de rättsregler som varit uppe till diskussion under förfarandet och inte vara intresserade av att skiljenämnder *ex officio* kastar in nya rättsliga spår i tvisten.¹⁰⁰

Man kan med det i åtanke *de lege ferenda* se flera argument för att jura novit curia inte bör tillåtas i skiljeförfaranden. Ibland anförs också att man borde "avskaffa" jura novit curia.¹⁰¹ Om skiljenämnden inte ska tillämpa jura novit curia alls uppstår det dock svåra gränsdragningsproblem. I teorin skulle nämnden bara få döma över det material som lagts framför den, men som Lindskog anför är rättssystemet i hög grad ett sammanhängande normsystem.¹⁰² Går det alltid att isolera en rättsregel från en annan?¹⁰³ Hur ska gränsen dras för när en systematisk tolkning av en rättsregel går över i tillämpning av en annan rättsregel? Krävs det att exempelvis ett relevant prejudikat *åberopas* för att skiljenämnden ska få beakta det?¹⁰⁴ Om parterna inte presenterar robusta rättsutredningar, eller om de presenterar mycket vinklade rättsutredningar, ska skiljenämnden vara tillåten att söka ledning utanför parternas material? Om inte, ska nämnden då döma enligt det som verkar "mest" rätt, eller kanske

100 Madsen, JT 2010–11 s. 485 ff., särskilt avsnitt 3.1–3.5.

101 T.ex. Ramberg, Christina, "Give me the law" *Avskaffa Jura Novit Curia!*, Advokaten, Nr 8, 2006.

102 Lindskog, Lagkommentar till LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt IV: 2.1.4, not 4 (2834). I hans lagkommentar till LSF berörs jura novit curia inte i explicit mening gällande just *internationella* skiljeförfaranden, men i allmänhet uttrycker Lindskog att rättssystemet är ett sammanhängande normsystem och att en skiljenämnd måste vara fri att göra rättsliga omkvalifikationer, se Lindskog, Lagkommentar till LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt IV: 2.1.1, not 1 (2824). Som exempel anger Lindskog att en part till stöd för att ett avtal vore överksamt hänfört sig till 36 § AvtL, men där skiljenämnden alltså skulle vara fri att pröva frågan även under 33 § AvtL eller förutsättningsläran.

103 Jfr t.ex. Valguarnera, 2013, s. 155 ff., särskilt avsnittet "En antidogmatisk syn på rättskällorna".

104 Låt säga att parterna i ett skiljeförfarande tvistar om ifall den ena parten blivit bunden genom passivitet eller inte och kåranden endast hänfört sig till 9 § AvtL. Om jura novit curia inte tillämpas, skulle då en skiljedomare exempelvis få beakta det klassiska fallet NJA 1962 s. 276 (Skarinfallet) som anses ha stadgat den s.k. Skarinprincipen? Om skiljenämnden inte får vidta egna rättsutredningar skulle man kunna argumentera för att svaret är nej. Om skiljenämnden har rättsutredningsrätt, men inte får frångå parternas rättsliga grunder, kan man fråga sig om Skarinprincipen ska ses som en självständig rättsregel, eller enbart en förlängning av en allmän princip om passivitet som följer av 9 § AvtL? Om skiljenämnden inte får beakta ett prejudikat som är del av gällande rätt och som nämnden har kunskap om, ska man falla tillbaka på skälighet, eller ska 9 § AvtL tolkas endast enligt sin ordalydelse?

svarare – minst fel? Croon anför att om jura novit curia avskaffades skulle ”det bli domarens uppgift att värdera parternas bevis för att just deras föreslagna lösning har bäst stöd i rättskällorna. I motsats till den legala bevisteorin, som gjorde bevisvärdering till rättstillämpning, vill jura novit curia-principens kritiker göra rättstillämpningen till en slags bevisvärdering med överviktsprincipen som grund.”¹⁰⁵

Resonemanget leder oss in på frågan om det i praktiken är möjligt att *inte* i någon grad tillämpa jura novit curia.¹⁰⁶ Med den utgångspunkten kan man tänka sig lösningen att tillåta att skiljenämnder får utreda och tillämpa rätten fritt (*rättstillämpningsfriheten*) men med villkoret att nämnden måste ge parterna möjlighet att yttra sig över de rättsregler som nämnden överväger att pröva. Det skulle med andra ord betyda att *överraskningsfriheten* begränsas kraftigt.

Det finns dock flera problem med också en sådan ordning. Ett exempel är risken att skiljenämnden framstår som partisk genom att under pågående förfarande introducera rättsregler som gynnar en av parterna.¹⁰⁷ Ytterligare en problematik är att skiljenämnden kan behöva föregripa sin egen slutliga rättsliga bedömning om all rättsanvändning måste kommuniceras till parterna, vilket kan ses som problematiskt såväl principiellt som rent praktiskt.¹⁰⁸ Blotta osäkerheten inför att en skiljedom vid minsta felnavigering skulle kunna klandras kan medföra att en skiljenämnd känner sig nödgad att tydligt kommunicera minsta rättsligt övervägande till parterna, vilket i förlängningen kan förlama hela förfarandet. I *Tsa Yap Yum v. Peru* gjorde ICSID:s Annulment Committee på detta tema en analogi till Zenos paradox om den flygande pilen, med innebörden att en skiljenämnd aldrig kommer kunna lämna ifrån sig ett avgörande om den konstant är skyldig att höra parternas åsikt kring varje rättsligt övervägande.¹⁰⁹

105 Croon, JP 2010 s. 278.


106 Jfr Kleineman, Vänbok till Södermark, s. 117. Kleineman anför att rättslig argumentation ofta bygger på underliggande rättsliga förutsättningar och att en skiljenämnd alltid kommer behöva falla tillbaka på det erfarenhets- och kunskapsraster nämnden besitter men som parterna inte explicit åberopat. Frågan blir närmast filosofisk. Kan till exempel en engelsk jurist, hårt skolad i den akusatoriska modellen, i realiteten helt koppla bort sina egna erfarenhetsatser och övriga juridiska kunskap och bara analysera parternas juridiska argument?

107 Det är något som exempelvis Calissendorff varnar för, se Calissendorff, G., JT 1995–96 s. 171 ff.

108 Se Kleineman, Vänbok till Södermark, s. 97.

109 *Tza Yap Shum v. Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Annulment, se p. 130–131. I målet hade klanderkrändan Peru anfört att rättsanvändningen skulle ha kommunicerats tydligare till parterna, så de fått chans att yttra sig. ICSID-kommittén uttalade: ”The Republic of Peru’s argument provides us with an example of the reduction ad infinitum which is illustrated

Det framstår med andra ord som att det i praktiken är svårt att begränsa jura novit curia utan att samtidigt skapa svåra gränsdragningsproblem och grunder för klander. Kanske är därför den bästa lösningen att tillämpa *frihet under ansvar* och låta utrymmet för att upphäva en skiljedom grundat på att jura novit curia tillämpas vara endast en säkerhetsventil avsedd för exceptionella situationer.

Oavsett frågan om klander kan skiljenämnden alltjämt sträva efter att låta parterna styra förfarandet i hög grad, vara flexibel och låta principens genomslag variera beroende på tvistens karaktär och inte minst parternas önskan. Detta till trots kan det finnas situationer där skiljenämnden av något skäl bör ta en mer aktiv roll, exempelvis om parterna argumenterar helt materiellt felaktigt. Likt vad bl.a. Kleineman påpekat menar jag att det i sådana situationer närmast är otänkbart att inte skiljenämnden skulle ta en mer aktiv roll och ex officio göra en rättslig analys av tvistefrågorna i syfte att döma så korrekt som möjligt.¹¹⁰ Det krävs därmed att skiljenämnden har fingertoppskänsla, är någorlunda flexibel och anpassar sitt agerande utifrån parternas förväntningar och förutsättningarna i det enskilda förfarandet. 

by Zeno's paradox of motion: assuming that time is composed of a series of moments, the arrow which travels no distance during that moment, is not moving and will never reach the target. In similar fashion, an arbitrator will never be able to make an award because of the obligation to continuously submit the reasons for the award to the parties for their observations."

110 Kleineman, Vänbok till Södermark, s. 107 ff. och särskilt s. 116 f.