



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marie-Louise Holmberg

Dispute Boards och svensk rätt

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Peter Westberg

Ämnesområde
Processrätt

Termin
HT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställning	7
1.2 Problematisering och avgränsning	7
1.3 Material och metod	8
2. HÄNSKJUTANDE TILL PRÖVNING	9
2.1 Avtalets verkan som sakprövningshinder vid allmän domstol	9
2.2 Avtalets verkan som sakprövningshinder vid skiljeförfarande	11
2.3 Sammanfattande synpunkter	12
3. RÄTTVERKNINGAR AV DB:S REKOMMENDATION	15
3.1 Överlämnande av avtalsmakt eller tvistlösning till tredje man	15
3.1.1 Allmänt om tredjemansavgöranden	15
3.1.2 Klassificering av Dispute Boards i svensk rätt	17
3.2 Bindande verkan	18
3.2.1 Inom 14-dagars gränsen	18
3.2.2 Inom 6-månaders gränsen	19
3.2.3 Efter 6-månaders gränsen	20
3.2.3.1 Angripbarhet på materiell grund	20
3.2.3.2 Angripbarhet på formell grund	21
3.3 Sammanfattande synpunkter	21
4. SEKRETESS I FÖRFARANDET	25
4.1 EKMR och rätten till en rättvis rättegång	25

4.2 Sekretessförpliktelse	27
4.3 Bevisöverenskommelser i allmän domstol	29
4.4 Bevisöverenskommelser i skiljeförfarande	31
4.5 Påföljder vid avtalsbrott	32
4.6 Sammanfattande synpunkter	34
5. AVSLUTANDE DISKUSSION	37
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	41
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	44

Summary

Traditionally the state has been solely responsible for solving disputes emanating from civil agreements between citizens. In recent years there has been a change in this order. Other forms of private dispute resolutions have been developed to meet the needs of companies and actors on the economic market. The reason for this is mainly to offer quick, effective and flexible dispute resolution proceedings.

This essay addresses the existence of one of these alternative dispute resolutions, namely *Dispute Boards*, and its relation to Swedish law.

Dispute Boards is often used in large building projects and infrastructural changes. The idea is that the Board continuously shall resolve disputes emanating from the project to avoid unnecessary disruptions in the building process, which would be the case if the parties had to turn to arbitration or court proceeding for dispute resolution. By using a Dispute Board the parties also is given the opportunity to add the special kind of expert knowledge which is needed in the individual case. Thus the Board has a judicial function it is not necessary that its members have legal schooling. The Board often consists of three members of whom one is appointed chairman. It is common that the chairman is legally schooled while the other two members are engineers or such. The Board proceedings results in a decision or a recommendation that is contractually binding for the parties.

Dispute Boards is a type of dispute resolution that can be categorised as ADR, *Alternative Dispute Resolutions*. ADR, and thereby Dispute Boards, has been developed mainly in legal systems that has a common law tradition. Since Sweden has other legal traditions this thesis addresses how Dispute Boards is compatible with Swedish law and aims to foresee problems that needs to be dealt with while forming dispute resolution agreements. Of course there are a lot of issues that can be of interest, and to present them all can not be done in this essay. I have therefore chosen to focus on three different moments in the process and investigate specific issues relating to those moments. When the parties refer a dispute to the Board it can be very problematic if one of the parties, in breach of the dispute agreement, simultaneously refers the dispute to the public court or to arbitration – that the dispute is subject to Dispute Board proceeding does not have effect of admissibility under Swedish law. To what extent the parties later will be bound by the recommendation from the Dispute Board and the possibilities to affect the recommendation also unveils questions that needs special attention while drafting the dispute resolution agreement. Lastly the meaning of the Dispute Board-process in a subsequent court- or arbitral-process will be discussed. The main focus here will be on if the parties, by contract, can make the Dispute Board recommendation and testimonies from members of the Board inadmissible as evidence. Such agreement can currently not be given that effect under Swedish law.

Sammanfattning

Traditionellt har staten ensam intagit rollen som konfliktlösare vid civilrättsliga tvister mellan människor. På senare år har dock andra, privata former för tvistlösning utvecklats. Detta har skett för att tillgodose marknadens aktörer och tillhandahålla snabba, effektiva och flexibla förfaranden vid tvistlösning.

Uppsatsen tar sikte på förekomsten av den alternativa tvistlösningsform som benämns *Dispute Boards* och dess förenlighet med svensk rätt.

Dispute Boards är en tvistlösningsnämnd som ofta används vid stora byggprojekt och infrastrukturella förändringar. Tanken är att nämnden löpande ska lösa tvister som uppstår under projektets gång för att undvika att arbetet avstannar medan parterna sliter tvisten i en rättegång eller ett skiljeförfarande. Genom att använda sig av en Dispute Board ges också parterna möjlighet att tillföra nämnden den särskilda form av expertis som kan behövas i det individuella fallet. Trots att nämnden har en rättsskipande funktion är det nämligen inte nödvändigt att den består av jurister. Ofta består nämnden av tre personer varav en är ordförande. Det är dock vanligt att ordföranden är jurist medan de andra två ledamöterna är ingenjörer eller liknande. Förfarandet inför nämnden mynnar ut i ett beslut eller en rekommendation som blir civilrättsligt bindande för parterna.

Dispute Boards är en typ av tvistlösningsform som kan införas under samlingsbegreppet ADR, *Alternative Dispute Resolutions*. ADR och följaktligen Dispute Boards, har utvecklats främst inom de rättssystem som präglas av common law. Eftersom Sverige har andra rättstraditioner syftar uppsatsen till att undersöka hur Dispute Boards passar in i svensk rätt och vilka problem som kan uppstå vid författandet av tvistlösningsavtal.

Det finns givetvis många frågor som kan komma att aktualiseras och att fördjupa sig i dem alla låter sig inte göras inom ramen för denna uppsats. Jag har valt att fokusera på tre olika tidpunkter i processen och utreda för dessa specifika frågor. Vid hänskjutande av en tvist till en Dispute Board kan det bli särskilt problematiskt om en part bryter mot tvistlösningsavtalet och samtidigt inleder en process i ett annat rättsligt forum. Att en tvist prövas i en Dispute Board utgör nämligen inte hinder för att saken prövas i allmän domstol enligt svensk rätt. I vilken utsträckning parterna senare blir bundna av tvistlösningsnämndens rekommendation och möjligheterna att angripa rekommendationen ger också upphov till spörsmål som behöver regleras särskilt i avtalet. Slutligen diskuteras vilken betydelse Dispute Board-förfarandet har vid en senare rättslig process inför skiljenämnd eller allmän domstol. Här fokuseras på parternas möjlighet att inskränka bevisningen till att inte omfatta rekommendationen och vittnesmål från ledamöterna i nämnden, vilket inte kan anses vara förenligt med rådande principer inom svensk rätt.

Förord

Det var en strålande vacker dag i maj 2008. Efter en lång och grå vinter lockades malmöborna att förlänga lunchpausen och stanna upp och njuta av den efterlängtrade vårvärmen. För oss studenter var det helt klart en dag där man väljer att förlägga studierna någon annanstans än på juridicums bibliotek och föreläsningar som inte har obligatorisk natur byts ut till självstudier i Västra hamnen eller Lomma. Undantaget som bekräftar regeln utgjordes av en grupp studenter som hade förmånen att delta i kursen ”Konflikt och kontrakt” i professor Peter Westbergs regi. Dagen till ära befann vi oss på Mannheimer Swartlings kontor i Malmö och lyssnade på en föreläsning om hölls av advokat Jan Kansmark på temat Dispute Review Boards. Ämnet var fascinerande och den föreläsningen utgör upprinnelsen till detta examensarbete. Trots förlusten av soltimmar är jag således glad att jag gick dit!

Jag vill rikta ett varmt tack till professor Westberg för inspiration och handledning vid mitt examensarbete. Under arbetets gång har jag även haft kontakt med advokat Jacob Hamilton på Mannheimer Swartling i Malmö. Jacob Hamilton har agerat ytterst hjälpsamt och ödmjukt tillhandahållit sin yrkeskunskap, tack! Tack även till jur. kand. Sylvia Åberg för korrekturläsning och värdefulla synpunkter.

Mina år på juridiska fakulteten i Lund har bjudit på många berikande erfarenheter men givetvis också många tuffa utmaningar. Ett hjärtligt tack till tf Hovrättsassessor Dina Gutrad som fungerat som min mentor och med stort tålamod diskuterat frågor av såväl juridisk som privat natur.

Under studietiden har stödet från familj och vänner varit ovärderligt. Tack för att ni finns. Jag är sannerligen lyckligt lottad!

Malmö i november 2008

Marie-Louise Holmberg

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
DAB	Dispute Adjudication Board
DB	Dispute Board
DRB	Dispute Review Board
EKMR	Europeiska konventionen för mänskliga rättigheter
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
FIDIC	Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils
ICC	International Chamber of Commerce
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KOM	Europeiska kommissionen
LSF	Lagen (1999:116) om skiljeförfarande
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

Vid tvistlösning mellan kommersiella avtalsparter brukar det vara vanligt att diskutera huruvida detta ska ske i allmän domstol med de formkrav som gäller för dispositiva tvistemål eller genom ett skiljeförfarande där parterna har en större möjlighet att påverka genomförandet av processen. Vid allmän domstol gäller offentlighetsprincipen och parterna kan inte i någon större utsträckning välja att avtala bort rättegångsbalkens regler. Genom åren har detta statliga tvistlösningsorgan varit föremål för omfattande kritik som särskilt tagit sikte på att processen är tidsödande och ineffektiv.¹

Som ett utflöde av kritiken mot den statliga rättsskipningen utvecklades därför det privata skiljemannainstitutet. Större ekonomiska aktörer såg betydande fördelar med att välja att slita en eventuell tvist inför en skiljenämnd. Särskilt möjligheten att välja skiljemän, en snabbare process och förfarandets konfidentiella natur ansågs vara positivt. Vidare kan nämnas att en skiljedom resulterar i en exekutionstitel, precis som en process vid allmän domstol, men går inte att överklaga på materiell grund, vilket minimerar risken för överprövning.² En skiljedom kan följaktligen endast klandras i allmän domstol på de processuella grunder som regleras i 34 § LSF. Dock kan talan om ogiltighet av en skiljedom alltid föras enligt 33 § LSF om den kränker det allmännas eller tredje mans intressen.³

I takt med att skiljeförfarandet blivit alltmer utvecklat har det inom näringslivet börjat höjas röster som anser att även detta har blivit en tungrodd och komplicerad procedur. Särskilt vid omfattande och komplexa projekt där det är viktigt för parterna att även i framtiden kunna arbeta tillsammans kan tvistlösning i domstol eller skiljenämnd i stället bidra till att konflikten mellan parterna fördjupas eller rent av ger upphov till nya tvister.⁴ Inom den privata tvistlösningsfären har följaktligen andra former för tvistlösning vuxit fram och detta har framförallt skett i common law systemen, särskilt i USA, Storbritannien och Australien. Ett gemensamt samlingsnamn för alternativa tvistlösningsmetoder är ADR, *Alternative Dispute Resolutions*, och bland dessa finns det en uppsjö av olika mer eller mindre formella metoder att tillgå. Som exempel kan nämnas Rent a Judge⁵,

¹ Se bland annat Kansmark, Jan, Några anteckningar om Dispute Review Boards, *JT* 1995/96, s. 958-963.

² Heuman, Lars (a), *Skiljemannarätt*, Stockholm, 1999, s. 17 samt 27-33. De små överprövningsmöjligheterna kan ju givetvis också innebära en risk för en materiellt oriktig dom, men detta får parterna försöka påverka genom valet av skiljemän.

³ *Ibid.* s. 585.

⁴ Kansmark, a. a. s. 958f. För en sammanfattning av de nackdelar som förts fram i debatten om skiljeförfarandet se också Westberg, Peter, Kontrakterad privatdomare, i *Festskrift till Lars Heuman*, Stockholm, 2008, s. 575ff.

⁵ Lindell, Bengt, *Alternativ tvistlösning*, Uppsala, 2000, s. 37. Parterna ger i uppdrag åt tredje man att lösa en tvist mellan dem. Avgörandet är bindande men kan alltid överklagas i sak. Se även Madsen, Finn, *Skiljeförfaranden i Sverige*, Stockholm 2005, s. 35ff. En överblick av olika tvistlösningsformer kan också hittas på American Arbitration Association's hemsida, www.adr.org.

Mini-Trial⁶ och Early Neutral Evaluation⁷. ADR har även uppmärksammats på statlig nivå inom EU och i Sverige kan en reformering av domstolarnas medlingsverksamhet komma att bli aktuell.⁸

Som ovan nämnts kan behovet av att lösa tvister på ett snabbt och friktionsfritt sätt vara särskilt påkallat inom större projekt där det huvudsakligen är *en* uppdragsgivare som sluter avtal med flera olika entreprenörer. Vad som närmast kommer i åtanke är utförandet av större infrastrukturella förändringar som bro- eller tunnelbyggen. Vid dylika projekt är det viktigt att hålla de tidsramar som uppdragits på förhand, vilket medför att det skulle kunna få allvarliga konsekvenser om arbetet avstannade i väntan på exempelvis en skiljedom. Föga förvånande har dessa särskilda behov resulterat i att privata tvistlösningsformer utvecklats för att tillgodose kravet på snabbare förfaranden.⁹ En tvistlösningsform som blivit allt vanligare och som även förekommer i Sverige¹⁰ är att parterna överenskommer om tillsättandet av en tvistlösningsnämnd, en så kallad *Dispute Board* (DB). Avsikten med en DB är att på ett objektivt och snabbt sätt löpande lösa tvister som uppstår samt att ge vardera part en möjlighet att tillvarata sin rätt. Nämndens beslut i tvisten mynnar ut i en *rekommendation* eller ett *beslut* som är bindande för parterna – i varje fall interimistiskt.¹¹

Vad är det då som kan sägas vara karakteristiskt för en DB? En överenskommelse att använda sig av en DB tas normalt in i parternas huvudavtal avseende entreprenaden, men kan också ske genom ett separat avtal. Ofta förekommer föreskrifter om DB i standardavtal som utarbetats av intresseorganisationer på området, exempelvis FIDIC¹². Även Internationella handelskammaren tillhandahåller numera ett standardreglemente för DB-förfaranden.¹³ Parterna svarar solidariskt för ersättningen till nämndledamöterna men bär sina egna kostnader för partsombud och expertis vid en eventuell tvist. Nämnden utses och godkänns av parterna gemensamt vilket möjliggör att högt ställda krav på expertkunskaper, som kan vara specifika för själva projektet, kan tillgodoses. Det är således inte nödvändigt att nämndledamöterna är jurister. Parterna kan också komma överens om vilka typer av tvister som kan bli föremål för nämndens verksamhet och vilka tidsramar som ska gälla för bundenhet. Tvister som inte har kunnat lösas av nämnden kan slitas slutligt

⁶ Ibid. s. 34f. Parterna får här lägga fram sin sak inför en oberoende panel och syftet är att underlätta en förhandling genom att klarlägga parternas ståndpunkter, styrkor och svagheter.

⁷ Ibid. s. 29f. En neutral tredje man hjälper till att utvärdera de tvistiga frågorna och ger synpunkter avseende exempelvis möjliga lösningar eller förväntad utgång i tvisten.

⁸ Grönbok om alternativa system för tvistlösning framlagd av EU kommissionen 2002 samt SOU 2007:26.

⁹ Bunni, Nael G, Recent Developments in Construction Disputology, *Journal of International Arbitration* 2000, 17(4)105-115, Bruner, Philip L, The historical emergence of construction law, *William Mitchell Law Review* 2007, s. 4-21.

¹⁰ En Dispute Board har förekommit vid exempelvis uppförandet av Öresundsbron.

¹¹ Kansmark, a. a. s. 962f.

¹² Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseil.

¹³ *Dispute Board Rules* in force 1 September 2004, ICC No.: publication 829.

genom skiljeförfarande eller allmän domstol, beroende på vad som avtalats mellan parterna.¹⁴

1.1 Syfte och frågeställning

Utvecklingen av olika former av privat tvistlösning har till övervägande del vuxit fram i länder som präglas av common law, men förekommer säkerligen globalt i allt större omfattning.¹⁵ Svenska företag sluter dagligen avtal med internationell prägel och det blir följaktligen naturligt att privata aktörer anammar ”internationella spelregler”, även vid konfliktlösning. Eftersom dessa alternativa tvistlösningsmekanismer inte utvecklats i enlighet med svensk rättstradition är syftet med uppsatsen att undersöka hur de passar in i svensk rätt. Det är särskilt relevant att granska hur sådana tvistlösningsavtal utformas i praktiken och vilka hänsynstagande praktiserande jurister tar i förhållandet till svensk rätt. Den övergripande frågeställningen lyder: *Är utformningen av Dispute Board-klausuler förenliga med svensk rätt?* Frågeställningen rymmer naturligt nog flera underfrågor, men jag har valt ut att fokusera på följande: Påverkar tvistlösningsavtalet parternas rätt att anhängiggöra talan i domstol eller hänskjuta tvisten till skiljeförfarande? Vilka rättverkningar följer av DB:s rekommendation? Kan parterna avtala om vilken verkan rekommendationen och DB-ledamöterna får som bevisning vid en senare rättslig prövning? Slutligen behandlas frågan om vilka problem som kan uppstå vid avtalsbrott.

1.2 Problematisering och avgränsning

En avgörande utgångspunkt för egen del när det gäller ämnesval och bestämmande av frågeställning för examensarbetet är att det ska finnas praktisk förankring. Med anledning härav har jag under arbetets gång haft förmånen att löpande föra en dialog med praktiker och ta del av deras synpunkter och erfarenheter. Dessa kontakter har också inneburit en inblick i hur tvistlösningsavtal utformas i praktiken och genom att läsa en del autentiska avtal har jag uppmärksammat särskilt utmärkande egenskaper. De allra flesta tvistlösningsavtal som gäller större projekt där betydande ekonomiska intressen är inblandade skraddarsys för den individuella situationen. Således är det viktigt för läsaren att förstå att de områden som klausulerna i uppsatsen tar sikte på i verkligheten intar varierande former – dock ofta med gemensamma drag. Med denna praktiska bas som grund har jag formulerat tre olika klausuler som kan sägas vara typexempel vid avtal om privata tvistlösningsnämnder. Som redan påtalats finns det många olika varianter av tvistlösningsmetoder där två parter överlämnar åt tredje man att ”döma” eller lämna utlåtande om en tvist. De som förekommer i byggprojekt brukar benämnas Dispute Adjudication Boards eller Dispute

¹⁴ Kansmark, a a. s. 962f.

¹⁵ Kansmark, a a. s. 958-963 och Bunni, a a. s. 105-115.

Review Boards. Gränsen mellan dessa två "Dispute Boards" är flytande, men en Dispute Adjudication Board kommer vanligen med ett beslut som blir direkt bindande för parterna. Hänskjutandet till en Dispute Review Board resulterar i stället i en rekommendation som blir bindande efter vissa tidsfrister eller endast har en rådgivande funktion. Ofta innehåller skraddarsydda tvistlösningsavtal inslag från båda typerna av tvistlösningsnämnder vilket medför att jag för denna framställning väljer att använda mig av samlingsbegreppet Dispute Boards. Fokus för examensarbetet kommer att ligga på användandet av Dispute Boards i relation till svensk rätt.

1.3 Material och metod

Utredning som ligger till grund för uppsatsen är genomförd enligt klassisk rättsdogmatisk metod. Genom studier av lagtext, rättspraxis och doktrin har jag således ämnat belysa relevanta aspekter gällande användandet av Dispute Boards i svensk rätt. Eftersom dylika förfaranden är privata är svensk rättspraxis på området i det närmaste obefintlig. Med anledning av detta har ledning fått sökas i utländskt rättspraxis och doktrin. Även standardavtal som utformats av branschorganisationer och reglemente hos internationella handelskammaren har fått betydelse vid funderingar kring tvistlösningsklausulers utformning. Som en följd av att Dispute Boards är en ganska ny företeelse i svensk rätt har ett betydande utrymme i uppsatsen lämnats för analogi- och *de lege ferenda*-resonemang.

Genom kap 1 sker en introduktion för att ge läsaren en inblick i ämnets natur och möjliggöra en ökad förståelse för frågeställningen. Tvistens hänskjutande till prövning och tvistlösningsavtalets eventuella verkan som sakprövningshinder behandlas i kap 2. I kap 3 diskuteras vilken betydelse rekommendationen har för parternas civilrättsliga förpliktelser. Överenskommelser om sekretess och inskränkningar i bevisföringen vid en framtida process är föremål för kap 4. I detta kapitel behandlas även påföljder vid avtalsbrott. Sammanfattande synpunkter presenteras i anslutning till varje kapitel, men en avslutande diskussion sker mer utförligt i kap 5.

2. Hänskjutande till prövning

Klausulen som vi ser nedan avser att etablera en ordning för hur en eventuell tvist mellan avtalsparterna ska hanteras. Vi ser också att av denna ordning följer successivt ökande formella ramar. Parterna enas om att:

- I första hand lösa en uppkommen tvist genom förhandling.
- I andra hand hänskjuta tvisten till en DB.
- Om tvisten har hänskjutits till en DB utgör det ett dispositivt hinder för sakprövning inför skiljenämnd eller allmän domstol.
- Om tvisten hänskjutits direkt till skiljeförfarande eller allmän domstol utgör det ett hinder för DB:n att behandla ärendet.

1 § Om det uppstår tvistefråga mellan parterna skall de försöka lösa denna genom förhandling. För det fall att tvistefråga ej kunnat lösas genom förhandling har parterna var för sig rätt att hänskjuta frågan till Dispute Board (DB). En fråga som är under behandling i DB kan inte hänskjutas till skiljenämnd eller allmän domstol innan DB lämnat sin rekommendation, förutsatt att DB ej överskridit de tidsramar som uppdragits i Avtalet. Om en tvist hänskjutits direkt till ett skiljeförfarande eller allmän domstol får ingen av parterna hänskjuta samma tvist till DB.

Det är vanligt att tvistlösningsklausuler innehåller olika former av försteg innan det blir fråga om att hänskjuta tvisten till rättslig prövning och dessa brukar benämnas *stilleståndsavtal*.¹⁶ Det kan till exempel stadgas att parterna ska använda sig av medling eller som i nuvarande fall förhandling innan man går vidare i "tvistlösningshierarkin". Syftet med att föra in sådana stadganden i avtalet är förmodligen att det anses främja konsensuslösningar, framtida relationer, effektivitet, snabbhet och är framförallt billigare än utdragna rättsliga processer. Frågan är dock vilken rättslig funktion en så kallad stillestånds-klausul har och huruvida parterna kan åberopa denna som ett hinder för sakprövning?

2.1 Avtalets verkan som sakprövningshinder vid allmän domstol

Genom 10 kap 17 och 17 a §§ RB uttrycks rättens behörighet att pröva käromål. Ett giltigt skiljeavtal utgör ett *dispositivt* rättegångshinder. Detta innebär att domstolen endast beaktar skiljeavtalet om en part åberopar detta

¹⁶ En annan beteckning är multimodala klausuler eller förstegsavtal. Söderlund, Christer, Multimodala tvistlösningsklausuler, *JT2005/06*, s. 187 och Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande – en kommentar*, Stockholm, 2005, s. 58.

som en grund för avvisning. En invändning om skiljeavtal ska framställas första gången en part ska föra talan i saken vid rätten.¹⁷

Anledningen till att särskilt framhålla ett skiljeavtals verkan som dispositivt sakprövningshinder är att det är relevant att undersöka om andra privata tvistlösningsformer kan jämföras med ett skiljeavtal i den mening att dessa föranleder avvisning i allmän domstol. Enligt avtalet vill parterna inte att en tvist som blivit föremål för DB:s behandling ska kunna prövas i allmän domstol förrän DB:n avslutat ärendet genom att komma med en rekommendation (förutsatt att detta sker inom angivna tidsramar). Kanske vill parterna även att en rättslig prövning *måste* föregås av att parterna försöker lösa tvisten genom förhandling.

Huruvida stilleståndssklausuler tillerkänns verkan i allmän domstol har inte behandlats i svensk rättspraxis. Det finns dock exempel från engelsk rätt där så kallade "multi-tiered dispute resolution clauses" fungerar som ett avhjälpbart processhinder, förutsatt att de är utformade med *tillräcklig precision*. Det som är av betydelse för precisionskravet är huruvida parterna åläggs reella och konkreta förpliktelser med hänsyn till exempelvis hur en förhandling ska gå till och hur dess tidsramar ser ut.¹⁸

Ett prejudikat i franska Cour de Cassation gällde huruvida parter kunde åstadkomma rättegångshinder genom avtal eller om detta måste grundas på lagstiftning. I målet hade parterna överenskommit om att ett rättsligt förfarande skulle föregås av medling där tvisten skulle hänskjutas till utomstående medlare. Om medlingen inte resulterat i en lösning av tvisten inom en tidsram på två månader var parterna fria att föra talan vid allmän domstol. Den franska högsta domstolen ansåg att föreskrifterna om rättegångshinder i processlagstiftningen inte var uttömmande och tillerkände parternas tvistlösningsavtal verkan.¹⁹

I avsaknad av vägledande svensk praxis vänder jag blickarna mot doktrin på området. Lindskog anser inte att förstegsklausuler kan tillerkännas någon rättsverkan med hänsyn till att rätten till domstolsprövning är ovillkorlig. Dessutom kan det vara svårt för en domstol att ta ställning till frågor som rör i vilken utsträckning stilleståndsavtal (om de erkändes av rättsordningen) kan anses vara skäliga.²⁰

¹⁷ 4 § LSF. Se även Ekelöf, Per Olof, *Rättegång – andra häftet*, 8:e uppl., Stockholm, 2005, s. 14f.

¹⁸ *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd.* [2002] E.V.H.C 2059 (comm)[2002]2A11 ER (comm) 1041, Söderlund, a. a. s. 188ff. I artikeln refereras relevant internationell praxis på området.

¹⁹ Dom meddelad den 14 februari 2003 i målet *Poiré v. Tripier*, Cour de Cassation, Chambre mixte, No de pourvoi 00-19423, Söderlund, a. a. s. 191f.

²⁰ Lindskog, a. a. s. 58f.

Vidare är ett stilleståndsavtal att betrakta som processuellt till sin karaktär och det är en allmän princip i svensk rätt att *processuella avtal per se är ogiltiga*.²¹ Westberg anför:

”[...] Andra liknande *regleringar i avtal*, såsom att förlikningsförhandlingar eller medling måste föras först, saknar däremot den processuella verkan av att bli processhinder. Detsamma gäller avtalsregleringar som stadgar att vissa personer ska slita tvister i anledning av kontraktet utan att vara skiljemän. Det följer av den ovan nämnda principen att processuella överenskommelser per se är ogiltiga, om inte annat stadgas i lag. Ett annat sätt att uttrycka detta – eller i vart fall en del av detta – är att *parterna som regel inte genom avtal kan skapa processhinder*. Det krävs lagstöd för detta.”²²

2.2 Avtalets verkan som sakprövningshinder vid skiljeförfarande

Jag har redan i inledningen (kap1) berört skiljeförfarandet och hur dess natur tillåter parterna att i större utsträckning påverka handläggningen. Detta är ett utflöde av *principen om partsautonomi* vilken legat till grund för den svenska lagen om skiljeförfarande.²³ Med hänsyn till att parterna, inom ramen för skiljeförfarandet, ges ett större utrymme att träffa processuella avtal, kan det vara av vikt att undersöka huruvida detta medför en annorlunda inställning än den som gäller i allmän domstol till stilleståndsavtalets verkan som processhinder.

I anslutning till detta spørsmål bör läsaren hålla i åtanke att skiljeförfarandet – till skillnad från allmän domstol – utgör ett eninstansförfarande.²⁴ Överprövning kan som bekant inte ske på materiell grund.²⁵ Detta torde vara ett viktigt skäl till att parterna väljer att avtala om försteg. Genom att komma överens om att tvistlösning exempelvis ska ske genom förhandling, Dispute Board och i sista hand skiljeförfarande skapas ju ett helt igenom privat tvåinstansförfarande.

Vilken rättslig funktion har ett stilleståndsavtal i ett skiljeförfarande och kan det få verkan som hinder för sakprövning? Lindskog besvarar denna fråga nekande med anledning av att en allmän domstol inte skulle behöva ta hänsyn till ett sådant processuellt avtal. Orsaken till detta är att rätten till

²¹ Fitger, Peter, En kommentar till rättegångsbalken på Internet, 49:2§ samt Westberg, Peter, Från statlig till privat rättsskipning, ur *Festskrift till Hans Ragnemalm*, Lund, 2005. s. 354. Exempel på giltiga processuella avtal är prorogations- och derogationsavtal enligt 10 kap 16 § RB.

²² Westberg (2005), a a. s. 356.

²³ Heuman (a), a a. s. 266ff. Se även nedan under avsnitt 4.4.

²⁴ Från och med 1 november 2008 gäller dock ett generellt krav på prövningstillstånd för tvistemål vid Hovrätten. Detta torde vara ännu ett incitament för avtalsparter att försöka tillskapa flerinstansförfaranden på privat väg. Se Prop. 2004/05:131.

²⁵ Lindskog, a a. s. 47, Heuman (a), a a. s. 584f. En utveckling av skadeståndsrättsliga aspekter som även i huvuddrag är tillämpliga på förstegsavtal sker under avsnitt 4.5.

domstolsprövning är ovillkorlig. På denna grund framhåller han att stillestånds klausuler - i linje med resonemanget ovan - inte heller skulle få verkan som sakprövningshinder vid skiljeförfarande. Han vidgår dock att det inte är alldeles klart i vilken utsträckning part är bunden av ett sådant avtal och utesluter inte möjligheten att part kan bli skadeståndsskyldig vid åsidosättande av stilleståndsavtalet.²⁶

Ledning angående stilleståndsavtals verkan står inte att finna i den svenska lagen om skiljeförfarande. I doktrin har även framförts en ståndpunkt som är helt tvärtemot Lindskogs, med inspiration från utländsk rättspraxis. Söderlund förespråkar möjligheten att stillestånds klausuler fungerar som hinder för sakprövning förutsatt att utformningen av klausulen är tillräckligt preciserad och konkret avseende tidsplan och tillvägagångssätt. Av särskild vikt torde vara att parterna åläggs reella förpliktelser.²⁷ Söderlund menar:

”Att processhinder tillskapas genom partsavtal är en princip som står helt i samklang med den partsautonomins princip som framförallt gäller på civilrättens område. Försteg utgör därför processhinder som kan undanröjas medan ett avtal om skiljeförfarande - som ju också kan ses som ett avtalat processhinder i fråga om rättegång - innebär ett definitivt processhinder.”²⁸

En ytterligare anmärkning när det gäller internationell praxis bör lyftas fram: FIDIC har i standardkontrakt infört en tvistlösningsprocess som medför att parterna förbinder sig att i första hand hänskjuta en tvist till en Dispute Board. Om parterna inte är nöjda med DB:s beslut ska de anmäla missnöje, vilket utgör ett villkor för rätten att påkalla skiljeförfarande.²⁹ Skiljedomspraxis vid Internationella Handelskammaren (ICC) har tillerkänt FIDIC:s standardkontrakt dess åsyftade verkan. Sålunda utgör det ett hinder mot sakprövning (enligt ICC) i skiljeförfarande om part inte först hänskjutit tvisten till en DB.³⁰

2.3 Sammanfattande synpunkter

I klausulen som inleder detta kapitel såg vi hur parterna strävade efter att etablera en ordning för hur en eventuell tvist mellan avtalsparterna ska hanteras. Överenskommelsen är att betrakta som ett stilleståndsavtal. Parterna enades om att i första hand lösa en uppkommen tvist genom förhandling, i andra hand hänskjuta tvisten till en DB och slutligt slita tvisten inför skiljeförfarande eller allmän domstol. Parterna ville även åstadkomma ett slags sakprövningshinder genom stilleståndsavtalet – det skulle inte vara möjligt att hänskjuta en tvist till DB och inleda ett annat rättsligt förfarande innan DB:n kommit med sin

²⁶ Lindskog, a a. s. 58f

²⁷ Söderlund, a a. s. 188ff.

²⁸ Ibid. s. 196.

²⁹ FIDIC Conditions of Contract for PLANT and Design-Build, 1st Edition, 1999. Klausul 20.4.

³⁰ Cremades, a a. s. 7.

rekommendation. Det har dock framgått av kapitlet att en sådan verkan kan vara svår att uppnå.

Som skäl till att stilleståndsavtal inte vinner giltighet i svensk domstol har bland annat anförts att rätten till domstolsprövning är ovillkorlig. Om parterna väljer att helt avtala bort möjligheten att slutligt få saken rättsligt prövad är det ett hållbart argument. Detta torde dock inte vara vanligt förekommande. Olika försteg som förhandling, medling och Dispute Boards kombineras ju vanligtvis med en möjlighet att som sista utväg slita tvisten inför domstol eller skiljenämnd. Således ämnar parterna inte att avsäga sig rätten till domstolsprövning utan endast att skapa ett slags avhjälpt processhinder. Ett ytterligare skäl som kan anföras mot att tillerkänna stilleståndsavtal verkan som processhinder är att processuella avtal är ogiltiga enligt svensk rätt, om det inte finns ett lagstadgat undantag. Detta senare argument är mer robust, men just när det gäller förstegsklausuler – som inte är ämnade att påverka domstolens bedömning av sakfrågan, utan endast fördröja den – anser jag att det representerar en motvilja att möta affärlivets krav på en smidig och modern tvistlösning.

Jag har redan påtalat att inställningen till ADR har växlat inom EU och i Sverige de senaste åren, vilket möjligen medför en ändring i inställning även till stilleståndsavtal och dess verkan som sakprövningshinder i allmän domstol. En förutsättning för att *de lege ferenda* över huvud taget tillerkänna stilleståndsklausuler en sådan verkan bör vara att dessa är konkreta och tydliga med hänsyn till innehållet i det avtalade försteget och tidsramar för dess utförande. I avvaktan på en sådan utveckling är dock utgångspunkten den alltjämt rådande: Parter kan inte genom avtal skapa ett giltigt processhinder i förhållande till den allmänna domstolsprövningen.

Som nämnts finns det ingen svensk praxis som berör spørsmålet om stilleståndsklausulers eventuella verkan som sakprövningshinder vid skiljedomsförfarande. Inte heller LSF ger ledning i frågan. Vid sådana förhållanden, alltså avsaknad av processuell reglering eller praxis, är det vanligt att skiljenämnden söker ledning i RB för en analog tillämpning.³¹

Kanske skulle detta kunna vara ett argument mot att låta ett förstegsavtal utgöra ett dispositivt hinder vid skiljeförfarande. I doktrin har dock påpekats att skiljemännen inte ska tillämpa RB per automatik eftersom skiljeförfarandet i väsentliga delar avviker från domstolsprocessen.³² Praktiska skäl, speciellt ur kostnadshänsyn kan dock göra sig påminda. Vid hänskjutande till skiljeförfarande är det skiljenämnden som prövar sin behörighet.³³ Således kan det vara ineffektivt och resurskrävande att avvisa ett påbörjat skiljeförfarande.³⁴ En sådan avvisning skulle ju antagligen inte bädda för att parternas inställning till samförståndslösningar ökar, vilket i sin tur medför att ett senare skiljeförfarande är ett oundvikligt faktum. Den

³¹ Heuman (a), a a. s. 306.

³² Ibid. s. 306f.

³³ 2 § LSF.

³⁴ Söderlund, a a. s. 196.

uppmärksamma läsaren har dock redan noterat att parterna, i vår klausul ovan, undflyr en sådan utveckling genom klausulens lydelse *in fine*. Här undviker nämligen parterna att tvist som hänskjutits direkt till skiljeförfarande även blir föremål för en Dispute Board.

Min uppfattning är att det borde ligga i skiljeförfarandets natur, som ett uttryck för principen om partsautonomi, att förstegsavtal trots allt får status som ett avhjälpbart processhinder. Särskilt grundar jag denna inställning på att det till syvende och sist är parterna som står för alla kostnaderna vid privata tvistlösningar. Om parterna vill skapa ett slags privat tvåinstansförfarande bör det vara deras fulla rätt att göra så. Rätten till domstolsprövning avtalas inte bort och parternas möjlighet att få ett materiellt riktigt avgörande ökar.

I klausulen ovan har dock parterna använt väldigt allmänt hållna ordalag med fakultativ prägel och detta kan inte vara tillräckligt för att förhindra att endera parten struntar i förhandling eller för den delen anser att "förhandlingskravet" är uppfyllt genom till exempel ett telefonsamtal. Parternas avsikt med stadgandet torde vara att nå en konstruktiv lösning avseende tvisten och därför kan det vara lämpligt att införa ett mer konkret och precist stadgande avseende tidsangivelser och agerande.

När det gäller överenskommelsen om hänskjutande till en Dispute Board bör detta vara tillräckligt i sin nuvarande lydelse, särskilt som man ofta reglerar själva DB-förfarandet närmare i andra delar av huvudavtalet.

Trots en modifierad och mer specifik utformning är det värt att poängtera att det inte är säkert att förstegsavtalet verkligen får någon verkan i ett svenskt skiljeförfarande (eller i allmän domstol). Icke desto mindre kan ett sådant stadgande vara fördelaktigt att föra in i kontraktet eftersom det kan ha en handlingsdirigerande effekt på parterna.

3. Rättsverkningar av DB:s rekommendation

Avsnittet tar sikte på att klargöra vilken rättslig betydelse DB:s rekommendation får för parterna. Förmodligen är det den allra mest centrala frågan att diskutera när det gäller tvistlösning genom DB och det finns flera olika aspekter att överväga. Kapitlet har klausulen nedan som utgångspunkt.

2§ Inom fjorton dagar efter det att nämnden dagtecknat sin rekommendation skall parterna skriftligen informera motpart och Dispute Board (DB) om huruvida rekommendationen accepteras eller förkastas. Om part inte kommunicerar sin inställning med motpart och DB inom den ovan nämnda tidsperioden skall detta tolkas som ett godtagande av DB:s rekommendation. Om båda parter accepterar rekommendationen är saken slutligt avgjord på ett för parterna bindande sätt.

Såvida part inte senast inom sex månader från det datum DB daterat sin rekommendation väckt talan eller påkallat skiljeförfarande är den fråga som rekommendationen avser slutligt avgjord på ett för parterna bindande sätt. Även om part väckt talan i domstol eller hänskjutit frågan till skiljenämnd är parterna skyldiga att följa DB:s rekommendation till dess att den fråga som rekommendationen avser har prövats rättsligt och resulterat i en lagakraftvunnen dom.

3.1 Överlämnande av avtalsmakt eller tvistlösning till tredje man

DB-förfarandet är speciellt i det hänseendet att nämnden ”dömer” i en tvist där parterna får lägga fram sin sak på ett sätt som påminner om en rättslig process, om än under en mer informell skepnad. Nämndens rekommendation resulterar inte i en exigibel dom, men kan binda parterna civilrättsligt om de inte begär överprövning.³⁵

3.1.1 Allmänt om tredjemansavgöranden

Inom svensk rätt har man traditionellt delat upp privata tredjemansavgöranden i två grupper. En grupp har utgjorts av skiljemän som kan sägas ha en rättskipande uppgift. En annan grupp har utgjorts av oberoende sakkunniga som anlitats för att på båda parternas vägnar uttala sig om ett visst faktum. För denna framställning väljer jag att kalla den

³⁵ Kansmark, a a. s. 962f.

senare gruppen för *godmansförfaranden*.³⁶ Gränsdragningen häremellan är viktig eftersom den rättsliga statusen av själva avgörandet beror av huruvida det anses vara en skiljedom eller ett godmansavgörande. Ett godmansavgörande kan inte verkställas exekutivt.³⁷

För svensk del är idén att överlåta till tredje man att med bindande verkan bestämma en sak för två avtalsparter inte ny. Den förekommer exempelvis frekvent inom företagsöverlåtelser där man låter en oberoende värderingsman uppföra ett tillträdesboks slut som ska reglera transaktionen mellan parterna ”slutligt och bindande”. Syftet med värderingen är att reglera köpeskillingen om det skett en förändring av företagets värde mellan avtalsdagen och tillträdesdagen.³⁸ I doktrin har framförts att dylika avgörande om värdering kan uppfattas som *avtalsutfyllnad* eller som en *separat skiljedom*.³⁹ En skiljedom har som bekant rättskraft och kan verkställas vilket medför att saken inte kan prövas igen.⁴⁰

Om värderingsfrågan anses vara en överenskommelse mellan parterna att låta sakkunnig fylla ut avtalet, på ett för dem bindande sätt, har utfyllnaden samma rättsliga status som om parterna själva avtalat om värderingen. Sålunda är värderingen inte att jämföras med en exigibel dom och kan inte verkställas exekutivt. Detta betraktas i sådana fall som ett godmansavgörande.⁴¹

Tolkningen av tvistlösningsklausulen kan vara problematisk om det inte uttryckligen framgår av avtalstexten vilka rättsverkningar som parterna önskar uppnå med avgörandet. I doktrin har framförts olika sätt att särskilja en skiljeklausul från andra typer av godmansförfarande. En uppfattning är att det presumeras röra sig om ett skiljeavtal i alla fall då parterna överlämnat till tredje man att avgöra en tvist. Heuman förespråkar en motsatt tolkningsregel; om det är oklart huruvida parterna avser tvistlösning genom godmansförfarande eller hänskjutande till skiljenämnd, ska en presumtion råda för godmansförfarande. Westberg intar ett pragmatiskt förhållningssätt och föreslår att tvistlösningsklausulen ska tolkas i ljuset av de intentioner som återfinns i huvudavtalet och uppdragsavtalet med tredje man. Det finns dock ingen entydig uppfattning i doktrin avseende tolkningsmetod.⁴² Om parterna bestämmer sig för att använda en

³⁶ Det saknas en etablerad terminologi men jag väljer att använda ”god man” eftersom det syftar till olika former av immateriella uppdrag och är även det begrepp som Lindskog använder. Lindskog, Stefan, a. a. s. 55, Edlund, Lars, Värderingsklausuler och tillträdesboks slut, *SvJT 2007*, s. 313f. och Westberg, Peter, Kontrakterad privatdomare, Ur *Festskrift till Lars Heuman*, Stockholm, 2008, s. 598.

³⁷ Godmansavgörandet kan dock bli exigibelt genom domstols dom eller skiljeförfarande. Lindskog, a. a. s. 54.

³⁸ Lindskog, a. a. s. 54.

³⁹ Edlund, a. a. s. 313f, Lindskog, a. a. s. 51ff, Heuman, Lars (a), *Skiljemannarätt*, Stockholm, 1999, s. 181ff.

⁴⁰ Heuman, Lars (b), Skiljemans rätt att komplettera avtal, ur *Festskrift till Lars K. Nordensson*, Stockholm, 1999, s. 550.

⁴¹ Lindskog, a. a. s. 53ff.

⁴² Heuman (b), a. a. s. 85, Westberg (2008), a. a. s. 592ff.

tvistlösningsnämnd är det sålunda mycket viktigt att uttryckligen reglera dess former i avtalet, så att det inte av misstag anses vara en skiljeklusul.⁴³

3.1.2 Klassificering av Dispute Boards i svensk rätt

Det typiska DB-förfarandet genererar i en rekommendation som blir avtalsutfyllnad mellan parterna om de inte protesterar inom vissa tidsramar.⁴⁴ Rättspraxis från allmän domstol som berör området ”privata tvistlösningsnämnder” är i det närmaste obefintlig. Dock har frågan aktualiserats i en tingsrättsdom där parterna tillsatt en privat nämnd för att lösa en tvist som uppstått dem emellan. Tingsrätten ansåg inte att det rörde sig om en skiljenämnd, utan om ett godmansförfarande vars utslag var civilrättsligt bindande för parterna.⁴⁵

Min uppfattning är att de rättsverkningar som kan knytas till en rekommendation av en DB är väldigt lika de som följer av det svenska godmansförfarandet. Sålunda bör rättsföljden av de båda instituten vara densamma, även om en DB kan sägas inta en mer rättskipande funktion. För övrigt anser Heuman att även om godmansavgörandet innebär tvistlösning utgör inte det ett hinder mot godmansavgörandets verkan som avtalsutfyllnad.⁴⁶ En DB kan således klassificeras som en typ av godmansförfarande. Ett ytterligare spørsmål, som möter större svårigheter, är dock att utröna exakt vilka regler i svensk rätt som är tillämpliga på ett dylikt godmansförfarande. Rättsläget är oklart.⁴⁷ Frågan om vilka regler som är tillämpliga på Dispute Board-förfarandet aktualiseras vid de fall själva handläggningen, uppdragets omfattning och parternas ansvar i olika hänseenden *inte* reglerats i tvistlösningsavtalet. Det kan då uppstå osäkerhet om vilka principer eller regler som ska anses vara utfyllande rätt. I doktrin har föreslagits att sysslomannarättsliga regler och LSF kan vara möjliga att tillämpa analogt jämte allmänna processuella principer.⁴⁸ Avtalsparter har även en lojalitetsplikt gentemot varandra, för det fall att de lämnar vissa delar oreglerade i tvistlösningsavtalet.⁴⁹ Citatet nedan är hämtat från en dom i Falu tingsrätt. Parterna hade kommit överens om att överlåta till en privat tvistlösningsnämnd att lösa en tvist som uppkommit mellan dem. Fråga var om en av nämndledamöterna varit jävig när han parallellt med uppdraget i nämnden förde diskussioner med en av parterna om framtida uppdrag å dennes vägnar. Tingsrätten fastslog, efter analogier med klandergrunder i LSF, att jäv förelåg. Dessutom anförde rätten:

⁴³ Det finns exempel från amerikansk praxis där allmän domstol likställt beslut från Dispute Review Boards med en skiljedom och därigenom givit DRB-beslut exigibel verkan. Se Jaffe, Michael E, McHugh, Ronan J, U.S Project Disputes: Has time to consider Adjudication finally arrived?, *Dispute Resolution Journal*, May-July 2007.

⁴⁴ Kansmark, a.a. s. 962f.

⁴⁵ Falu tingsrätt T 158-06, dom meddelad 2007-05-31.

⁴⁶ Heuman, Lars, *Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder*, Stockholm 1980, s. 11ff.

⁴⁷ Westberg (2008) a a. s. 600ff., Grauers, Per-Henning, *Gode män*, Lund, 1994, s. 182ff., Falu tingsrätt T 158-06.

⁴⁸ Westberg (2008) a a. s. 578, Edlund, a a. s. 318, Heuman (b), a a. s. 182.

⁴⁹ Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Stockholm, 2007, s. 135ff.

”Parterna valde, när problem uppstod, att lösa tvisten inte bara utom rätta utan även genom att försöka få tvistelösningen att inte anses vara ett skiljeförfarande. Enligt tingsrättens mening ställer ett sådant parternas agerande ett högre krav än normalt på att dessa är lojala mot varandra, bl.a. mot bakgrund av frånvaron av en reglering i avtalet av hur vissa viktiga processuella frågor skulle hanteras och/eller bedömas.”⁵⁰

3.2 Bindande verkan

Vi utläser från klausulen som inleder detta kapitel att det finns vissa tidsramar som parterna bör beakta och som styr i vilken utsträckning en part blir bunden av rekommendationen. Nedan följer en genomgång om vilka förändringar som sker fram till dess att ”slutlig bundenhet” uppstår.

3.2.1 Inom 14-dagars gränsen

Inom 14 dagar efter DB dagtecknat sitt beslut och meddelat parterna är det fritt fram för parterna att förkasta eller godkänna rekommendationen. Enligt klausulen ska parterna meddela både DB och motpart om sin inställning, men om kommunikation inte sker tolkas det som ett passivt godkännande. Ett godkännande av rekommendationen resulterar i att denna blir gällande som avtalsinnehåll mellan parterna.⁵¹

Om part anmäler sitt missnöje avseende rekommendationen inom 14-dagarsgränsen blir nästa steg att slita tvisten genom det forum som parterna har valt för överprövning. Det verkar dock vara vanligt förekommande att parterna avtalar om att de ska vara interimistiskt bundna av rekommendationen⁵². Följden av detta blir att parterna är tvungna att rätta sig efter rekommendationen i avvaktan på avgörande från skiljenämnd eller allmän domstol.⁵³

Skillnaden mellan att ha godtagit rekommendationen och att ha lämnat en missnöjesanmälan ligger i vad som senare kan bli föremål för en rättslig prövning. Sålunda har detta betydelse för hur en eventuell framtida talan kan utformas. Om parterna har godtagit rekommendationen blir den gällande avtalsinnehåll mellan parterna. En skiljenämnd eller domstol kan då inte pröva den ursprungliga tvisten materiellt igen. Om parterna har anmält missnöje är frågan inte ”slutligt och bindande” avgjord vilket medför att

⁵⁰ Falu tingsrätt T 158-06, s.11f.

⁵¹ Kansmark, a a. s. 962f. , Edlund, a a. s. 313, Art 1 ICC Dispute Board Rules 2004, Cairns, David J.A, The ICC Dispute Board Rules, *International Arbitration Law Review* 2005, 8(2), s. 41-44).

⁵² Uppfattningen grundar sig på min granskning av autentiska tvistlösningsavtal som varit en del av detta uppsatsarbete.

⁵³ Kansmark a a. s. 963 samt ICC Dispute Board Rules 2004 art 1, 4 och 5.

tvisten kan prövas i sin helhet, *som om förfarandet inför DB:n aldrig ägt rum.*⁵⁴

Jag vill påminna läsaren om att överenskommelser om DB styrs av partsautonomi vilket medför en mycket stor avtalsfrihet. För att utröna den generella uppfattningen om exempelvis bindningsmekanismer har jag sökt ledning i internationellt utvecklade förfaranderegler, särskilt ICC:s *Dispute Board Rules*. Det är en rimlig utgångspunkt att dessa reglementen syftar till att vara en kodifiering av praxis.

3.2.2 Inom 6-månaders gränsen

Ovan har konstaterats att parterna ofta avtalar om att rekommendationen ska vara interimistiskt bindande i avvaktan på slutligt avgörande, vilket också har skett i vårt fall. En sådan lösning är inte självklar; det är också möjligt att DB:s beslut endast ska vara rådgivande. Syftet med DB är dock att vara en effektiv tvistlösning vid stora byggprojekt och för att arbetet inte ska avstanna kan interimistisk bundenhet vara att föredra. På detta sätt får DB:s beslut en avsevärd tyngd.⁵⁵ Följden av parts vägran att följa det interimistiska beslutet eller rekommendationen anses vara jämförligt med ett avtalsbrott och kan således i sig bli föremål för rättslig prövning.⁵⁶

Eftersom det ofta är betydande värden som är inblandade i dessa projekt bör parterna minimera risken för en eventuell ekonomisk förlust. I litteraturen har vikten av att ställa säkerhet i väntan på ett slutligt avgörande påtalats:

”Om ett uttalande av en DRB blir bindande, kan det vara viktigt att komplettera föreskrifterna om en DRB med bestämmelser om säkerhet mm. En part kan t ex förklaras skyldig att utge betydande tilläggsersättning som är föremål för en tvist men kan senare vinna framgång i domstol eller skiljenämnd och motparten kan därvid bli återbetalningsskyldig. För att inte en sådan återbetalning skall vara förenad med någon risk för den part som betalar tilläggsersättningen bör någon form av säkerhet för återbetalningen ställas.”⁵⁷

Det förekommer också att parterna låter de värden som är inblandade i tvisten bestämma huruvida DB:s rekommendation ska vara bindande eller endast rådgivande. I så fall används en på förhand fixerad beloppsgräns som ska överstigas för att rekommendationen endast ska verka rådgivande.⁵⁸

⁵⁴ ICC Dispute Board Rules 2004 art 1, 4 och 5. En skillnad blir dock att förfarandet inför DB:n och dess rekommendation i sig kan komma att åberopas som bevisning.

⁵⁵ Genton, Pierre M, The role of the DRB in long term contracts, *Construction Law Journal* 2002, 18(1) s. 8-19.

⁵⁶ ICC Dispute Board Rules 2004 art 4 och 5.

⁵⁷ Kansmark, a a. s. 963.

⁵⁸ McMillan, Daniel D, och Rubin, Robert, A, Dispute Review Boards: Key Issues, Recent case law, and Standard Agreements, *The Construction Lawyer*, Vol 25, 2005.

3.2.3 Efter 6-månaders gränsen

Enligt klausulen som inleder detta kapitlet blir parterna slutligt bundna av DB:s rekommendation om ingen av dem begärt överprövning inom sex månader. Syftet med denna formulering är, enligt min uppfattning, att försäkra sig om att parterna blir civilrättsligt bundna *trots att de initialt förkastat rekommendationen*. För att undkomma slutlig bundenhet krävs det följaktligen att part agerar både genom missnöjesanmälan *och* genom hänskjutande till skiljenämnd eller allmän civilprocess.

Om vi tänker oss situationen att DB:s rekommendation har fått en slutlig och bindande verkan mellan parterna och utgör avtalsinnehåll. Vilka möjligheter finns det för parterna att ändå undkomma bundenhet?

3.2.3.1 Angripbarhet på materiell grund

Nu har vi alltså nått en tidpunkt i processen där innehållet i rekommendationen blivit avtalsinnehåll mellan parterna. I litteraturen har framförts att en följd av att godmansavgörandet har avtalskaraktär är att det kan angripas, precis som vanliga avtal, med stöd av bestämmelserna i Avtalslagen (1915:218) och allmänna rättsgrundsatser.⁵⁹ Om vi applicerar den uppfattningen på DB-rekommendationen skulle det innebära att det finns ett visst utrymme för att söka ogiltigförklara eller jämkna denna trots att den blivit bindande. För att nå framgång med ett sådant yrkande behöver parten visa att DB:n begått ett materiellt fel vid bedömningen av tvisten som lett till ett oskäligt resultat. Det handlar alltså om fel som är hänförliga till exempelvis tolkning av kontraktsbestämmelser eller bevisvärdering.⁶⁰ I anslutning till detta resonemang bör framhållas att det ursprungliga syftet med 36 § AvtL är att skydda konsumenterna från oskäliga avtal med näringsidkare. Även om paragrafen är tillämplig på alla typer av partskonstellationer kan det sålunda vara vanskligt att nå framgång på grund av oskälighet vid avtal mellan två privata och jämbördiga aktörer.⁶¹

För att visa att rekommendationen är oskälig måste parten ha något att jämföra med som kan anses vara ”objektivt riktig”. Svårigheten i detta är uppenbar, eftersom det ofta finns utrymme för en viss skönsmässighet vid bedömningar av tvister, men grova fel har ansetts kunna jämkas. Av

⁵⁹ Lindskog, a. a. s. 54f. Lindskog påtalar den särpräglade karaktär som godmansförfarande intar i förhållande till AvtL. Trots att den gemensamma partsviljan är att låta tredje man fylla ut avtalet intar ju parterna olika positioner i avgörandet. Han ser dock inte att detta skulle vara ett hinder mot att tillämpa AvtL, särskilt 36 § och 33 §.

⁶⁰ Westberg (2008), a. a. s. 603 och Edlund, a. a. s. 317. Westberg har i sin artikel adresserat ”privat-domaren” på ett mer allmänt plan vilket inneburit att diskussionen haft traditionell rättstillämpning som utgångspunkt. Det finns dock inget krav på att ledamöterna i en DB ska vara jurister. Parterna kan utse vilka de vill och på så sätt försäkra sig om att specifika expertkunskaper tillgodoses.

⁶¹ Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., Lund, 2002, s. 301, Ramberg, Jan, och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7:e uppl., Stockholm, 2007 s. 177.

resonemanget följer att det är viktigt att parterna, vid författandet av uppdragsavtalet med DB:n, ger instruktioner för den metod som ska användas vid bedömning av tvisten. Om ramarna, för vad som kan anses vara ”fel” i bedömningen är alltför vida, uppnås inte stabilitet i avtalsförhållandet.⁶²

En ytterligare tankegång som presenterats i doktrin är en angreppsmöjlighet som innebär att paralleller dras till rättegångsbalkens resningsinstitut. Då skulle allvarligheten av det fel som begåtts stå i centrum. Vid händelse av att sådan ”uppenbart oriktig rättstillämpning” använts vid bedömningen skulle ett rimligt antagande vara att detta påverkat tvistens utgång. Ett sådant fel anses även leda till en betydande avvikelse från vad som skulle ha blivit resultatet vid ”god rättstillämpning” och medföra upphävande. I praktiken skulle detta senare alternativ leda till att DB:s rekommendation blir lika svår att klandra som en skiljedom.⁶³

3.2.3.2 Angripbarhet på formell grund

När det gäller godmansförfarande har det hävdats i litteraturen att ett formellt fel föreligger om tredje man gått utanför sitt uppdrag eller om part inte fått tillvarata sin rätt. Vid sådana fall av handläggningsfel hänvisas återigen till avtalsrättsliga grunder. Det har dessutom föreslagits att klanderreglerna i 34 § LSF sak kunna tillämpas analogt.⁶⁴

En klandertalan av en skiljedom enligt 34 § LSF kan bland annat aktualiseras vid det fall att domen inte omfattas av ett giltigt skiljeavtal mellan parterna, om skiljemännen överskridit sitt uppdrag eller om det har förekommit fel i handläggningen som sannolikt inverkat på utgången i målet. En klandertalan måste föregås av missnöjesanmälan från part och väckas inom tre månader från den dag då parten tar del av skiljedomen. Klanderreglerna i LSF tar sikte på processuella fel och syftar till att ge en part möjlighet att få en skiljedom undanröjd då hans intressen blivit åsidosatta under förfarandet. Ett exempel på processuellt fel som kan vara av intresse för andra delar i framställningen är om skiljemännen felaktigt avvisat bevisning.⁶⁵

3.3 Sammanfattande synpunkter

I typ-klausulen som inleder detta kapitel har parterna valt att använda sig av benämningen Dispute Board vilket får anses vara ett vedertaget begrepp inom internationell privat tvistlösning. Som redan påtalats är detta en tvistlösningsform som förekommer i internationella reglementen och standardavtal. Vidare framgår det av klausulens andra stycke att överprövning sker i domstol eller skiljenämnd, vilket tyder på att den

⁶² Westberg (2008), a a. s. 603.

⁶³ Ibid. s. 603.

⁶⁴ Edlund, a a. s. 318, Heuman (b), a a. s. 182 och Lindskog, a a. s. 55.

⁶⁵ Heuman (a), a a. s. 584ff.

rekommendation som DB:n ska producera endast ska ha en civilrättsligt bindande verkan mellan parterna. Om parterna velat eftersträva en exigibel dom skulle ju detta kunna ske genom att vända sig till skiljenämnd eller allmän domstol direkt.

Min uppfattning är att det i detta fall inte råder något tvivel om att nämndens rekommendation endast ska resultera i civilrättslig bundenhet. På detta sätt går inte rätten att få beslutet materiellt överprövat förlorat, vilket skulle vara följden av en skiljedom.

Parterna överlämnar till tredjeman att fylla ut avtalet mellan dem på ett bindande sätt. I svensk rätt har en sådan konstruktion gått under benämningen godmansförfarande. Klassificeringen tjänar sitt syfte för att försöka vaska fram vilka regler som är tillämpliga på dylika förfaranden.

Enligt klausulen ovan blir DB:s rekommendation slutligt bindande för parterna om de inte anmält missnöje till motparten och DB inom 14 dagar efter att de tagit del av rekommendationen. Tidsramen på 14 dagar för en eventuell missnöjesanmälan kan i vissa fall te sig tämligen kort med tanke på de konsekvenser som en bindande verkan har. Det har ju en stor betydelse vid ett framtida skiljeförfarande om man kan pröva den ursprungliga tvisten i sin helhet eller om parterna har blivit bundna som om de själva förhandlat fram avtalsinnehållet. Vid författande av tvistlösningsavtalet är det därför viktigt att parterna funderar på hur lång tidsramen bör vara i det individuella fallet.⁶⁶

Som parterna avtalat ovan blir de, oavsett missnöjesanmälan, interimistiskt bundna av DB:s rekommendation. Min uppfattning i denna del är att den interimistiska bundenheten torde vara nödvändig om arbetet, i enlighet med det grundläggande syftet vid val av tvistlösningsform, ska flyta på i önskvärd takt. Icke desto mindre kan det i vissa fall finnas anledning att anamma den variant som låter beloppsgränser bestämma hurvida rekommendationen blir (interimistiskt) bindande eller endast rådgivande. Jag tänker främst på fall som medför svåra rättsliga bedömningar, vilka vilar på en osäker grund i DB:n, i kombination med betydande ekonomiska förluster vid det fall att utgången blir en annan i överprövningsforumet.

DB:s rekommendation får, enligt klausulen ovan, som bekant en slutlig och bindande verkan mellan parterna om ingen begäran om överprövning skett inom 6 månader efter att parterna tagit del av denna. När det gäller parternas möjlighet att undkomma bundenhet kan följande synpunkter vara av betydelse.

Eftersom rekommendationen blir gällande som avtalsinnehåll mellan parterna ligger det nära till hands att tillämpa 33 och 36 §§ AvtL för att åstadkomma jämkning ogiltighet. Ett problem som uppmärksammas av Westberg är dock att avtalslagens reglemente inte är utformat med tanke på

⁶⁶ McMillan, Daniel, D och Rubin, Robert A, Dispute Review Boards: Key Issues, Recent case law, and Standard agreements, *The Construction Lawyer*, Vol. 25, 2005.

avtal som utfylls av tredje man och som har dennes agerande som utgångspunkt vid bedömningen av oskälighet eller ogiltighet. Det handlar ju i så fall inte om att angripa själva tvistlösningsavtalet på grund av parternas agerande och förutsättningar vid dess ingående. I stället söker part tillämpa avtalsrättsliga principer på DB:s rekommendation, med hänsyn till innehållet eller dess tillkomst, för att undvika den bindande effekt som parterna kommit överens om i tvistlösningsavtalet. För att nå framgång med en sådan talan krävs att det finns ett objektivi t riktigt resultat, eller en metod, att jämföra med, från vilket rekommendationen väsentligen avviker.⁶⁷ Det ska alltså vara möjligt att fastställa hur ett fel blivit begånget och visa att följden av felet lett till en oriktig rekommendation. Med hänsyn till att DB-ledamöterna kan ha en mycket varierad bakgrund och är ämnade att tillföra expertis från skiljda områden är det således viktigt att det finns tydliga instruktioner för uppdragets utförande. Vidare kan det tjäna ett klagörande syfte att ange grunder för vad som kan tänkas föranleda ett oskäligt resultat.

Ett annat alternativ för att angripa rekommendationen är att tillämpa rättegångsbalkens resningsinstitut analogt. Part skulle då behöva visa att rekommendationen är resultatet av uppenbart oriktig rättstillämpning vilket kan bli lika svårt som att vinna framgång med klandertalan av en skiljedom. En sådan följd rimmar illa med parternas val av tvistlösning som tyder på att de velat behålla rätten till både materiell och processuell överprövning.⁶⁸

Som redan påpekats är rättsläget oklart när det gäller vilka regler som ska fylla ut ett godmansavtal vid det fall att parterna underlåtit att avtala om till exempel handläggningsfrågor. Oklarheten i rättsläget kan vara ett problem av betydelse även för angripbarheten på formell grund. Det är svårt att veta vilka regler för handläggningen och vilka processuella principer som ska vara tillämpliga på förfarandet vid den händelse att parterna inte skriftligen uttryckt det. Följaktligen kan det vara svårt att urskilja detta även vid DB-förfaranden. Ett skäl till att inte dra för stora växlar på analogiresonemang med LSF eller RB är att parterna medvetet valt att använda en DB på grund av att den är tänkt att generera en smidig, snabb och flexibel tvistlösning. Det skulle så att säga gå emot tvistlösningsavtalets grundläggande syfte att snegla för mycket på strikta och omständliga processuella regler.

Det råder, som ovan anförts, oklarhet i rättsläget avseende vad som utgör utfyllande rätt vid den typen av godmansförfarande som en Dispute Board kan anses vara. Av just de ovan anförda anledningarna är tvistlösningsavtal i praktiken ofta mycket omfattande. Eftersom tvistlösningsavtal redan är omfattande menar jag att det är otillfredsställande att framhålla betydelsen av noggranna och tydliga instruktioner till DB-ledamöter och parter. Det är dock svårt att se något annat alternativ. En anledning till bristen på vägledning följer av de privata konfliktlösningsalternativens konfidentiella natur, vilken medför att det saknas offentliga avgöranden. Sålunda är det

⁶⁷ Westberg (2008), a a. s. 602f. Lindskog har, som tidigare påpekats, också uppmärksammat detta. Han är dock av en annan uppfattning än Westberg och ser inget problem i att tillämpa AvtL på dylika frågor, se Lindskog, a a. s. 54f.

⁶⁸ Ibid., s. 603.

svårt att veta hur ett fall, där en DB till exempel överskridit sin befogenhet, hanteras i praktiken.

4. Sekretess i förfarandet

I detta kapitel kommer vissa sekretess- och bevis-rättsliga frågor hänförliga till DB:n att utredas. Parterna har, genom att ta in klausulen nedan i tvistlösningsavtalet, velat försäkra sig om tre saker:

- Ledamöterna i DB:n lyder under tystnadsplikt både under uppdragets utförande och efter att det avslutats.
- Ledamöterna får inte höras som vittnen i en framtida rättslig process.
- Beslut som DB:n kommit fram till ska avvisas som bevisning.

3 § Ledamöterna i Dispute Board (DB) får inte avslöja något för tredje man om de handlingar eller den verksamhet som förekommer i dess prövning av tvisten. Handlingarna som ledamöterna i DB får tillgång till skall vara konfidentiella. Ledamöterna lyder under en strikt sekretessförpliktelse båda under arbetets gång samt därefter och får inte heller höras inför domstol eller skiljenämnd. Alla beslut från DB skall avvisas som bevisning vid det fall att tvist blir föremål för rättslig prövning i domstol eller skiljeförfarande.

Genom klausulens formulering vill parterna binda ledamöterna i DB till en sekretessförpliktelse. Den uppmärksamme läsaren har dock noterat att det inte bara är DB-ledamöterna som blir bundna av detta stadgande. Parterna begränsar processmaterialet i tvisten till att inte kunna omfatta vittnesmål eller beslut från DB:n. Dessutom kan klausulen ses som en *instruktion till skiljenämnd eller allmän domstol* avseende hanteringen av sådan bevisning om den åberopas av någon av parterna. Låter detta verkligen sig göras i den utsträckning som parterna tänker sig och vilka sanktioner kan komma i fråga vid ett brott mot klausulen?

4.1 EKMR och rätten till en rättvis rättegång

Dispositiva tvistemål i allmän domstol omfattas av Europakonventionens (EKMR) art 6. Stadgandet tillerkänner alla medborgare i konventionsanslutna stater en rätt till en rättvis rättegång i statlig regi. Begreppet ”rättvis rättegång” innebär bland annat att domstolen ska vara oberoende, offentlig, rättvis mot den enskilde och att domstolsprövning ska ske inom skälig tid.⁶⁹ Det finns möjlighet att avstå prövningsrätten i allmän domstol till förmån för prövning i skiljeförfarande. Ett giltigt avtal om att framtida tvist ska slitas i skiljeförfarande innebär som bekant att allmän

⁶⁹ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 3: e uppl., Stockholm, 2007, s. 134ff och 144.

domstol är förhindrad att pröva saken materiellt.⁷⁰ Vid ett skiljeförfarande har parterna alltså avstått från rätten till allmän domstolsprövning. Att parterna även avstått rätten till ett offentligt förfarande är klarlagt.⁷¹

Frågan huruvida ett sådant avstående (skiljeavtal) också innebär att parterna avsäger sig andra processuella rättssäkerhetsgarantier har varit föremål för europadomstolens prövning. Genom praxis har fastslagits att en skiljeklausul inte är att betrakta som ett totalt avstående från grundläggande rättssäkerhetsgarantier, utan endast utgör ett partiellt avstående. Det är dock fortfarande oklart exakt vilka rättigheter som kan göras gällande även i ett skiljeförfarande. I doktrin har framhållits att framförallt tre tolkningsdata ska vara utslagsgivande vid bestämmande om parterna i ett skiljeavtal gjort giltiga avståenden från EKMR: Huruvida parterna ingått skiljeavtalet *frivilligt*, vilken *betydelsegrad* rättigheten i fråga innehar och vid vilken *tidpunkt* (före eller efter tvist uppstått) avståendet gjorts.⁷²

Utgångspunkten för uppsatsen är att parterna ingår tvistlösningsavtalet frivilligt. Av den anledningen kommer inte detta kriterium diskuteras närmare här.

Vilken dignitet som rättigheter i fråga har kan spela roll vid fastställande av huruvida avståendet är giltigt. Det anses inte vara möjligt att *på förhand* avsäga sig rätten till ett rättvist ("fair") förfarande. Av begreppet följer att skiljenämnden ska vara opartisk, att vardera parten ska ha möjlighet att tillvarata sin rätt och att parterna ska behandlas lika. Detta innebär också att båda parter ska, under lika villkor, utse skiljenämnden.⁷³

Som redan påpekats resulterar skiljedomar i en exekutionstitel. Sålunda är detta en privat rättskipningsform som kan bli föremål för statliga sanktioner. Med anledning av dess rättsverkningar har staten möjliggjort att en skiljedom kan klandras i allmän domstol.⁷⁴ Ett skiljeavtal som avskär parterna från rätten att föra en sådan klandertalan har inte ansetts vara förenligt med EKMR.⁷⁵

Tidpunkten har betydelse eftersom den står i direkt relation till om part har av sagt sig en rättighet när denne haft möjlighet att utnyttja den eller ej. Vi kan tänka oss situationen att parterna på förhand kommer överens om vissa processuella regler ska gälla för skiljeförfarandet som därigenom begränsar rättssäkerheten. När tvist sedan uppstår kan det anses oskäligt att inte kunna åberopa dessa grundläggande rättigheter *för att part inte haft möjlighet att ta ställning till dessa under aktuell tvist*. Om part i stället, under en pågående

⁷⁰ Ibid. s. 178 samt 10 kap 17 § 1 p. RB.

⁷¹ *Nordström-Janzon and Nordström Lehtinen v. the Netherlands*, App. No. 28101/95, beslut den 27 november 1996.

⁷² Heller, Kurt, Constitutional limits of arbitration, *Stockholm Arbitration Report 2000*, s. 12ff.

⁷³ Ibid. s. 15ff., Petrochilos, Georgios, *Procedural Law In International Arbitration*, Oxford, 2004, s. 144ff.

⁷⁴ Heuman (a), a a. s. 17ff.

⁷⁵ Heller, a a. s. 17.

tvist, avstår från att göra en sådan rättighet gällande, är detta att förstå som ett giltigt avstående från EKMR art 6. Ett exempel kan vara betydande: Om en part i ett skiljeförfarande tar del av uppgifter om en av skiljemännen som skulle kunna vara grund för jäv måste denne göra en missnöjesanmälan till skiljenämnden. Vid det fall att anmälan om missnöje inte görs prekluderas rätten att senare föra klandertalan på grund av jävssituationen. Part anses således ha gjort ett giltigt avstående från rätten till opartiskhet.⁷⁶ En sådan ordning återfinns även i den svenska LSF:s 34 § 2 st när det gäller klandertalan.⁷⁷

Kanske ställer sig läsaren frågande till varför EKMR och dess tillämplighet på skiljeförfarande är relevant att redovisa i detta kapitel. En rättvis rättegång innebär, som ovan anförts, bland annat att part ska ha möjlighet att tillvarata sin rätt. Detta innebär en rätt att utforma sin talan och att underbygga denna med hjälp av bevisning. Eftersom parterna i klausulen som inleder kapitlet kommer överens om att utesluta viss bevisning i en framtida rättslig prövning kan en sådan överenskommelse således komma att påverka parts möjlighet att tillvarata sin rätt. Det är därför av vikt att fundera över om och vid vilken tidpunkt parterna kan träffa avtal som begränsar processuella friheter utan att dessa strider mot grundläggande mänskliga rättigheter. Denna diskussion kommer att utvecklas i kap 4.6.

4.2 Sekretessförpliktelse

Vid projekt som rör stora ekonomiska belopp finns det ofta ett intresse hos parterna att en eventuell tvist inte ska komma till allmänhetens kännedom. På så sätt vill man undvika negativ uppmärksamhet från massmedia och minimera risken att framställas i ofördelaktig dager. Den kanske allra tyngst vägande orsaken till att välja ett konfidentiellt förfarande är att minimera risken för att känsliga uppgifter rörande företaget blir offentliga.⁷⁸

Förhandlingen i allmän domstol omfattas av offentlighetsprincipen vilket inte privata tvistlösningar som skiljeförfarande eller Dispute Boards gör.⁷⁹ Länge ansågs en tystnadsplikt för parter och skiljemän följa av skiljeförfarandets privata natur. Det ansågs vara en del av skiljeförfarandets *naturalia negotii*; att det har en naturlig samhörighet med rättshandlingen i fråga.⁸⁰ Senare tids praxis har dock påvisat att någon tystnadsplikt för *part* i skiljeförfarande inte existerar såvida det inte finns ett särskilt avtal om sekretess i förfarandet.⁸¹ Den allmänna uppfattningen är att en *skiljeman* har

⁷⁶ *Suovaniemi and Others v. Finland*, App. No 31737/96, beslut den 23 februari 1999, Mulcahy, Leigh-Ann, *Human Rights and Civil Practice*, London, 2001, s. 440f.

⁷⁷ Här stadgas inledningsvis: 'En part har inte rätt att åberopa en omständighet som han genom att delta i förfarandet utan invändning eller på annat sätt har avstått från att göra gällande'.

⁷⁸ Heuman (a), a a. s. 30f.

⁷⁹ Ibid. s. 30.

⁸⁰ Jarvin, Sigvard, Sekretess i svenska och internationella skiljeförfaranden, *JT 1996/97*, s. 149-170. Heuman (a), a a. s. 33.

⁸¹ NJA 2000 s. 538.

anförtrotts ett uppdrag av parterna gemensamt. Genom uppdraget är skiljemannen bunden av en lojalitetsplikt gentemot parterna. Lojalitetsplikten medför att skiljemannen också är skyldig att iaktta tystnadsplikt.⁸²

Det som nu sagts gäller alltså skiljemän. Huruvida skiljemannens lojalitetsplikt kan överföras analogt på det uppdrag som DB:s ledamöter har är oklart. Om ledamoten innehar uppdraget i egenskap av advokat grundar detta en lojalitetsplikt i sig. Advokaters uppdrag insorteras under en form av immateriella tjänster som utförs av *syssloman*. Munukka definierar:

” En syssloman är en uppdragstagare eller annan, som på grundval av fullmakt eller annan behörighetsgrund, som i högre utsträckning har till uppgift att aktivt tillvarata huvudmannens intressen [...] Sysslomannens uppdrag eller befogenhet bygger helt på att denne skall *stödja huvudmannen*.”⁸³

Särskilt när det gäller advokater innefattar lojalitetsplikten också en skyldighet att inte röja uppgifter som rör uppdraget.⁸⁴ Det kan dock påpekas att lojalitetsplikten för advokater, när de anlitas för att slita en tvist, är något annorlunda än vid det traditionella advokatuppdraget (med endast en klient). Främst innebär då lojalitetsplikten att advokaten ska utföra uppdraget efter de anvisningar han fått av parterna.⁸⁵

Om ledamoten i DB:n i stället är ingenjör eller liknande är det inte självklart att denne också är en typ av syssloman som ska iaktta tystnadsplikt av egen drift.⁸⁶ Följaktligen anser jag att det är klokt att reglera sekretessen i ett särskilt avtal, såsom parterna gjort i klausulen ovan.

Ett visst skydd mot sådan information som betraktas som företagshemligheter upprätthålls, utan att parterna särskilt avtalat därom, genom lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Lagens tillämpningsområde är dock begränsat till uppgifter som motsvarar kriterierna för företagshemligheter. För att komplettera FHL och förstärka ansvaret kan ett särskilt avtal utvidga sekretesspliktens område. Avtal om skyldighet att iaktta sekretess regleras inte i någon särskild lag.⁸⁷

⁸² Cars, Thorsten, *Lagen om skiljeförfarande – En kommentar*, 3:e uppl., Stockholm, 2001, s. 71, Munukka, a. a. s. 314ff. Munukka kallar det för anförtroendemodellen och menar att en omfattande lojalitetsplikt följer av att en syssloman (advokater och ombud) anförtros ett uppdrag. I lojalitetsplikten återfinns allmänt en skyldighet att tillvarata uppdragsgivarens intressen. Se även Magnusson, Kristoffer, *Avtal om sekretess i skiljeförfarande, JT 2002/03*, s. 163.

⁸³ Munukka, a. a. s. 315.

⁸⁴ *Ibid.* s. 314 ff.

⁸⁵ Westberg (2008), a. a. s. 578.

⁸⁶ Att märka är dock att Edlund anser att en värderingsman åläggs en sekretessplikt vilken följer av ”allmänna principer för uppdragsavtal”. Se a. a., s. 315.

⁸⁷ Magnusson, a. a. s. 172 och Ramberg, Christina, *Kontraktstyper*, 2:a uppl., Stockholm, 2006, s. 289.

Vid utformningen av sekretessklausuler är det viktigt att tydligt klargöra vilka subjekt som binds och att dessa har tystnadsplikt.⁸⁸ Allmänna avtalsrättsliga principer är tillämpliga också på sekretessklausuler och även om avtalet i fråga till exempel inte bryter vittnesplikten i allmän domstol blir parterna civilrättsligt bundna. Om part väljer att åsidosätta den avtalade tystnadsplikten medför den civilrättsliga bundenheten sålunda att påföljder enligt allmänna principer aktualiseras.⁸⁹

I denna del har jag hittills endast berört det avtal om tystnadsplikt som klausulen ovan utgör mellan parterna och ledamöterna i DB:n. Det går dock att betrakta bevisöverenskommelsen ovan på ett ytterligare sätt: Som ett avtal mellan parterna att inte röja innehållet i DB:s rekommendation vid en senare rättslig prövning i skiljenämnd eller allmän domstol.

Under detta arbetes gång har mina kontakter med praktiker visat att det förekommer att en part, som träffat ett dylikt avtal, ändå genom sitt ombud, frekvent hänvisar till uttalanden som gjorts av DB:n vid en senare rättslig förhandling, vilket strider mot tvistlösningsavtalet och klausulen ovan. Ett uttalande av Heuman kan vara belysande:

”En advokat som åtar sig att vara ombud för en part har enligt RB 8:4 st 1 skyldighet att förtiga vad han får kännedom om i sin yrkesutövning när god advokatsed kräver detta. Vill klienten att hans advokat skall offentliggöra något rörande tvisten kan klienten lösgöra advokaten från hans tystnadsplikt. Denna tystnadsplikt tillgodoser således inte motpartens intresse. Om båda parter på grund av ett avtal har tystnadsplikt kan en part inte utan motpartens medgivande ge sitt ombud rätt att avslöja förhållanden rörande tvisten.”⁹⁰

På grund av den statliga civilprocessens offentliga karaktär är det tämligen självklart att part bryter mot sekretessavtalet om sådana hänvisningar görs i allmän domstol. Frågan är dock om motparten kan göra avtalsbrott gällande i ett privat skiljeförfarande. Eftersom skiljeförfarandet inte är offentligt kommer endast skiljemännen och parterna ta del av informationen. Även om hänvisningar till DB:s beslut görs i skiljeförfarande – vilket skulle medföra avtalsbrott - blir det mycket svårt att påvisa att en part lidit skada på grund av detta.

4.3 Bevisöverenskommelser i allmän domstol

Civilprocessen i allmän domstol utmärks i stor utsträckning av dispositionsprincipen vilken kommer till uttryck i 17 kap 3 § RB. Kännetecknande för dispositiva tvistemål är att parterna äger förfoga över det material som ska komma till rättens kännedom. Dessutom sätter

⁸⁸ Heuman, Lars, Tystnadsplikt och underlåtenhet att ställa säkerhet i skiljetvist, *JT* 2001/02, s. 670.

⁸⁹ Magnusson, a a. s. 172.

⁹⁰ Heuman (2001/02), a a. s. 670.

parterna, genom sina yrkanden och grunder, ramen för vad rätten ska döma över. Vad som utgör ett dispositivt tvistemål uttrycks ofta genom frasen att *saken är sådan att förlikning därom är tillåten*.⁹¹ Om överenskommelsen som vi ser ovan tolkas som att parterna avtalar om att inte åberopa viss bevisning kan den vara helt oproblematiske: Eftersom det är parterna som förfogar över processmaterialet kan de komma överens om att inte föra in ett visst material i processen. I sådana fall blir ju inte rätten ens medveten om bevismaterialet i fråga.⁹²

Om parterna väljer, i strid med klausulen ovan, att åberopa vittnen eller skriftlig bevisning kan svårigheter uppstå. Dispositiva tvistemål präglas, liksom annan prövning i allmän domstol, av den fria bevisprövningens princip. Sålunda finns det i stort sett ingen begränsning avseende vilka bevismedel som får användas och dessa får värderas fritt av domaren.⁹³ Här är det dock av vikt att nämna att den yttersta gränsen för den fria bevisprövningen utgörs av 35 kap 7 § rättegångsbalken, genom vilken det finns utrymme för domaren att inte tillåta onödigt eller onödigt kostsam bevisning.

Frågan huruvida rätten tar hänsyn till en överenskommelse om att viss bevisning inte får åberopas eller ska avvisas är omdiskuterad. I doktrin har på senare år framförts olika uppfattningar.

En ståndpunkt är, med hänvisning till principen *jura novit curia* och principen om fri bevisprövning, att domstolen har monopol på den rättstillämpning och bevisvärdering som förkommit i målet. Detta arbete kan alltså inte parterna styra. Vidare gör sig inte dispositionsprincipen alls lika påmind när det gäller den *processuella* rätten. Således kan parterna, efter att en talan blivit anhängigjord i domstol, i det närmaste inte påverka utformningen av själva *förfarandet*.⁹⁴ Härav följer också den allmänna uppfattningen inom svensk rätt att avtal i processuella frågor är ogiltiga, om det inte finns lagstadgade undantag.⁹⁵ Ett försök att begränsa bevismaterialet kan klassificeras som ett processuellt avtal, vilket i så fall medför att ett sådant avtal inte kan göras gällande i ett dispositivt tvistemål.

En annan inställning är att det är rimligt att parterna får avtala om allt utom bevisvärdet i ett bevismedel och att rätten bör ta hänsyn till sådana avtal. Denna åsikt bygger i stort på att sådana överenskommelser inte strider mot dispositionsprincipen, just för att parterna själva kan bestämma vilka bevis

⁹¹ Ekelöf, Per-Olof och Edelstam, Henrik, *Rättegång – första häftet*, 8:e uppl., Stockholm, 2005, s. 59. Det är också endast dispositiva tvistemål som kan vara föremål för avtal om skiljeförfarande. För en utförlig diskussion om dispositionsprinciper se även Larsson, Sven, *Dispositionsprinciper och dispositiva tvistemål*, SvJT 1980, s 577-605.

⁹² Lindell, Bengt, *Partsautonomin gränser*, Uppsala, 1988, s. 124ff.

⁹³ Ekelöf, Per Olof och Boman, Robert, *Rättegång – fjärde häftet*, 6:e uppl., Stockholm, 2005, s. 20f.

⁹⁴ Ekelöf och Edelstam, a a. s. 59ff. och 17 kap 3 § rättegångsbalken.

⁹⁵ Fitger, Peter, En kommentar till rättegångsbalken på Internet vid 49:2§, Westberg (2005), a a. s. 354.

som ska förebringas i dispositiva tvistemål.⁹⁶ Det bör dock nämnas att domaren, enligt 35 kap 6 § RB, av egen drift kan komplettera utredningen i viss mån.

Lindell, som tillhör de mest aktiva förespråkarna för det senare synsättet, kan inte anses vunnit gehör för detta i praxis.

En intressant iakttagelse är dock att HD haft möjlighet att ta ställning i spörsmålet om processuella avtals giltighet, men undvikit frågan.⁹⁷ I avsaknad av vägledande avgöranden på området är utgångspunkten alltså att processuella avtal är ogiltiga om det inte finns undantag i lag. Detta innebär alltså att domaren kan lämna en sådan klausul utan avseende eftersom denna strider mot allmänna rättsgrundsatser.⁹⁸ Följden, i vårt fall, skulle sannolikt bli att klausulen inte får verkan i allmän domstol. Eftersom ledamöterna i DB:n inte omfattas av frågeförbudet i 36 kap 5 § RB lyder de under den allmänna vittnesplikten och eventuella beslut kan återopas som skriftlig bevisning i vanlig ordning.⁹⁹

4.4 Bevisöverenskommelser i skiljeförfarande

En av de fördelar som ofta framförs i samband med skiljeförfarande är att parterna har stor möjlighet att påverka utformningen av förfarandet. Inom ramen för *principen om partsautonomi* kan parterna träffa avtal om förfarandet redan innan en tvist har uppstått. Det kan till exempel handla om att bestämma att ett visst skiljedomsreglemente ska appliceras på tvisten eller upprätta en tidsplan för handläggningen. Heuman framhåller att principen kanske främst har betydelse i den mening att skiljemännen inte bör fatta några viktiga processuella beslut utan att efterfråga parternas åsikt i frågan.¹⁰⁰

LSF är tillämplig på alla skiljeförfarande som äger rum i Sverige. Principen om partsautonomi har även varit tongivande för LSF och medför att parterna kan avtala bort en stor del av lagens bestämmelser. Vilka regler som är dispositiva eller tvingande framgår dock inte helt av lagtexten. Klart är att parterna inte kan träffa avtal som åsidosätter grundläggande

⁹⁶ Lindell (1988), a a. s. 124 ff.

⁹⁷ NJA 1994 s. 712 och Westberg (2005) a a. s. 354ff. Fallen (tre stycken i samma avgörande) är också refererade av Westberg i denna artikel.

⁹⁸ Adlercreutz, a a. s. 289.

⁹⁹ Se också Ekelöf och Boman, a a. s. 174-180. Advokater omfattas av frågeförbudet och har en lagstadgad tystnadsplikt enligt 8 kap 4 § RB. Det skulle dock vara märkligt om frågeförbudet kunde sätta vittnesplikten ur spel vid det fall att en advokat agerat ledamot i en DB. Denne utför ju uppdraget på *båda* parternas vägnar och kan inte avslöja något som båda parterna inte redan är medvetna om. Således uppträder inte DB-ledamoten inom advokatyrkets ramar vid utförandet av uppgiften. Sekretessintresset kan inte, enligt min uppfattning, väga tyngre, än intresset av att uppnå en materiellt riktig dom, i förevarande fall.

¹⁰⁰ Heuman (a), a a. s. 266ff., Lindskog, a a. s. 67ff och Madsen, a a. s. 41.

rättssäkerhetskrav. Givet är också att parterna måste, för att minimera risken för en framtida klander- eller ogiltighetstalan, ta hänsyn till LSF:s 33 och 34 §§.¹⁰¹

Ovan har jag påtalat att parterna avser att träffa en överenskommelse om begränsning av bevisningens omfattning. Av 1 § LSF framgår att det endast är mål av dispositiv karaktär som får lämnas till avgörande av en skiljenämnd. Återigen är det av vikt att påpeka att en bevisöverenskommelse mellan parterna är fullt möjlig vid dispositiva mål. Det utgör över huvud taget inget problem så länge parterna agerar i enlighet med vad som avtalats.

Den väsentliga frågan i denna del är om ett sådant avtal har större genomslagskraft i ett skiljeförfarande än vad det skulle ha haft i allmän domstol. Kan skiljemännen avvisa bevisning i form av vittnesmål eller beslut från DB:n om en part väljer att föra fram denna i strid med överenskommelsen?

Enligt doktrin är det helt genomförbart för parterna att avtala om både tillåtlig bevisning och dess värde. Dessutom kan ett sådant avtal träffas både före och efter en uppkommen tvist.¹⁰² Gränsen för hur inskränkande ett bevisavtal kan vara beror på möjligheten att överblicka dess konsekvenser.¹⁰³ I enlighet med LSF ska skiljemännen ge parterna tillfälle att i all behövlig omfattning utforma sin talan skriftligt eller muntligt. Regeln, som är tvingande, kommer till uttryck i lagens 24 § 1 st. I linje med detta lagrum anser Heuman att parterna kan sluta avtal om att viss bevisning inte får återopas, så länge parterna kan styrka sina påståenden med andra bevismedel.¹⁰⁴ Vidare kan ett oskäligt bevisavtal, som till exempel avskär parterna helt från att återopa bevisning, jämkas med stöd av 36 § AvtL.¹⁰⁵

Ett viktigt påpekande bör göras i anslutning härtill: Om skiljemännen *felaktigt* avvisat bevisning rör det sig om ett processuellt fel. Följaktligen skulle ett sådant handläggningsfel kunna utgöra grund för klander.¹⁰⁶

4.5 Påföljder vid avtalsbrott

Inledningsvis påpekades att ledamöterna i DB:n åläggs en tystnadsplikt. Min uppfattning är att det intressanta för framställningen inte är huruvida nämndledamöterna följer denna tystnadsplikt: I dessa sammanhang betraktas sekretessen som en form av hederskod och risken för att inte

¹⁰¹ Madsen, a a. s. 41 och 50f.

¹⁰² Lindskog, a a. s. 59. Dock framgår det inte av uttalandet huruvida författaren övervägt förenlighet med EKMR art 6.

¹⁰³ Lindell (1988), a a. s. 124.

¹⁰⁴ Heuman (a), a. s. 273.

¹⁰⁵ Ibid. samt Lindell (1988), a a. s. 125.

¹⁰⁶ Heuman (a), a a. s. 584ff.

engageras för liknande uppdrag i framtiden verkar som ett starkt incitament för nämnden att följa sekretessförpliktelsen.

Av betydligt större intresse är vad som händer om parterna i tvistlösningavtalet bryter mot överenskommelsen i klausulen ovan. Således kommer konsekvenser av *parternas* avtalsbrott diskuteras i det följande.

Ett avtalsbrott aktualiserar normalt en rad påföljder. Den skadelidande kan till exempel välja att innehålla den egna prestationen, kräva fullgörelse, häva avtalet eller begära att utfå ekonomisk kompensation för den skada som motparten orsakat. Valet av påföljd har naturligtvis ett nära samband med vilken typ av avtal som parterna ingått.¹⁰⁷ Eftersom vi i detta fall har att göra med en typ av avtal som syftar till att säkerställa en negativ förpliktelse; att iaktta sekretess och att inte åberopa viss bevisning, är det främst skadestånd som kan bli aktuellt.¹⁰⁸

Enligt allmänna kontraktsrättsliga principer ska ersättning till det positiva kontraktsintresset utgå vid ett sådant avtalsbrott. Detta innebär att den skadelidande ska försättas i samma ekonomiska situation som om avtalsbrottet aldrig inträffat.¹⁰⁹

En förutsättning för skadestånd är dock att den skadelidande kan påvisa att det finns ett samband mellan avtalsbrottet och skadan som part lidit. Dessutom ska sambandet vara adekvat i den mening att det ska vara en rimlig konsekvens som är möjlig för parten att förutse.¹¹⁰

Två huvudsakliga problem uppenbarar sig om en part, i vårt fall, åberopar bevisning i strid med överenskommelsen: För det första är parterna inte förhindrade att föra fram samma bevisning som legat till grund för DB:s rekommendation. Detta medför att det nära nog kan bli omöjligt att leda i bevis att just själva rekommendationen eller vittnesmål från DB:s ledamöter varit avgörande för den rättsliga utgången i målet. För det andra kan det bli mycket svårt att visa på en faktisk skada om den skadelidande trots allt lyckas påvisa ett samband.

Med hänsyn till det ovan anförda kan det ligga i parternas intresse att komplettera avtalet med en vitesklausul. Genom vite är det möjligt att på förhand bestämma ett belopp som ska utges vid brott mot åtagandet.¹¹¹ Om beloppet bestäms väldigt högt, och på så sätt leder till oskäligen rättstillämpning, kan dock avtalsvitet bli föremål för jämkning.¹¹²

¹⁰⁷ Ramberg och Ramberg (2007), a a. s. 222.

¹⁰⁸ Ramberg (2006), a a. s. 290.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ramberg och Ramberg (2007), a a. s. 236f.

¹¹¹ Ramberg (2006), a a. s. 290.

¹¹² Ramberg och Ramberg (2007), a a. s. 242. I anslutning till frågan om jämkning påpekar dock författarna att jämkning med stöd av 36 § AvtL inte har skett i svensk rätt. Vidare manar man till försiktighet vid användandet av vitesklausuler i samband med angloamerikansk rätt, inom vilken så kallade "penalty clauses" är förbjudna.

4.6 Sammanfattande synpunkter

Några saker förtjänar att beröras *de lege ferenda*. Parterna har i klausulen ovan kommit överens om att DB:s rekommendation och att ledamöterna i nämnden inte ska få användas som bevisning vid en framtida rättslig prövning. Ett relevant spörsmål är huruvida en sådan överenskommelse inverkar på rätten till en rättvis rättegång (enligt EKMR) och parts möjlighet att tillvarata sin rätt. Här skulle jag vilja skilja mellan två tänkbara situationer.

Vid den första situationen har vi att göra med en överprövning av DB:s rekommendation som föregåtts av en missnöjesanmälan och därmed inte blivit ”slutlig och bindande”(kap 3.2.1). Tvisten prövas då i sin helhet i allmän domstol eller skiljeförfarande. Parterna kan åberopa all bevisning som åberopades inför DB:n och som dess beslut grundade sig på. Således är det bara vittnesmål från DB-ledamöterna samt DB:s rekommendation som utesluts genom bevisöverenskommelsen i klausulen ovan. Det står parterna givetvis fritt att åberopa annat expertutlåtande. Under dessa förhållande anser jag att parternas möjlighet att tillvarata sin rätt är tillräcklig och överenskommelsen bör inte utgöra en kränkning av rätten till en rättvis rättegång.

I den andra situation som jag har i åtanke har en slutlig bundenhet uppkommit mellan parterna (kap 3.2.3). Om part vill angripa rekommendationen på den grund att DB:n har begått ett fel vid bedömningen eller i handläggningen av tvisten som föranlett ett oskäligt avtalsinnehåll kan det inte vara rimligt att vittnesmål från DB-ledamöterna eller dess rekommendation inte ska få tas upp som bevisning. En sådan ordning skulle, enligt min uppfattning, inverka menligt på klagande parts möjlighet att utforma talan i behövlig omfattning. Denna utveckling är inte heller något som parterna rimligen kan ta ställning till vid den tidpunkt då de författar tvistlösningsavtalet. Av resonemanget följer att bevisinskränkningar enligt klausulen ovan inte borde tillerkännas verkan vid en talan som är hänförlig till DB:s handläggning och metod vid det fall att en ”slutlig och bindande” civilrättslig effekt uppstår.

Diskussionen ovan är alltså hänförlig till bevisavtals förenlighet med EKMR. Jag övergår nu till frågan om bevisöverenskommelsens verkan i svensk civilprocess i övrigt.

Om part, i strid med avtalet, väljer att föra fram bevisning i allmän domstol kommer rätten sannolikt inte att ta hänsyn till parternas bevisöverenskommelse i den mening att bevisningen avvisas. Detta följer av principen i svensk rätt, att processuella avtal *per se* är ogiltiga, såvida det inte finns lagstadgade undantag. Möjligen skulle avtalet kunna medföra att DB:s rekommendation och vittnesutsagor tillerkänns ett lägre bevisvärde. Jag drar här paralleller till det faktum att det strider mot god advokatsed att i en senare domstolsprocess åberopa ett av motparten framfört

förlikningserbjudande utan dennes samtycke. Dylika åberopanden tillmäts vanligen inte någon betydelse ur bevissynpunkt.¹¹³

I dansk rätt finns exempel på att parterna inte får åberopa vad som framkommit under *maegling* och *mediation* i en senare rättslig prövning.¹¹⁴ Dessa förfaranden är en typ av förlikningsförhandlingar och medling som präglas av att uppnå en samförståndslösning. Inom en inte allt för snar framtid kan liknande förfaranden bli aktuella för svensk del genom en ytterligare form av domstolsanknuten medling. Tanken är att parterna ska kunna anlita en medlare genom tingsrättens försorg. Till skillnad från dagens nuvarande former för förlikningsförhandlingar och medling är det inte domaren i en senare process som leder medlingen. Medlaren är således helt oberoende från en eventuell rättegång och parterna står gemensamt för kostnaderna. I utredningen framhåller man särskilt att sammanträdet med medlaren inte ska vara offentligt och att medlaren ska lyda under frågeförbudet i 36 kap 5 § RB. Anledningen till detta är att syftet med medlingen inte skulle kunna uppnås fullt ut om inte parterna känner sig fria att föra en uppriktig dialog utan att riskera att detta yppas i en senare rättegång.¹¹⁵

Skillnaden mellan ett medlingsförfarande och ett DB-förfarande är att medlingen syftar till att uppnå en samförståndslösning. Medlaren har inte en dömande uppgift, vilket DB:n har. Icke desto mindre kan de tänkta förändringarna i den domstolsanknutna medlingen föranleda ett skifte i synsätt även vad det gäller andra former av privat tvistlösning och överenskommelser om inskränkningar i bevisning som är hänförliga till dessa.

I ett skiljeförfarande får det, enligt ovan anförda resonemang (kap 4.4), anses klarlagt att bevisöverenskommelser är giltiga. Detta är en följd av principen om partsautonomi och skiljenämnden bör sålunda se bevisöverenskommelsen som en instruktion avseende handläggningen.

Slutligen finns det en generell svårighet vid avtal om att använda sig av DB-förfaranden och vid bevisöverenskommelser i anslutning till detta: Om en part väljer att bryta mot vad som avtalats kan det bli väldigt svårt att påvisa ett samband med en eventuell skada för att göra påföljder vid avtalsbrott gällande. Det har därför framhållits i doktrin att parterna gör klokt i att knyta en vitesklausul till avtalet. Westberg ser dock ett principiellt problem med detta:

”[...]Fast, i många fall har ett sådant vite snarare en avtalsdisciplinerande funktion än en skadekompenserande, och man kan då ifrågasätta om det skall vara möjligt att döma ut ett sådant vite, om det inte ens kan påvisas någon skada. Poängen med avtalsvitet är normalt att den part, som drabbas av en skada, skall

¹¹³ SOU 2007:26, s. 130.

¹¹⁴ *Regler for mægling ved Voldgiftsnaevnet for bygge- og anlægsvirksomhet 7 § och Regler for mediation ved Voldgiftsnaevnet for bygge- og anlægsvirksomhet 7§.*

¹¹⁵ SOU 2007:26, s. 121-130, 271-274, 77 och 279-286.

slippa bekymret med att fullt ut bevisa skadans omfattning och värde
– tanken är inte att ersätta någon för en skada som inte har uppstått.”¹¹⁶

Trots detta principiella bekymmer har jag svårt att tänka mig någon annan lösning än att koppla ett avtalsvite till tvistlösningsavtalet. Framförallt eftersom det torde ha en handlingsdirigerande effekt på parterna.

I projekt där parterna väljer att inrätta en DB är det ofta synnerligen stora värden i omlopp. Ett eventuellt problem som kan uppstå på grund av detta är att vitesbeloppen måste sättas mycket högt för att verka ”avskräckande”. Bortsett från att höga belopp, som nämnts, kan bli föremål för jämkning är det inte alldeles lätt för parterna att hantera spörsmålet om stora vitesbelopp vid de inledande avtalsförhandlingarna. Vi ska inte glömma att vid den tidpunkt när parterna sätter sig ner för att skriva avtal är de också oftast ”bästa vänner”. Även om parterna behandlar hur processen vid en eventuell tvist ska fortlöpa vid avtalsförhandlingen känns det således inte som ett långsökt antagande att den part som kräver gigantiska vitesbelopp i anslutning härtill lägger sordin på stämningen.

¹¹⁶ Westberg (2008), a a. s. 597.

5. Avslutande diskussion

Huruvida utformningen av Dispute Board-klausuler är förenliga med svensk rätt kan besvaras enligt den för oss jurister kända devisen: *Det beror på.*

Förfarandet inför en Dispute Board resulterar som bekant i ett avgörande som är *civilrättsligt bindande* för parterna, förutsatt att ingen av parterna anmäler missnöje med nämndens beslut och begär överprövning.¹¹⁷ DB:s rekommendation eller beslut blir sålunda gällande som avtalsinnehåll mellan parterna. Att på detta sätt överlåta till tredjeman att fylla ut ett avtal mellan två parter är inte något som är främmande för svenskt vidkommande. Vi känner igen det från olika typer av *godmansförfaranden* där till exempel en värderingsman har en liknande funktion vid företagsöverlåtelser. Av resonemanget följer att privata tvistlösningar av den här typen är förenliga med svensk rätt. En Dispute Boards behörighet att avgöra en tvist vilar på avtalsrättslig grund, och kan följaktligen inte betraktas som myndighetsutövning, men eftersom det ändå är fråga om ett slags rättsskipande verksamhet måste grundläggande rättssäkerhetsgarantier upprätthållas.¹¹⁸ För det fall att tvistlösningsavtalet lämnar specifika frågor oreglerade bör det även påpekas att parterna har en allmän lojalitetsplikt gentemot varandra. Denna torde även innefatta en skyldighet för parterna att ge varandra möjlighet att tillvarata sin rätt. Icke desto mindre bör parterna sträva efter att, så långt det är möjligt, reglera förfarandet. Det ligger i parternas intresse att försäkra sig om att tvistlösningsavtalet innehåller utförliga instruktioner för DB:s verksamhet. Som påpekats i kap 3.2.3 kan brister i DB:s arbete eller rekommendation leda till att part angriper avtalsutfyllnaden med stöd av avtalsrättsliga principer.

Parterna kan i tvistlösningsavtalet ha valt att överprövning av DB-förfarandet skall ske vid allmän domstol (inte genom skiljeförfarande). En överenskommelse om att använda sig av en Dispute Board har säkerligen ingen verkan som *sakprövningshinder* vid allmän domstol, för det fall att part väljer att anhängiggöra talan parallellt med ett DB-förfarande. Detta följer av principen att *processuella avtal per se är ogiltiga* såvida det inte finns lagstadgade undantag. Som ytterligare skäl har det i doktrin påtalats att rätten till domstolsprövning är ovillkorlig. Vidare kan det finnas praktiska skäl som talar för en sådan ordning. Det skulle vara synnerligen svårt för rätten att bedöma huruvida ett visst stilleståndsavtal utformats tillräckligt konkret och precist. Annorlunda torde det förhålla sig om tvistlösningsavtalet innehåller en skiljeklausul och DB-förfarandet ses som en del av denna. Då utgör ju skiljeklausulen i sig hinder mot en materiell

¹¹⁷ På annat sätt förhåller det sig enligt engelsk rätt där staten genom lagstiftning infört en form av *adjudication* för fastighetsrelaterade tvister. Avgörandet utgör grund för en summarisk process i domstol och kan således resultera i en exekutionstitel. Se Jaffe och McHugh, a a. samt the United Kingdom's Housing, Grants, Construction and Regeneration Act of 1996.

¹¹⁸ Jmf Heuman (1980), a a. s. 24ff.

prövning i allmän domstol (förutsatt att en av parterna uppmärksammar rätten på skiljeavtalet). Frågan huruvida skiljenämndens behörighet ska vara beroende av att ett eventuellt DB-förfarande fullbordats är något som praktiker bör fundera över vid utformandet av tvistlösningsavtal.

När det gäller svenska skiljeförfaranden är det mer oklart om ett pågående DB-förfarande får effekt som sakprövningshinder. Doktrin präglas av motstridiga uppfattningar. I teorin anser jag inte att det finns något som strider mot en sakprövningshindrande verkan. Min uppfattning grundar jag särskilt på det faktum att syftet med att använda Dispute Boards är att parterna ges en möjlighet till ett privat tvåinstansförfarande och därigenom bättre chanser till en materiellt riktig utgång. I praktiken kan både kostnads- och effektivitetsskäl tala *mot* att en skiljenämnd avvisar en tvist med anledning av att den redan är föremål för DB:s handläggning. Jag drar då paralleller till att det förekommer att skiljenämnder underkänner invändningar om att avtalade försteg, som förhandlings och medlingskrav, ej har blivit uppfyllda, med hänsyn till att betydande resurser redan har krävts för att sätta igång skiljeförfarandet. Om skiljenämnden ser sig tvingade att avvisa tvisten på grund av att det ouppfyllda försteget utgör hinder för prövning orsaker det en dyrare process för parterna.

Här finns dock anledning att skilja mellan olika typer av försteg. Förhandling och medling bygger på att uppnå en samförståndslösning, vilket kräver att parterna i grund och botten har en vilja att förhandla. En sådan vilja kan vara svår att vaska fram då en part, i strid med tvistlösningsavtalet, hänskjutit tvisten till skiljeförfarande. Om skiljenämnden avvisar talan kommer säkerligen inte detta att bidra till ett bättre förhandlingsklimat och resulterar endast i en mer utdragen process. Förfarandet inför en Dispute Board bär mer karaktär av rättsskipning och det krävs således inte att parterna är välvilligt inställda till varandra. Dessutom regleras vanligen DB-förfarandet mycket precist i tvistlösningsavtalet. De krav som har ställts på stilleståndsklausuler i internationell praxis avseende precision och konkretisering få på så sätt anses uppfyllda. Vid Internationella handelskammaren (ICC) får standardiserade överenskommelser om att använda en DB som försteg i processen verkan som sakprövningshinder. Praxis har visat att FIDIC:s standardkontrakt har en sådan effekt och så torde också vara fallet om parter väljer att använda ICC:s egenhändigt utformade *Dispute Board Rules*. Hur svensk skiljedomspraxis ställer sig till frågan är oklart. Jag ser emellertid inget skäl till att inställningen vid svenska skiljeförfarande skulle avvika från Internationella handelskammarens. För att, så långt det är möjligt, försäkra sig om att parterna följer överenskommelsen kan det vara en god idé att knyta en vitesklausul till tvistlösningsavtalet. En vitesklausul garanterar ju inte att parterna följer de steg i "tvistlösningshierarkin" som parterna avtalat om, men dess handlingsdirigerande effekt ska inte underskattas.

I uppsatsen har också förekommit exempel på att avtalsparter söker avtala om att rekommendationen och DB-ledamöterna ska avvisas som bevisning vid en senare rättslig prövning. Ett sådant avtal är inte förenligt med den fria

bevisprövningens princip som gäller i allmän domstol och om en part väljer att föra in bevisning som strider mot parternas bevisöverenskommelse skulle rätten inte vara bunden av avtalet. Vidare är ett sådant avtal processuellt till sin karaktär och inte ens vid dispositiva mål kan parterna påverka rättens bevisvärdering. Sålunda kan dylika överenskommelser inte anses vara förenliga med RB. Annorlunda förhåller det sig om parterna hänskjuter tvisten till skiljeförfarande. Inom ramen för *principen om partsautonomi* kan parterna träffa avtal om både tillåten bevisning och dess värde. Det finns dock problem som är svåra att hantera om en av parterna inte följer avtalet i en rättslig prövning. Svårigheten att påvisa ett samband mellan partens agerande och den rättsliga utgången i målet är ett av dem. Ett annat är att redogöra för en eventuell faktisk skada och dess storlek.

Under arbetets gång har jag många gånger funderat över om de eventuella fördelar med en bevisöverenskommelse av detta slag verkligen står i proportion till de nackdelar som ett avtalsbrott kan föra med sig. Jag har kommit fram till att det inte finns några objektiva skäl som talar *för* att en DB-rekommendation eller vittnesmål från nämndens ledamöter inte ska få användas som bevisning. Tvärtom kan det vara kontraproduktivt och orsaka ökade processkostnader. Förutsatt att ledamöterna i DB:n intar en värderingsfri hållning vid förekommande vittnesmål och begränsar sina uttalanden till rena faktafrågor bör dessa utgöra värdefull information vid den rättsliga bedömningen. Följaktligen anser jag inte att bevisöverenskommelser av den typ som återfinns i kap 4 ska användas i tvistlösningsavtalet.

Så till några avslutande reflexioner. Dispute Boards har utvecklats som ett svar på näringslivets behov av ändamålsenlig tvistlösning vid större byggprojekt. Användandet av tvistlösningsnämnder har de senaste åren ökat både internationellt och i Sverige. Ökningen har resulterat i att Internationella handelskammaren numera tillhandahåller reglementen för Dispute Boards som kan inkorporeras i ett huvudavtal. Ännu har det inte blivit aktuellt för Stockholms handelskammare att utforma institutionella regler för Dispute Boards. Stockholms handelskammare tillhandhåller dock regler både för skiljeförfaranden och medling och jag kan tänka mig att en reglering av Dispute Boards kan komma att utvecklas i framtiden. Detta skulle även kunna underlätta för parterna för det fall att man på ett smidigt sätt vill åstadkomma att DB:s rekommendation får status som exekutionstitel (genom en skiljedom).

Kritiken som länge riktats mot den statliga civilprocessen och på senare tid även mot privata skiljeförfaranden har varit omfattande. Främst har kritiken tagit sikte på att dessa båda former för tvistlösning tar både mycket tid och pengar i anspråk. Invändningarna som framförts mot civilprocessen har dock inte passerat omärkt förbi. Tvistemålsprocessen är föremål för omfattande modernisering där lagstiftaren hämtat inspiration även från privata former för tvistlösning. Särskilt tydligt kan detta märkas genom förslag på förändringar i den domstolsanknutna medlingen och ett förslag på ett slags förenklat tvistemålsförfarande. Den statliga konfliktlösningen

närmar sig sålunda den privata. Möjligen kommer detta att medföra att lagstiftaren väljer att utarbeta lagstiftning även avseende annan privat tvistlösning än skiljeförfarandet. Eftersom det råder oklarhet om vilka regler som är utfyllande rätt vid exempelvis privata tvistlösningsnämnder skulle en sådan lagstiftning vara behövlig. En framtida lagreglering bör dock i största möjliga mån vara dispositiv och endast tvingande avseende grundläggande rättssäkerhetgarantier.

Käll- och litteraturförteckning

- Adlercreutz, Axel *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., Studentlitteratur i Lund AB, Lund, 2002.
- Bunni, Nael G Recent Developments in Construction Disputology, *Journal of International Arbitration* 17(4) 2000, s. 105-115.
- Bruner, Philip A The historical emergence of construction law, *William Mitchell Law Review* 2007, s. 4-21.
- Cairns, David J.A The ICC Dispute Board Rules, *International Arbitration Law Review* 2005, 8(2), s. 41-44).
- Cremades, Bernardo, M. Multi-tiered Dispute Resolution Clauses, 2008-08-11. Artikeln är publicerad på Internet; www1.fidic.org/resources/contracts/cremades_2004.pdf -
- Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 3:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2007.
- Ekelöf, Per Olof
Henrik Edelstam. *Rättegång – första häftet*, 8:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2005.
- Ekelöf, Per Olof
Boman, Robert *Rättegång – fjärde häftet*, 6:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2005.
- Edlund, Lars Värderingsklausuler och tillträdesbokslut, *SvJT* 2007, s. 311-320.
- Fitger, Peter *Rättegångsbalken - en kommentar på Internet*. Tillgänglig via www.zeteo.se.
- Genton, Pierre M, The role of the DRB in long term contracts, *Construction Law Journal* 2002, 18(1) s. 8-19.
- Grauers, Per-Henning *Gode män: Användningen av godemän i svensk rätt*, Lunds universitet, Lund, 1994.
- Heller, Kurt Constitutional limits of arbitration, *Stockholm Arbitration Report* 2000, s 7-19.

- Heuman, Lars *Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder*, Nordstedts förlag, Stockholm, 1980.
- Heuman, Lars(a) *Skiljemannarätt*, Elanders Gotab AB, Stockholm, 1999.
- Heuman, Lars(b) *Skiljemans rätt att komplettera avtal*, Ur *Festskrift till Ulf K. Nordensson*, Elanders Gotab AB, Stockholm, 1999.
- Heuman, Lars *Tystnadsplikt och underlåtenhet att ställa säkerhet i skiljetvist*, *JT 2001/02*, s. 662-685.
- Jarvin, Sigvard *Sekretess i svenska och internationella skiljeförfaranden*, *JT 1996/97*, s. 149-170.
- Jaffe, Michael, E
McHugh, Ronan, J *U.S Project Disputes: Has time to consider Adjudication finally arrived?*, *Dispute Resolution Journal*, May-July 2007.
- Kansmark, Jan *Några anteckningar om Dispute Review Boards*, *JT 1995/96*, s. 958-963.
- Larsson, Sven *Dispositionsprinciper och dispositiva regler*, *SvJT 1980*, s. 577-605.
- Lindell, Bengt *Partsautonomins gränser*, Iustus förlag, Uppsala, 1988.
- Lindell, Bengt *Alternativ tvistlösning*, Iustus förlag, Uppsala, 2000.
- Lindskog, Stefan *Skiljeförfarande – en kommentar*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2005.
- McMillan, Daniel, D,
Rubin, Robert A *Dispute Review Boards: Key Issues, Recent case law, and Standard agreements*, *The Construction Lawyer*, Volume 25, No.2, Spring 2005.
- Madsen, Finn *Skiljeförfaranden i Sverige*, Jure förlag AB, Stockholm, 2005.
- Magnusson, Kristoffer *Avtal om sekretess i skiljeförfarande*, *JT 2002/03*, s. 163-183.
- Mulcahy, Leigh-Ann *Human Rights and Civil Practice*, Sweet and Maxwell, London, 2001.

- Munukka, Jori *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure förlag, Stockholm, 2007
- Petrochilos, Georgios, *Procedural Law In International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Ramberg, Christina *Kontraktstyper*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006.
- Ramberg, Jan
Ramberg, Christina *Allmän avtalsrätt*, 7:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2007.
- Söderlund, Christer *Multimodala tvistlösningsklausuler*, JT2005/06, s. 187-197.
- Westberg, Peter *Kontrakterad privatdomare*, Ur *Festskrift till Lars Heuman*, Jure förlag AB, Stockholm, 2008.
- Westberg, Peter *Från statlig till privat rättsskipning*, Ur *Festskrift till Hans Ragnemalm*, Juristförlaget, Lund, 2005.

Offentligt tryck

- KOM (2002) 196 *Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt.*
- Prop. 2004/05:131 *En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol.*
- SOU 2007:26 *Alternativ tvistlösning.*
- UHGCR *the United Kingdom's Housing, Grants, Construction and Regeneration Act of 1996.*

Internationella standardavtal och reglementen

- Dispute Board Rules* in force 1 September 2004, ICC No.: publication 829.
- FIDIC Conditions of Contract for PLANT and Design-Build*, 1st Edition, 1999.
- Regler for mægling och mediation ved Voldgiftsnaevnet for bygge- og anlægsvirksomhet*, 2008-09-03, tillgängliga på Internet, www.voldgift.dk/regler

Rättsfallsförteckning

Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter

Nordström-Janzon and Nordström Lehtinen v. the Netherlands, App. No. 28101/95, beslut den 27 november 1996.

Suovaniemi and Others v. Finland, App. No 31737/96, beslut den 23 februari 1999.

Nytt Juridiskt Arkiv

NJA 1994 s. 712

NJA 2000 s. 538

Övriga

Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd. [2002] E.V.H.C 2059 (comm)[2002]2A11 ER (comm) 1041.

Poiré v. Tripier, Cour de Cassation, Chambre mixte, No de pourvoi 00-19423, dom meddelad den 14 februari 2003.

Falu tingsrätt T 158-06, dom meddelad 2007-05-31.