



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Kristofer Magnusson

Sekretess i skiljeförfarande
*Särskilt om utformningen av
ändamålsenliga sekretessklausuler*

Examensarbete
20 poäng

Handledare:
Professor Peter Westberg

Processrätt
Avtalsrätt

Höstterminen 2001 / Vårterminen 2002

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syftesformulering	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Grundläggande begrepp	6
1.5 Material och metod	7
1.6 Disposition	8
2 SEKRETESS I SKILJEFÖRFARANDE ENLIGT SVENSK RÄTT	10
2.1 Tystnadsplikt för part	10
2.1.1 Rättsläget före <i>Bulbank</i>	10
2.1.2 <i>Bulbank</i>	12
2.1.3 <i>Bulbanks</i> praktiska implikationer	14
2.2 Tystnadsplikt för övriga aktörer	15
2.2.1 Utgångspunkter	15
2.2.2 Tystnadsplikt för skiljemän	15
2.2.3 Tystnadsplikt för ombud	18
2.2.4 Särskilt om advokater	19
2.2.5 Tystnadsplikt för vittnen, sakkunniga, m.fl.	22
3 SEKRETESS I SKILJEFÖRFARANDE UR ETT INTERNATIONELLT PERSPEKTIV	23
3.1 Sekretess i skiljeförfarande enligt angloamerikansk rätt	23
3.1.1 Engelsk rätt – traditionell inställning	23
3.1.2 Amerikansk avvikelse – <i>United States v. Panhandle</i>	27
3.1.3 Australiensisk avvikelse – <i>Esso/BHP v. Plowman</i>	28
3.1.4 Implikationer av <i>Esso/BHP v. Plowman</i>	30
3.2 Sekretess i skiljeförfarande enligt vissa kontinentaleuropeiska rättssystem	32
3.2.1 Fransk rätt	32
3.2.2 Tysk rätt	33

3.2.3	Schweizisk rätt	34
3.2.4	Enhetlig kontinentaleuropeisk princip?	34
3.3	Avsaknad av internationell enhetlighet	35
4	ALLMÄNNA UTGÅNGSPUNKTER FÖR AVTAL OM SEKRETESS I SKILJEFÖRFARANDE	36
4.1	Behov av särskild avtalsreglering	36
4.1.1	Fördelar med sekretess ur parts synvinkel	36
4.1.2	Behov av rättslig sanktion	38
4.1.3	Allmänna sekretessklausuler	40
4.1.4	Slutsats i fråga om behovet av särskild avtalsreglering	42
4.2	Allmänna riktlinjer för utformningen	43
4.3	Tillämplig lag	46
4.4	FHL:s betydelse för rättsverkan av avtal om sekretess i skiljeförfarande	50
4.4.1	Allmänt om FHL	50
4.4.2	Inskränker FHL friheten att avtala om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande?	51
4.4.3	FHL:s tillämplighet på skiljemän och ombud	55
5	NÄRMARE OM UTFORMNINGEN AV SEKRETESSKLAUSULER	58
5.1	Inledande kommentarer	58
5.2	Sekretesspliktens omfattning och innebörd	58
5.2.1	Utgångspunkter	58
5.2.2	Sekretessobjektet	59
5.2.3	Sekretesspliktens innebörd	64
5.2.4	Förslag på avtalstext	65
5.3	Omfattade subjekt	66
5.3.1	Utgångspunkter vad gäller sekretesspliktens subjektiva räckvidd	66
5.3.2	Parterna och deras anställda	67
5.3.3	Skiljenämndens ledamöter	70
5.3.4	Parternas ombud	73
5.3.5	Bevispersoner	75
5.3.6	Förslag på avtalstext	76
5.4	Undantag för särskilda situationer	77
5.4.1	Allmänt om behov av undantag	77
5.4.2	Samtycke från båda avtalsparterna	78
5.4.3	Upplyningsplikt grundad på lag	80
5.4.4	Upplyningsplikt grundad på avtal	84
5.4.5	Möjlighet att vända sig till domstol och exekutiva myndigheter	88
5.4.6	Andra tänkbara undantag	91
5.4.7	Förslag på avtalstext	94
5.5	Sanktioner	94
5.5.1	Ersättningskyldighet vid avtalsparts kontraktsbrott	94
5.5.2	Andra sanktioner vid avtalsparts kontraktsbrott	97
5.5.3	Behov av jämningsbestämmelse	99

5.5.4	Behörig prövningsinstans	100
5.5.5	Sanktioner vid skiljemäns åsidosättande av sekretessplikten	102
5.5.6	Förslag på avtalstext	103
5.6	Skiljedomsregler	103
5.6.1	Allmänt om betydelsen av skiljedomsreglementen	103
5.6.2	Skiljedomsreglementen med ringa reglering av sekretessfrågan	104
5.6.3	Skiljedomsreglementen med utförlig reglering av sekretessfrågan	106
5.6.4	Slutsatser beträffande betydelsen av skiljedomsreglementen	108
6	KONKLUSIONER OCH AVSLUTANDE DISKUSSION	109
6.1	Återknytning till arbetets syftesformulering	109
6.2	Modellklausul	110
6.3	Slutord	114
	BILAGA A UTDrag UR SKILJEDOMSREGLEMENTEN	116
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	119

Sammanfattning

En av skiljeförfarandets främsta förtjänster som tvistlösningsmetod sägs ofta vara dess konfidentiella natur. Man har, såväl i juridisk doktrin som bland aktörer i kommersiella skiljeförfaranden, traditionellt utgått från att sekretessplikt åvilar parter, ombud och skiljemän. Rättspraxis från senare år visar emellertid att denna uppfattning i många fall är oberättigad. I ett internationellt mycket omdiskuterat avgörande från år 1995, *Esso/BHP v. Plowman*, fann australiensiska High Court att någon allmän princip om sekretessplikt ej existerar under australiensisk rätt. I Sverige aktualiserades samma frågeställning genom det likaledes internationellt uppmärksammade målet *Bulbank*, i vilket HD nådde slutsatsen att parter i skiljeförfarande inte är underkastade tystnadsplikt om inte särskilt avtal ingåtts därom. Den internationella utvecklingen och, vad svensk rätt anbelangar, avgörandet i *Bulbank*, ger upphov till frågan om inte parter i framtiden bör förse sina skiljeavtal med särskilda avtalsbestämmelser om sekretess i skiljeförfarande.

Förevarande arbete utreder dels huruvida det är motiverat att komplettera skiljeklausuler i kommersiella avtal med särskilda sekretessklausuler skräddarsydda för skiljeförfarande, dels hur sådana klausuler i så fall lämpligen bör utformas. Ambitionen är att på grundval av en omsorgsfull rättslig analys tillhandahålla en praktisk handledning som utmynnar i en modellklausul för framtida användning i det praktiska rättslivet.

Arbetet innehåller en grundlig rättsutredning av det svenska rättsläget i fråga om sekretess i skiljeförfarande. Härvid undersöks i vad mån parter, skiljemän, ombud och bevispersoner är underkastade tystnadsplikt utan särskilt avtal därom. Arbetet innehåller vidare en genomgång av rättsläget i flertalet utländska rättssystem vilka är av särskilt intresse i samband med skiljeförfarande, däribland engelsk, amerikansk, tysk och fransk rätt. Utredningen ger bilden av ett internationellt splittrat rättsläge i frågan om sekretess i skiljeförfarande. Vidare innehåller arbetet överväganden kring behovet av särskild avtalsreglering om sekretess, utifrån pragmatiska och rättsliga utgångspunkter. Den slutsats som nås, såväl ur ett svenskt som ur ett internationellt perspektiv, är att det normalt är i avtalsparters intresse att förse sina avtal med särskilda föreskrifter om sekretess i skiljeförfarande.

Arbetet innehåller vidare en omfattande undersökning av de frågor som uppstår vid utformningen av en sekretessklausul specifikt relaterad till och skräddarsydd för skiljeförfarande. På grundval av grundlig rättslig analys förs omfattande diskussioner om den lämpliga utformningen i fråga om sekretessobjekt, ansvarsgrundande angrepp, sekretesssubjekt, undantag och sanktioner. Resultatet är en modellklausul som förhoppningsvis kan tjäna som utgångspunkt för avtalsskrivning i det praktiska affärs- och rättslivet.

Förord

Under arbetet med förevarande uppsats har jag erhållit värdefullt bistånd från flera kompetenta jurister. Professor Reinhold Fahlbeck har stått till förfogande för diskussion och härvid delgivit mig sin sakkunskap rörande regleringen av företagshemligheter. Jur kand, civ ek Mikael Borg (Gernandt & Danielsson Advokatbyrå) har under givande samtal bistått med värdefulla reflektioner i anslutning till åtskilliga av de problem som arbetet aktualiserat. Han har också granskat en tidig version av den föreslagna modellklausulen. Jur kand Marcus Nivinger (Advokatfirman Andersson & Ekberg) har läst ett utdrag ur manuskriptet och genom sina i anslutning därtill framförda kommentarer influerat utformningen av avsnittet om lagen om företagshemligheter. Advokat Magnus Berlin (Setterwalls Advokatbyrå) har granskat den föreslagna modellklausulen och härvid gjort väsentliga påpekanden som bidragit till att höja klausulens kvalitet. Till de sålunda nämnda personerna vill jag framföra ett varmt tack.

Setterwalls Advokatbyrå i Malmö har låtit mig utnyttja byråns bibliotek och andra resurser för arbete med uppsatsen, vilket givit mig tillgång till information som annars skulle ha varit svårtillgänglig. Även för detta vill jag uttrycka min tacksamhet.

Ett särskilt tack riktas till min handledare, professor Peter Westberg, som givit mig stor frihet vid utformningen av uppsatsen, samtidigt som han stått till förfogande för handledning i de fall sådan varit påkallad. Han har granskat manuskriptet i dess helhet och genom värdefulla påpekanden, avseende såväl formalia som rättsliga frågor, väsentligt påverkat uppsatsens slutliga innehåll.

Slutligen förtjänar min familj, som givit mig ovärderligt stöd under hela juristutbildningen, ett särskilt omnämnande.

Lund i april 2002

Kristofer Magnusson

Förkortningar

AAA	American Arbitration Association
ABL	Aktiebolagslag (1975:1385)
AD	Arbetsdomstolen
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Bet.	Betänkande
BFL	Bokföringslag (1999:1078)
BFN	Bokföringsnämnden
BL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
BrB	Brottsbalken
ECE	The United Nations Economic Commission for Europe
EG	Europeiska gemenskaperna
EU	Europeiska Unionen
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ICC	International Chamber of Commerce
J	Justice
KL	Konkurrenslag (1993:20)
LCIA	London Court of International Arbitration
LJ	Lord Justice
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
LU	Lagutskottet
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
SekrL	Sekretesslag (1980:100)
SOU	Statens offentliga utredningar
SRGA	Vägledande regler om god advokatsed, utfärdade av Sveriges advokatsamfunds styrelse den 9 november 1984.
TL	Taxeringslag (1990:324)
TR	Tingsrätt
UML	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)
UB	Utsökningsbalken
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
VD	Verkställande direktör
WIPO	World Intellectual Property Organization
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Grundsatsen om sekretess i skiljeförfarande har länge, såväl i Sverige som internationellt, betraktats som en av de främsta fördelarna förknippade med att slita tvister inför skiljenämnd. Skiljeförfarandets konfidentiella natur har närmast tagits för given och utan mera djupgående analys framhållits som en av anledningarna att välja skiljeförfarande framför den ordinära domstolsprocessen. Ansatser att närmare förklara innebörden av en eventuell princip om sekretess och dess rättsliga status och grund har emellertid varit få till antalet och sällan särskilt utförliga.

Under de senaste åren har den tidigare så självklara principen om sekretess i skiljeförfarande allt starkare ifrågasatts. En monumental vändpunkt i den internationella diskussionen utgör härvidlag det uppmärksammade målet *Esso/BHP v. Plowman*,¹ som prövades i australiensiska domstolar och slutligt avgjordes av australiensiska High Court år 1995. High Court fann, stick i stäv med den klassiska, traditionella uppfattningen inom common law, att någon tystnadsplikt ej åvilar part i skiljeförfarande i avsaknad av särskilt avtal därom. Avgörandet föranledde en omfattande och intensiv internationell diskussion, i vilken såväl teoretiker som praktiker medverkade. Framförallt debatterades implikationerna av *Esso/BHP v. Plowman* för utvecklingen av angloamerikansk rätt, men det framhölls också att man i de kontinentaleuropeiska rättssystemen borde analysera grunderna för den princip som tidigare tagits för given.

Endast några år senare fick vi så en svensk pendang till *Esso/BHP v. Plowman*. Fallet *Bulbank*,² som år 2000 avgjordes av HD, ställde frågan om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande på sin spets. I sin dom, vars domskäl ger underlag för mycken diskussion, fann HD att part i skiljeförfarande inte kan anses bunden av tystnadsplikt, såvida inte parterna har träffat överenskommelse därom. Den tidigare förutsatta principen om sekretess i skiljeförfarande visade sig således sakna rättsligt stöd i svensk rätt.

Den internationella och svenska utvecklingen gör det måhända motiverat att förse skiljeavtal med uttryckliga föreskrifter om sekretess i skiljeförfarande. Sekretessklausuler specifikt relaterade till skiljeförfarande är dock i nuläget en relativt ovanlig företeelse, vilket mot den beskrivna bakgrunden kan förefalla svårförklarligt.³ Det kan antas att den sällsynta förekomsten av dylika klausuler beror på flera förhållanden, bland vilka enligt min förmodan ingår bristande förståelse för problematiken hos de som utformar avtalen.

¹ *Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*, (1995) 11 *Arbitration International* 235.

² NJA 2000 s. 538.

³ Jfr Reid, s. 54 f.

Bagner har, mot denna bakgrund, föreslagit intresserade organ att utveckla en manual innehållande relevanta avtalsklausuler, regler och riktlinjer, riktade mot det internationella affärssamhället i allmänhet och mot aktörer i skiljeförfarande i synnerhet. En sådan manual skulle enligt *Bagner* öka medvetenheten om sekretessfrågan och göra det enklare för parterna att i specifika situationer bestämma huruvida och i vilken utsträckning de vill föreskriva sekretess i relation till sina skiljeförfaranden.⁴

1.2 Syftesformulering

Bagners nyss nämnda förslag antyder att det bland aktörer i kommersiella skiljeförfaranden finns ett behov av praktisk vägledning i frågan om sekretess i skiljeförfarande. Förevarande arbete har som primärt syfte att fylla detta behov genom att tillhandahålla en praktiskt inriktad handledning vilande på en grundlig rättslig analys.

Arbetet syftar således för det första till att utreda huruvida det är motiverat att komplettera skiljeklausuler i kommersiella avtal med särskilda sekretessföreskrifter specifikt relaterade till och skraddarsydda för skiljeförfarande. För att uppfylla detta syfte måste rättsläget i avsaknad av sådan överenskommelse bli föremål för en omsorgsfull undersökning. Vidare måste frågan om behovet av sekretess utifrån affärsmässiga, pragmatiska grunder diskuteras.

Arbetet syftar för det andra till att utreda hur sekretessklausuler relaterade till skiljeförfarande lämpligen bör utformas för att fungera ändamålsenligt. Jag avser härvid att identifiera de allmänna och specifika frågor relaterade till klausulens utformning som kräver parternas uppmärksamhet. Vidare avser jag att, grundat på rättsliga överväganden, ta ställning till hur de sålunda identifierade frågorna lämpligen bör lösas i sekretessklausulen. Min ambition är att utarbeta en modellklausul, framförallt avsedd för större, komplexa affärsavtal, vilken kan tjäna som förebild för parter och deras ombud vid avtalsskrivning i enskilda fall.

1.3 Avgränsningar

Arbetet utgår primärt från svenska rättsförhållanden. Det vore alltför optimistiskt att tro sig kunna ge en fullständig behandling av utländska rättssystem inom ramen för en uppsats av den begränsade omfattning som nu är aktuell. Samtidigt vore det dock olämpligt och alltför inskränkt att anlägga ett uteslutande svenskt perspektiv. Kommersiella skiljeförfaranden har ofta en internationell dimension, t.ex. på så sätt att de tvistande parterna

⁴ Se *Bagner*, *Confidentiality Conundrum*, s. 23.

är hemmahörande i olika länder. Mot denna bakgrund synes en internationell ansats motiverad då frågan om sekretess i skiljeförfarande studeras. Upprätthållandet av ett sådant internationellt perspektiv eftersträvas genomgående i arbetet. Utländsk rätt ges dock en sekundär prioritering, vilket yttrar sig på två sätt. För det första måste behandlingen av utländsk rätt begränsas till ett mindre antal rättsordningar. Härvid kommer fokus att läggas på de viktigare skiljedomsjurisdiktionerna. För det andra kommer behandlingen av utländsk rätt att vara mindre grundlig än motsvarande behandling av svensk rätt. Vad gäller många av de detaljfrågor som uppkommer, framförallt i samband med diskussionen rörande den närmare utformningen av sekretessklausuler, är det av utrymmes- och tidsskäl omöjligt att beröra utländsk rätt annat än summariskt.

Ambitionen är att utarbeta en klausul som är internationellt gångbar. Man måste emellertid inse de svårigheter som är förenade med att formulera en klausul som fungerar optimalt oavsett vilket rättssystem som äger tillämpning. I linje med de överväganden som gäller för arbetet som helhet kommer jag därför primärt att utgå från att svensk rätt äger tillämpning på den framtagna klausulen. Resultatet av denna avvägning blir att den föreslagna klausulen är primärt anpassad till svenska rättsförhållanden, men fungerar tillfredsställande även under övriga här behandlade rättssystem.

Utöver de påpekanden som sålunda gjorts måste också en avgränsning hänförlig till avtalsparterna och avtalstypen formuleras. Jag utgår i det följande från att avtalsparterna, och därmed parterna i skiljetvisten, är privaträttsliga subjekt som ägnar sig åt verksamhet av kommersiell natur. Konsumentförhållanden omfattas således inte av undersökningen. Inte heller omfattas avtalsförhållanden där åtminstone ena parten är en stat eller ett offentligt subjekt. Den framtagna modellklausulen är vidare primärt anpassad för avtal av mera omfattande och komplex karaktär.

1.4 Grundläggande begrepp

Termen *sekretess* kan i samband med skiljeförfarande användas i två olika betydelser.⁵ Man kan med sekretess i skiljeförfarande syfta på det förhållandet att endast de som är parter i skiljetvisten eller involverade däri som skiljemän, ombud eller bevispersoner har rätt att närvara vid förhandlingar och på annat sätt medverka i förfarandet. Denna princip är etablerad och föga kontroversiell. I detta avseende talar man i engelskspråkiga sammanhang om *privacy*. För svensk del synes *avskildhet* vara en lämplig term.⁶ Man kan med sekretess i skiljeförfarande emellertid också syfta på en skyldighet för parter, skiljemän och andra aktörer i skiljeförfarandet att hemlighålla information relaterad till skiljeförfarandet.

⁵ Se till det följande, Jarvin, s. 149; Lew, s. 285; Reid, s. 61.

⁶ Jarvin, s. 149, introducerar denna term.

Frågan huruvida det föreligger en sådan plikt att inte avslöja information för utomstående rör vad som i engelskspråkiga sammanhang benämns *confidentiality*. För svensk del förekommer termen *förtrolighet*.⁷

Detta arbete behandlar sekretess i den senare betydelsen, d.v.s. i betydelsen förtrolighet (*confidentiality*). När begreppet sekretess används i arbetet skall det således, om inte annat framgår av kontexten, förstås såsom åsyftande en eventuell förpliktelse att inte avslöja information för utomstående. Begreppen sekretessplikt och tystnadsplikt kommer att användas omväxlande som benämning på förpliktelsen som sådan, utan att någon skillnad i innebörd är avsedd.

1.5 Material och metod

Arbetet vilar ytterst på en traditionell juridisk metod av rättsvetenskaplig karaktär. Förefintliga inhemska och utländska rättskällor har studerats och strukturerats för att erhålla ett erforderligt underlag för ställningstaganden i fråga om gällande rätts innehåll. Jag har såvitt möjligt eftersträvat ett brett och gediget underlag för mina slutsatser, vilket i arbetet kommer till uttryck genom talrika och detaljerade referenser. Det bör dock påpekas att jag, i linje med vad som angivits i avsnitt 1.3, accepterat ett svagare underlag vid undersökningen av utländska rättssystem, särskilt i de fall källmaterialet varit svårtillgängligt. Således grundas exempelvis framställningen av tysk och schweizisk rätt uteslutande på doktrinuttalanden.

Undersökningen blir mot bakgrund av de syften som fastställts i avsnitt 1.2 oundvikligen praktiskt inriktad. Analysen utgår huvudsakligen från ett parts- och ombudsperspektiv. Målet är att hitta lösningar som är i linje med parternas intressen och att ge parternas ombud vägledning för hur man bör resonera i frågor rörande sekretess i skiljeförfarande. Detta perspektiv är inte oförenligt med det förhållandet att en mångfald av komplicerade juridiska problem av teoretisk karaktär aktualiseras och diskuteras i undersökningen.

Arbetet grundas på ett omfattande källmaterial av varierande karaktär. Det kan till att börja med konstateras att det internationella perspektivet nödvändiggjort ett flitigt användande av utländsk litteratur och rättspraxis. Härvid har naturligtvis engelsk och amerikansk litteratur och praxis stått i centrum, men även franskt, tyskt, schweiziskt, danskt och australiensiskt material har anlitats. Vidare har det förhållandet att utformningen av modellklausulen aktualiserar frågor inom ett flertal olika rättsområden medfört en stor saklig spridning i det använda materialet.

För kapitel 2 och 3, som är av huvudsakligen rättutredande karaktär, har framförallt rättspraxis, allmänna monografier om skiljeförfarande samt

⁷ Se *ibid.*

tidskriftsartiklar inriktade på sekretess i skiljeförfarande kommit till användning. För svensk rätts del förtjänar härvidlag professor *Lars Heuman* ett särskilt omnämmande. Hans standardverk *Skiljemannarätt* och hans artiklar har utgjort ett viktigt underlag för förevarande arbete.

Vad gäller utformningen av en modellklausul specifikt relaterad till sekretess i skiljeförfarande beträder jag relativt utforskad mark. *Paulsson & Rawding* har framställt några klausulförslag med primärt sikte på inkorporering i internationella skiljedomsreglementen.⁸ *Heuman* har formulerat en kortfattad, allmänt hållen klausul för svenska förhållanden.⁹ Dessutom finns sekretessföreskrifter i vissa skiljedomsreglementen. Härutöver är det dock svårt att i publicerade skrifter finna några försök att formulera dylika klausuler. Analysen i kapitel 4 och 5 har därför också hämtat vägledning från litteratur som behandlar frågan om sekretessavtal i allmänhet. Vidare har undersökningen i denna del aktualiserat frågor inom ett flertal rättsområden, varvid ämnesspecifik litteratur anlitas.

1.6 Disposition

Arbetet är disponerat enligt följande.

I kapitel 2 behandlas det svenska rättsläget vad gäller frågan om sekretess i skiljeförfarande. Undersökningen är härvidlag inriktad på att utröna huruvida det i svensk rätt upprätthålls en princip om tystnadsplikt för skiljeförfarandets aktörer, även utan särskilt avtal därom. Eftersom olika rättsliga överväganden gör sig gällande för de olika personkategorierna är det härvid nödvändigt att upprätthålla en tydlig distinktion mellan parter, skiljemän, ombud och andra medverkande.¹⁰ För analysen i denna del är HD:s avgörande i *Bulbank* av fundamental betydelse.

En motsvarande analys av rättsläget i vissa utländska rättssystem görs i kapitel 3. På grundval av utländsk praxis och litteratur undersöks i vad mån en princip om sekretess i skiljeförfarande vinner internationell anslutning. Intentionen är att fastställa huruvida ett behov av specifik avtalsreglering föreligger i ett internationellt perspektiv om parterna önskar uppnå sekretess beträffande skiljeförfarandet.

I kapitel 4 klargörs de allmänna utgångspunkterna för avtalsreglering av sekretessfrågan. Till att börja med undersöks, på grundval av ändamålsöverväganden samt de slutsatser som dragits om rättsläget i föregående kapitel, huruvida sådan avtalsreglering är påkallad. Vidare fastställs de allmänna riktlinjerna för avtalsutformningen, lagvalsfrågan diskuteras och eventuella inskränkningar i avtalsfriheten berörs.

⁸ Se Paulsson & Rawding, s. 314 ff.

⁹ Se Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 673.

¹⁰ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 31.

Frågor relaterade till den närmare utformningen av sekretessklausulen diskuteras i kapitel 5. Problematik kring sekretessobjekt, ansvarsgrundande angrepp, sekretesssubjekt, undantag och sanktioner blir härvid föremål för djupgående analys. Genom undersökningen av de olika frågorna byggs modellklausulen upp steg för steg.

Arbetet fullbordas i kapitel 6 med konklusioner och avslutande diskussion. En återknytning till arbetets syftesformulering görs och den slutliga modellklausulen presenteras i sin helhet, dels i en svensk version, dels i en engelskspråkig version.

2 Sekretess i skiljeförfarande enligt svensk rätt

2.1 Tystnadsplikt för part

2.1.1 Rättsläget före *Bulbank*

Före *Bulbank* var det svenska rättsläget i fråga om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande oklart. Varken lagen (1929:145) om skiljemän eller den nya lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF) innehåller några regler i frågan, vägledande rättspraxis saknades och förarbeten och doktrin gav motstridiga och otydliga svar. Skyldigheten att iaktta sekretess beträffande förfarandet togs visserligen för given bland många parter och ombud.¹¹ Det var emellertid oklart om det rörde sig om en skyldighet av *rättslig* karaktär och på vilken grund denna skyldighet i så fall vilade. Upprätthölls enligt svensk rätt än allmän oskriven, närmast sedvanerättslig, princip om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande? Eller kunde en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt anses åvila part på avtalsrättslig grund, även i avsaknad av uttrycklig avtalsföreskrift om sekretess, genom *utfyllnad* av skiljeavtalet? En utfyllande regel om sekretess skulle kunna tillhöra kategorin *naturalia negotii*, d.v.s. utfyllande regler, grundade på allmän rättsuppfattning eller fasta bruk, vilka har naturlig samhörighet med rättshandlingen.¹²

Heuman framhöll att det allmänt förutsattes att skiljeförfarandet var hemligt. Parter som ingick skiljeavtal fick därför anses ha ingått en överenskommelse om att förfarandet skulle var konfidentiellt, även om detta inte framgick av skiljeklausulen.¹³ Heumans resonemang torde ha sin grund i uppfattningen att tystnadsplikt för part är ett till skiljeavtal knutet *naturale negotii* eller en typförutsättning, d.v.s. något som parterna haft rätt att förutsätta även om de inte gjort det medvetet i det särskilda fallet.¹⁴ Den sålunda avtalade tystnadsplikten var enligt *Heuman* rättsligt sanktionerad genom lagen om företagshemligheter (FHL). Vidare kunde, enligt *Heuman*, brott mot tystnadsplikten sannolikt berättiga motparten till hävning, förutsatt att kontraktsbrottet kunde betraktas som väsentligt.¹⁵ *Heuman* kvalificerade dock sekretessplikten med en rätt för part att offentliggöra förhållanden rörande en skiljetvist i den mån det krävdes för att vederbörande skulle kunna tillvarata sin rätt.¹⁶

¹¹ Jfr t.ex. Lindskog & Unger, s. 13; Jarvin, s. 149, s. 170.

¹² Se Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 17. Jfr Jarvin, s. 151.

¹³ Se *Heuman*, *Skiljemannarätt*, s. 32 f.

¹⁴ Jfr Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 17.

¹⁵ Se *Heuman*, *Skiljemannarätt*, s. 35.

¹⁶ Se *ibid.*, s. 37.

Cars företrädde en uppfattning liknande Heumans. Han framhöll att en av huvudanledningarna till att parterna väljer skiljeförfarande vanligen är att skiljeförfarandet är undandraget offentlighetens insyn.¹⁷ Med hänsyn härtill fick det antas att, om inte något annat avtalats mellan parterna, sekretess gällde, vilket bl.a. innebar att parterna inte fick yppa något om förfarandet för utomstående. Det är uppenbart att Cars ansåg att det åvilade part en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt. Något klargörande av den rättsliga grunden för förekomsten av en sådan plikt tillhandahöll Cars emellertid inte.

Även från advokathåll uttrycktes uppfattningar i frågan. *Lindskog* och *Unger* uttalade, i samband med behandling av frågan om publicering av skiljedomar, att ”många parter torde utgå från att den andre parten ... kommer att iakttä sekretess angående förfarandet, ehuru detta sällan torde inflyta som ett villkor i skiljeavtalet ...”.¹⁸ *Jarvin* behandlade frågan utförligt och fann att det inte var enkelt att sammanfatta den aktuella situationen med avseende på sekretess i skiljeförfaranden. Skulle man ändå formulera en allmän regel de lege lata kunde den enligt *Jarvin* lyda: ”sekretess gäller utom då det är nödvändigt eller lämpligt att inte iakttä sekretess.”¹⁹

Skiljedomsutredningen uttalade, med utgångspunkt i FHL, att tystnadsplikt för part i skiljeförfarande kunde följa av avtal.²⁰ Kravet på avtal skulle enligt utredningen kunna anses omfatta alltifrån uttryckliga klausuler om sekretess till *naturalia negotii*.²¹ Sedda isolerade synes dessa uttalanden ge stöd åt den ovan nämnda hypotesen om upprätthållande av tystnadsplikt för part genom utfyllnad av skiljeavtalet. Utredningen nådde emellertid slutsatsen att skiljeförfarandets konfidentiella karaktär i huvudsak vilade på de berördas samförstånd, där hederskodex spelade en starkare roll än rättsliga sanktionsmekanismer. En part som av någon anledning ville ge offentlighet åt tvisten var enligt utredningen oförhindrad att göra detta.²² Utredningen synes således inte ha ansett tystnadsplikt för part utgöra ett *naturale negotii*.

De refererade uttalandena ger en splittrad bild. Den övervägande uppfattningen i doktrinen synes visserligen ha varit att tystnadsplikt åvilade part i skiljeförfarande även utan särskilt avtal därom. Den mest plausibla grunden för upprätthållandet av en sådan tystnadsplikt syntes vara resonemangen om utfyllnad av skiljeavtalet. *Skiljedomsutredningens* uttalanden gav emellertid uttryck för en mera försiktig ståndpunkt enligt vilken rättsligt sanktionerad tystnadsplikt förutsatte särskild överenskommelse. Vidare rådde, även med utgångspunkt från den doktrin som förespråkade en rättslig tystnadsplikt, osäkerhet ifråga om utsträckningen av tystnadsplikten och undantagen från densamma.

¹⁷ Se till det följande Cars, s. 103 f.

¹⁸ *Lindskog & Unger*, s. 13.

¹⁹ *Jarvin*, s. 170.

²⁰ Se SOU 1995:65, s. 183.

²¹ Se *ibid.*

²² Se *ibid.*, s. 186.

2.1.2 *Bulbank*

Genom fallet *Bulbank*²³ kom det osäkra rättsläget att klargöras i väsentliga hänseenden. Fallet ställde frågan om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande på sin spets och rönnte internationell uppmärksamhet. Domstolsinstanserna nådde olika slutsatser, vilket föranlett en kommentator att referera till rättsfallet som ”the Swedish roller coaster”.²⁴

Bakgrunden till rättsfallet är i korthet följande. Mellan Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd (*Bulbank*) och en österrikisk kreditgivare ingicks ett låneavtal enligt vilket krediter ställdes till *Bulbanks* förfogande. Den österrikiske kreditgivaren överlät vissa lånefordringar i anledning av avtalet till A.I. Trade Finance Inc (*AIT*). *AIT* erhöll inte betalning av *Bulbank* för lånefordringarna, varför skiljeförfarande påkallades med hänvisning till skiljeklausul i låneavtalet, som angav att tvister skulle avgöras enligt ECE Arbitration Rules.²⁵ Sedan skiljeförfarande inletts i Stockholm i mars 1996, invände *Bulbank* mot skiljenämndens behörighet att pröva tvisten, varpå skiljenämnden i beslut i mars 1997 fann att behörighet förelåg. Skiljenämndens beslut refererades under våren 1997 i en amerikansk tidskrift, efter att ha gjorts tillgängligt för tidskriften av en företrädare för *AIT*. I november 1997 förklarade *Bulbank* att man hävde skiljeavtalet, med hänvisning till att *AIT*, genom att utan *Bulbanks* medgivande medverka till publicering av skiljenämndens behörighetsbeslut, hade gjort sig skyldig till väsentligt avtalsbrott. Skiljenämnden avvisade *Bulbanks* yrkande om upphävande av skiljeavtalet och meddelade i december 1997 skiljedom i målet. *Bulbank* klandrade skiljedomen vid Stockholms TR och yrkade att TR:n skulle förklara skiljedomen ogiltig, alternativt häva skiljedomen. *Bulbank* anförde i TR:n att *AIT* genom publiceringen av skiljenämndens beslut brutit det krav på sekretess som gäller under ett skiljeförfarande. *AIT* hade därmed begått ett väsentligt avtalsbrott, vilket berättigat *Bulbank* häva skiljeavtalet. *Bulbank* åberopade också ECE Arbitration Rules artikel 29, i vilken föreskrivs att ”[t]he proceedings shall be held in camera...”.

Stockholms TR uttalade att det inom den privata sektorn föreligger en presumtion för sekretess. TR:n fann således, ”mot bakgrund av skiljeförfarandets karaktär”, att om offentlighet önskas i ett förfarande som ersätter domstolsförfarandet, så erfordras att parterna avtalar om detta. *AIT* ansågs ha begått ett väsentligt avtalsbrott vilket berättigade *Bulbank* att häva skiljeavtalet. Eftersom det då inte förelegat något giltigt skiljeavtal vid skiljedomens meddelande, förklarades skiljedomen ogiltig. TR:ns dom ansluter till den uppfattning som uttryckts av Heuman och Cars i doktrinen – tystnadsplikt åvilar part i skiljeförfarande om inte annat avtalats.

²³ NJA 2000 s. 538.

²⁴ Bagner, *Fundamental Principle*, s. 245.

²⁵ Arbitration Rules of the United Nations Economic Commission for Europe.

Svea HovR fann att partssekretessen i skiljeförfarandet inte reglerats i lag och knappast heller kunde anses ”generellt ingå som en tyst eller underförstådd avtalsförpliktelse vid träffande av skiljeavtal”. Offentliggörande av uppgifter torde dock enligt HovR:n i många fall kunna ses som ”ett brott mot den lojalitetsplikt som åvilar en part gentemot motparten”. Vid bedömningen huruvida brott mot lojalitetsplikten förelåg skulle enligt HovR:n stor betydelse tillerkännas vilket slags uppgifter som offentliggjorts. För att ett skiljeavtal skulle få hävas krävdes enligt HovR:n att part gjort sig skyldig till ett *väsentligt* avtalsbrott, och hävningsrätten måste ges ett mycket begränsat utrymme. Eftersom det som publicerats i det aktuella fallet huvudsakligen rörde rättsliga principöverväganden i en processuell fråga av generellt intresse, fann HovR:n att Bulbank inte anfört tillräckliga skäl för hävning. Bulbanks talan ogillades således. HovR:ns dom indikerar en mellanväg mellan tidigare refererade uppfattningar – det finns visserligen ingen generell tystnadsplikt för part i skiljeförfarande, men offentliggörande av uppgifter kan i många fall innebära åsidosättande av en mer allmän lojalitetsplikt som antas åvila parter i alla avtalsförhållanden.

HD behandlade inledningsvis betydelsen av ECE Arbitration Rules artikel 29. Härvid uttalades att av denna föreskrift i sig kan, även när den läses i samband med ECE Arbitration Rules i övrigt, inte någon annan slutsats dras än att muntliga förhandlingar skall hållas bakom stängda dörrar om parterna inte kommer överens om att en förhandling skall vara offentlig. Någon uttrycklig reglering av frågan om parternas tystnadsplikt finns inte i ECE Arbitration Rules och ingenting hade enligt *HD* kommit fram i målet som gav anledning till att tolkningsvis inläsa en tystnadsplikt av den omfattning som Bulbank gjort gällande. *HD*:s slutsats i denna del indikerar en restriktiv tolkning av sekretessklausuler – en ovilja att intolka tystnadsplikt i en mer allmänt formulerad avtalsbestämmelse om sekretess.

HD gick därefter vidare för att pröva om sekretess följer av allmänna principer och/eller skiljeförfarandets natur. *HD* konstaterade härvid att det av skiljeförfarandets privata karaktär följer att utomstående inte har någon rätt att vara närvarande vid förhandling under förfarandet eller ta del av inlagor i tvisten. Av detta förhållande kan dock enligt *HD* inte dras någon slutsats beträffande frågan om en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt gäller för part. Att part i skiljeförfarande i allmänhet är angelägen om att uppgifter rörande tvisten inte lämnas ut och utgår från att motparten har samma inställning, liksom att parterna oftast rent faktiskt torde iaktta diskretion, är enligt *HD* något helt annat än att det föreligger en rättslig skyldighet att iaktta tystnad vid äventyr av en sanktion vid överträdelse.

Avgörande var enligt *HD* om det på området bildats en allmänt omfattad mening om att tystnadsplikt gäller för vardera parten gentemot den andra parten, grundad på skiljeförfarandets natur. Av intresse var härvid också de uppfattningar som kommit till uttryck i lagförarbeten och doktrin. Det är tydligt att *HD*:s argumentation i denna del anknyter till vad som ovan (avsnitt 2.1.1) anförts om *naturalia negotii*. Av den förebragta utredningen

framgick inte att någon allmän uppfattning om tystnadsplikt för parterna råder i berörda kretsar. Den allmänt rådande uppfattningen bland ombud och skiljemännen syntes enligt HD snarare vara att tystnadsplikt inte gäller utan särskild överenskommelse. HD framhöll vidare att den omständigheten att ett så ingripande förhållande som tystnadsplikt för part inte kommit till uttryck i lagregleringen utgör ett starkt stöd för att någon sådan skyldighet inte anses föreligga. HD hänvisade härvid också till skiljedomsutredningens ovan (avsnitt 2.1.1) refererade betänkande. Visserligen fanns vissa uttalanden i doktrinen till stöd för en tystnadsplikt, men enligt HD förelåg inte i doktrin och lagförarbeten en entydig och välgrundad uppfattning om tystnadsplikt för parterna. I fråga om utländsk rätt kunde inte annan slutsats dras än att det mellan vissa länder gäller olika principer i frågan.

Mot denna bakgrund fann HD att part i ett skiljeförfarande inte kan anses bunden av tystnadsplikt, såvida inte parterna har träffat överenskommelse därom. AIT hade således inte begått något avtalsbrott och hävningen av skiljeavtalet var oberättigad, varför HovR:ns domslut fastställdes. Genom HD:s dom i *Bulbank* har svensk rätts ståndpunkt i fråga om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande slutligt fastslagits.²⁶ I avsaknad av särskild överenskommelse är part inte bunden av en rättsligt sanktionerad sekretessplikt. En rättslig tystnadsplikt för part kan varken anses underförstådd eller anses följa av skiljeförfarandets natur.²⁷ Det finns inte någon utfyllande regel, *naturale negotii*, om sekretessplikt för part.

2.1.3 *Bulbanks* praktiska implikationer

Vill avtalsparter som väljer att i sitt avtal inta en skiljeklausul tillse att båda parter i ett eventuellt framtida skiljeförfarande är underkastade en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt, måste man uttryckligen avtala härom. Detta är den främsta praktiska konsekvensen av HD:s dom i *Bulbank*.²⁸ Underlåter man att sluta en sådan särskild överenskommelse tvingas man förlita sig på icke-rättsliga sanktionsmekanismer (hederskodex etc.).

Det framgår explicit av HD:s dom att det är möjligt att åstadkomma en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt genom överenskommelse. Det framgår dock inte om en sådan överenskommelse måste uppfylla några särskilda krav. Från bevissynpunkt är en skriftlig överenskommelse naturligtvis att föredra, men det saknas anledning att anta annat än att muntliga överenskommelser likaledes är bindande. HD:s restriktiva tolkning av ECE Arbitration Rules visar dock att en sekretessklausul måste ges en tydlig och explicit utformning. En intressant fråga som uppkommer rör vilka begränsningar som må finnas i parternas avtalsfrihet. Har parterna frihet att själv bestämma omfattningen av parternas avtalsgrundade tystnadsplikt? HD

²⁶ Visserligen var 1929 års lag om skiljemän, inte LSF, tillämplig i tvisten. HD uttalade dock uttryckligen att detta förhållande saknade betydelse för bedömningen.

²⁷ Jfr Bagner, *Fundamental Principle*, s. 247 f.

²⁸ Jfr *ibid.*, s. 248; Bagner, *Confidentiality Conundrum*, s. 22.

uttalar i *Bulbank* (närmast obiter) att en avtalad tystnadsplikt inte torde utgöra hinder för part att utnyttja de möjligheter att vända sig till domstol som lagen medger. Det har vidare ifrågasatts om inte FHL medför begränsningar i parternas avtalsfrihet. Till dessa frågor återkommer framställningen i avsnitt 4.4 och 5.4.

2.2 Tystnadsplikt för övriga aktörer

2.2.1 Utgångspunkter

Ett skiljeförfarande engagerar, utöver parterna, ett antal aktörer med mer eller mindre stark koppling till parterna och den aktuella tvisten. Skiljenämnden konstitueras av en eller flera *skiljemän*, parterna företräds i allmänhet av *ombud* och *vittnen* och *sakkunniga* åberopas som bevispersoner. Frågan uppkommer huruvida, och i så fall i vilken utsträckning och på vilka grunder, dessa aktörer kan sägas vara underkastade en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt. Frågeställningen har erhållit viss behandling i den svenska doktrinen om skiljeförfarande. HD hade ej direkt att ta ställning till problemet i *Bulbank*, men gjorde som ett led i domsmotiveringen vissa uttalanden i frågan. Den följande framställningen tar sin utgångspunkt i förekommande doktrinuttalanden och ställer dessa i ljuset av HD:s domskäl i *Bulbank*.

2.2.2 Tystnadsplikt för skiljemän

Den härskande uppfattningen i svensk doktrin är att rättsförhållandet mellan å ena sidan parterna och å andra sidan en skiljeman är av kontraktuell art – ett uppdragsförhållande.²⁹ Rättsförhållandet anses uppkomma genom att den som har att utse en skiljeman anmodar någon att fungera såsom sådan varpå denne åtar sig uppdraget.³⁰ Det faktum att en skiljeman utses av endast ena parten, eller av de sålunda partsutsedda skiljemännen, hindrar inte att skiljemannen skall ses som uppdragstagare i förhållande till båda parterna. Frågan hur ett avtalsförhållande kommer till stånd mellan skiljemannen och part som inte utsett skiljemannen i fråga har rönt begränsad uppmärksamhet i litteraturen. I den mån frågan berörts har man stött sig på fullmaktsresonemang. I den på skiljeavtalet grundade befogenheten att utse skiljeman anses enligt denna uppfattning ingå behörighet att, å båda parternas vägnar, träffa avtal om uppdragets fullgörande.³¹ Det föreligger således ett

²⁹ Jfr Cars, s. 67; Schöldström, s. 130 f., s. 139.

³⁰ Se Cars, s. 67; Hassler & Cars, s. 78 f.

³¹ Se *Arbitration in Sweden*, s. 81 f.; Cars, s. 67 f.; Hassler & Cars, s. 78 f.; Schöldström, s. 139 ff. Fullmaktsresonemangen i svensk skiljeförfarandedoktrin är emellertid föga utvecklade. Frågan om möjligheterna att med fullmaktskonstruktioner förklara uppkomsten av ett kontraktuellt förhållande i fall då skiljeman utses av annan än part, t.ex. av domstol, har ej undersökts i större utsträckning. Se Schöldström, s. 141 f. I anslutning till

uppdragsavtal mellan å ena sidan båda parterna och å andra sidan skiljemanden, vilket i allmänhet ingås formlöst.³² Detta avtal måste klart skiljas från det mellan de tvistande parterna gällande skiljeavtalet och går ibland under beteckningen *skiljemannaavtal*.³³

Av det faktum att ett slags uppdragsförhållande är för handen, kan man möjligen dra vissa försiktiga slutsatser i fråga om tystnadsplikt. I ett uppdrag ligger ofta ett särskilt uttryck för förtroende från uppdragsgivarens sida.³⁴ Skiljemanden är båda parternas förtroendemän.³⁵ Det genom skiljemannaavtalet givna förtroendet bör innebära att uppdragstagaren som motprestation är skyldig att visa lojalitet gentemot parterna – en på kontraktsrättslig grund vilande lojalitetsplikt.³⁶ Argument kan anföras för att denna plikt även innefattar en skyldighet att iaktta sekretess.³⁷

Hassler & Cars uttalar att "[l]agen ålägger väl inte skiljemanden någon tystnadsplikt, men det får anses självklart, att skiljemanden bör iaktta diskretion angående vad som förekommer under sakens behandling och särskilt under överläggningen till skiljedom".³⁸ Till detta lägger *Cars* att skiljemanden vid brott mot tystnadsplikten kan bli skadeståndsskyldig gentemot parterna.³⁹ Det är tydligt att *Cars* utgår från förekomsten av en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt för skiljemanden. Han anger dock att den sekretess som råder får vika i större eller mindre mån när domstols eller kronofogdemyndighetens bistånd påkallas.⁴⁰ Enligt en av *Heuman* åtminstone tidigare företrädare uppfattning får en skiljemand, då han accepterar ett uppdrag, anses göra detta under tystnadsplikt gentemot obehöriga.⁴¹ Även sedan en skiljemand avslutat sitt uppdrag med att meddela dom eller avgå i förtid måste han avhålla sig från att sprida information om tvisten till utomstående.⁴² Det är tydligt att, enligt *Heuman*, tystnadsplikten inte är absolut. Bl.a. kan skiljemanden behöva vända sig till kronofogdemyndigheten för att få ut det arvode han tillerkänts i domen, med följd att tvisten blir känd för utomstående.⁴³ *Heuman* tycks vidare utgå från att FHL:s tvingande regler medför viss inskränkning i tystnadsplikten.⁴⁴ *Lindskog & Unger* uttalar att många skiljemän uppfattar det som en skyldighet att iaktta sekretess om

problematiken, jfr *Heuman, Skiljemannarätt*, s. 33; *Heuman, Tystnadsplikt*, s. 669 f.; *Jarvin*, s. 152. Som nämns i avsnitt 5.3.3 kan de svårigheter som uppkommer i detta avseende motivera en modifiering av den rådande teoribildningen.

³² Se *Arbitration in Sweden*, s. 81 f.

³³ Se *Cars*, s. 68; *Hassler & Cars*, s. 79; *Schöldström*, s. 131.

³⁴ Jfr *Berglund*, s. 32 ff.

³⁵ Se *Hassler & Cars*, s. 79.

³⁶ Jfr *Berglund*, s. 34. Jfr även *Nicander*, s. 31, s. 44.

³⁷ Jfr SOU 1983:52, s. 110 ff.; *Jarvin*, s. 152, med referens till en rapport utarbetad inom ICC. Jfr även *Nicander*, s. 32 ff.

³⁸ *Hassler & Cars*, s. 79.

³⁹ Se *Cars*, s. 69, s. 104.

⁴⁰ Se *ibid.*

⁴¹ Se *Heuman, Skiljemannarätt*, s. 33.

⁴² Se *ibid.*, s. 37.

⁴³ Se *ibid.*, s. 38.

⁴⁴ Se *ibid.*, s. 33 ff. Denna fråga behandlas närmare i avsnitt 4.4.

skiljeärendet.⁴⁵ Även *Jarvin* tycks förutsätta att en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt åvilar skiljeman.⁴⁶

Utgångspunkten för *skiljedomsutredningens* framställning om sekretess i skiljeförfarande är, som framgår i avsnitt 2.1.1, att tystnadsplikt kan följa av avtal.⁴⁷ Ett sådant avtal sanktioneras genom FHL, som dock samtidigt medför inskränkningar i avtalsfriheten.⁴⁸ Kravet på avtal omfattar enligt skiljedomsutredningen alltifrån uttryckliga klausuler om sekretess i skriftliga avtal till *naturalia negotii*.⁴⁹ Det faktum att rättsförhållandet mellan parterna och skiljemannen är ett uppdragsförhållande, skulle enligt skiljedomsutredningen kunna innebära att FHL:s skadeståndssanktion gäller för en skiljeman som i strid med ett under förfarandet förutsatt förtroende avslöjar företagshemligheter. En förutsättning för detta är enligt skiljedomsutredningen att skyldigheten att inte avslöja uppgifterna kan anses vara avtalad. Huruvida ett sådant avtal i allmänhet kan antas föreligga, åtminstone såsom *naturalia negotii*, berör skiljedomsutredningen inte. I skiljedomsutredningens sammanfattning antyds dels att rättsläget när det gäller skiljemans tystnadsplikt är oklart, dels, måhända något förvånande med tanke på skiljedomsutredningens uttalanden i anslutning till FHL, att hederskodex kanske spelar en starkare roll än rättsliga sanktionsmekanismer. En skiljeman som bryter mot en sådan hederskodex kan nog, enligt utredningen, inte räkna med att få fler uppdrag. Utredningens uttalanden i denna del tyder på en, jämfört med doktrinen, mera försiktig uppfattning där tystnadsplikten möjligen inte är rättsligt sanktionerad. Det är dock osäkert vilka slutsatser som bör dras av skiljedomsutredningens sammanfattning, med beaktande av att uttalandena ej till fullo tycks förankrade i den föregående undersökningen.⁵⁰

Den övervägande uppfattningen i doktrinen får, trots skiljedomsutredningens något försiktiga uttalanden, anses vara att tystnadsplikt åvilar skiljeman p.g.a. uppdragets förtroendekaraktär. Fråga uppkommer dock om *Bulbank* ger stöd för en avvikande rättsuppfattning i detta avseende. *Heuman* uttrycker i anledning av *Bulbank* uppfattningen att HD, liksom skiljedomsutredningen, ”tycks mena att en skiljeman endast bryter mot en hederskodex om han röjer uppgifter rörande tvisten”.⁵¹ Heumans uppfattning torde baseras på det förhållandet att HD:s avvisande av grundsatsen om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande motiverats med att någon entydig och välgrundad uppfattning i doktrin och förarbeten ej förelåg. Heuman menar att det, mot bakgrund av skiljedomsutredningens

⁴⁵ Se Lindskog & Unger, s. 13.

⁴⁶ Jfr *Jarvin*, s. 164.

⁴⁷ Se SOU 1995:65, s. 183. Skiljedomsutredningens framställning är enligt min mening inte så välstrukturerad som man skulle önska. Den väsentliga åtskillnaden mellan olika aktörer i skiljeförfarandet framgår ej med erforderlig tydlighet.

⁴⁸ Se *ibid.*

⁴⁹ Se *ibid.*

⁵⁰ Jfr *Heuman*, *Skiljemannarätt*, s. 32.

⁵¹ *Heuman*, *Tystnadsplikt*, s. 669. Se till det följande, *ibid.*, s. 669 f.

uttalanden, inte heller kan sägas finnas en entydig uppfattning i frågan om tystnadsplikt för skiljeman. I enlighet med HD:s resonemang skulle då tystnadsplikt för skiljeman inte kunna utgöra ett naturale negotii. Det är vidare enligt Heuman oklart om en sådan plikt kan grundas på förutsättningsresonemang. Mot Heumans uttalanden kan emellertid anföras att svensk doktrin ger tydligt stöd för upprätthållande av en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt för skiljemän och att en sådan princip också synes internationellt accepterad (se kapitel 3). Även HD uttalar i *Bulbank* uttryckligen att det torde råda ”en i princip enhällig uppfattning om att skiljemän på grund av det uppdrag som givits dem har att iaktta diskretion om skiljeförfarandet; detta gäller även en skiljeman som utsetts av domstol.”⁵² Det synes mot denna bakgrund alltför långtgående att låta enbart det förhållandet att skiljedomsutredningen, utan att utesluta möjligheten av en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt, i sin sammanfattning uttalat sig i något försiktiga ordalag, utgöra hinder för erkännandet av tystnadsplikt för skiljemän som ett naturale negotii. Även resonemang om tystnadsplikt för skiljemän som en typförutsättning vid ingående av skiljemannaavtalet, d.v.s. något som parterna härvid haft rätt att förutsätta även om de inte gjort det medvetet i det särskilda fallet, synes övertygande. För egen del vill jag därför framlägga att det på goda grunder kan hävdas att skiljemän till följd av det förtroende som visats dem är underkastade en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt. Denna rättsuppfattning vinner enligt min mening betydande stöd i den nyss citerade passagen i HD:s domskäl i *Bulbank*.

Min slutsats är således att tystnadsplikt, grundad på uppdragsförhållandet och det därtill anknutna förtroendet, med största sannolikhet åvilar skiljeman även utan uttryckligt avtal därom.⁵³ Det är dock oklart hur långt tystnadsplikten sträcker sig och vilka undantag som gäller. Det finns därför anledning för parterna att trots allt uttryckligen reglera i vad mån tystnadsplikt skall åvila skiljeman. En ytterligare anledning till att ett sådant uttryckligt avtal bör slutas är att man därmed undviker den osäkerhet som den av Heuman hävdade tolkningen av *Bulbank* kan föranleda. Oavsett om parterna uttryckligen avtalar om tystnadsplikt för skiljeman eller förlitar sig på att en sådan följer av uppdragets förtroendekaraktär, uppkommer frågan vilken betydelse FHL har i sammanhanget. Vidare uppkommer oundvikligen frågan om i vad mån ett avtal *inter partes* kan binda skiljemännen. Till dessa frågor återkommer framställningen i avsnitt 4.4 respektive 5.3.3.

2.2.3 Tystnadsplikt för ombud

Ombud, rättskunnigt eller ej, som företräder part i ett skiljeförfarande bör möjligen omfattas av samma tystnadsplikt som parten själv. Argumentet är

⁵² Domskälen, s. 550.

⁵³ Det erkänns dock att särskilda svårigheter kopplade till uppfattningen att tystnadsplikten grundas på uppdragsförhållandet uppkommer i de fall skiljemännen i fråga utsetts av domstol. Detta är dock en oundviklig följd av det mer generella problemet om uppkomsten av ett kontraktuellt förhållande överhuvud.

att ett ombud knappast bör få lämna sådana uppgifter om tvisten som hans klient inte får sprida till andra. I sin egenskap av fullmäktig bör ombudet ej ha mera långtgående rättigheter än de parten har.⁵⁴ En förutsättning för att det nyss anförda resonemanget skall grunda tystnadsplikt av relevans för ombud är emellertid att en sådan plikt åvilar klienten. Efter *Bulbank* är det emellertid klarlagt att någon tystnadsplikt ej åvilar part i skiljeförfarande i avsaknad av särskilt avtal härom (se avsnitt 2.1.2). Någon allmän tystnadsplikt av relevans för ombud kan således inte, i avsaknad av uttryckligt avtal, härledas från klientens förpliktelser mot motparten.

En tystnadsplikt för ombud kan dock härledas från det mellan ombudet och klienten gällande rättsförhållandet. Ombudet har av parten erhållit ett immateriellt uppdrag av sysslomannakaraktär,⁵⁵ i vilket ligger ett särskilt uttryck för förtroende från uppdragsgivarens sida. I likhet med vad som ovan anförts om skiljemän, bör uppdragets förtroendekaraktär innebära att ombudet är skyldigt att visa lojalitet gentemot sin uppdragsgivare.⁵⁶ Denna lojalitetsplikt torde innefatta en skyldighet att hemlighålla omständigheter ombudet erfar i anledning av uppdraget. Denna uppfattning bekräftas av HD i domskälen i *Bulbank*. HD uttalar här, efter att ha konstaterat att skiljemän på grund av det uppdrag som givits dem har att iaktta diskretion, att ett ”partsombud torde anses ha en liknande skyldighet gentemot huvudmannen grundad på det erhållna uppdraget”.⁵⁷

Det torde sålunda stå klart att ett ombud är underkastat tystnadsplikt mot sin klient, grundad på uppdragsförhållandets förtroendekaraktär. Denna tystnadsplikt kan emellertid ensidigt efterges av den person till vars förmån den gäller, d.v.s. klienten.⁵⁸ Den behandlade tystnadsplikten innebär således föga skydd för klientens motpart i skiljeförfarandet. För att underkasta ombud tystnadsplikt, vilken gäller till förmån för båda parter i skiljeförfarandet, krävs särskild avtalsreglering.

2.2.4 Särskilt om advokater

Som ombud i skiljeförfarande anlitas företrädesvis advokater. Vidare används ej sällan advokater som skiljemän. Dessa förhållanden aktualiserar

⁵⁴ Se Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 670 f. Frågan, som ingalunda är enkel, återkommer och diskuteras utförligare i avsnitt 5.3.4.

⁵⁵ Jfr Berglund, s. 31.

⁵⁶ Jfr *ibid.*, s. 34.

⁵⁷ Domskälen, s. 550. Bagner, *Fundamental Principle*, s. 247, uttalar, mot bakgrund av HD:s domskäl i denna del, att ”counsel for the parties are restricted by professional rules”. Jag vill härvid påpeka att ingenting i HD:s formulering tyder på att man haft de särskilda etiska reglerna för advokater i åtanke. Den tystnadsplikt för ombud som HD omnämner är istället en skyldighet grundad på uppdragets förtroendekaraktär, vilken gäller såväl advokater som andra ombud.

⁵⁸ Jfr vad som anses gälla beträffande advokats yrkesetiska tystnadsplikt, se Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 670. Jfr också Reid & Greenwood, s. 159.

frågeställningen vilken betydelse de yrkesetiska normerna för advokatkåren kan tillerkännas för frågan om tystnadsplikt i skiljeförfarande.

Enligt RB 8 kap. 4 § första stycket tredje meningen är advokat skyldig att förtiga vad han får kännedom om i sin yrkesutövning när god advokatsed kräver detta.⁵⁹ Vad god advokatsed kräver i detta hänseende är inte närmare angivet i RB, men normer har utbildats inom advokatkåren och genom avgöranden av advokatsamfundets styrelse och disciplinnämnd. Dessa normer kommer till uttryck i de vägledande regler om god advokatsed som utfärdats av Sveriges advokatsamfund (SRGA). I SRGA 19 § uttalas att advokat ”skall iaktta diskretion om sina klienters angelägenheter...”. Vidare föreskrivs att advokat inte, med mindre laggrundad upplysningsplikt föreligger, får ”utan vederbörligt samtycke yppa något, som i hans verksamhet förtrotts honom eller som han i samband med sådant förtroende erfarit”. Tystnadsplikten förutsätter att något blivit ”förtrott” åt advokaten i hans egenskap av advokat, varvid det är tillräckligt att uppgifterna lämnats under sådana omständigheter att det skäligen kan antas ha skett i förtroende.⁶⁰ Tystnadsplikten omfattar emellertid inte enbart vad klienten själv anförtrott advokaten utan även vad den sistnämnde erfarit i samband med förtroendet. En advokat bör betrakta varje upplysning som han i anledning av vad klienten anförtrott honom funnit sig föranledd anskaffa, såsom mottagen i samband med förtroendet och omfattad av tystnadsplikt.⁶¹ Enligt Wiklund torde god advokatsed kräva att advokaten i princip iakttar tystlåtenhet om allt vad han erfarit i sin yrkesutövning.⁶² Tystnadsplikten är dock inte absolut utan måste i vissa situationer vika för motstående intressen.⁶³ Den tystnadsplikt som sålunda åvilar advokat i dennes yrkesutövning är straffrättsligt sanktionerad i BrB 20 kap. 3 §. Enligt uttalanden vid lagens tillkomst skall dock ingripanden i disciplinär ordning inom advokatsamfundet vara det normala sättet att beivra advokats brott mot tystnadsplikt.⁶⁴

Advokat som i egenskap av *ombud* företräder part i skiljeförfarande träffas otvivelaktigt av den beskrivna tystnadsplikten.⁶⁵ Om advokaten, utan sin klients medgivande, offentliggör uppgifter rörande skiljetvisten, gör han sig skyldig till brott mot tystnadsplikten och riskerar straffrättsliga eller disciplinära sanktioner. Tystnadsplikten gäller dock uteslutande till klientens förmån, även om anförtrodda uppgifter avser motpartens eller tredje mans förhållanden.⁶⁶ Om advokaten fått sin klients medgivande att offentliggöra uppgifterna gör han sig inte skyldig till brott mot den yrkesetiska

⁵⁹ Samma princip föreskrivs i advokatsamfundets stadgar, 34 § andra stycket. I fråga om tystnadsplikt för advokat vid allmän advokatbyrå finns särskilda bestämmelser i 9 kap. 9 § SekrL.

⁶⁰ Se Wiklund, s. 301 f.

⁶¹ Se *ibid.*, s. 304.

⁶² Se *ibid.*, s. 305.

⁶³ Jfr *ibid.*, s. 311 ff.

⁶⁴ Se prop. 1979/80:2 Del A, s. 397.

⁶⁵ Se SOU 1995:65, s. 184.

⁶⁶ Se Wiklund, s. 321.

tystnadsplikten.⁶⁷ Reglerna om god advokatsed utgör sålunda föga skydd för motparten i skiljeförfarandet.

Huruvida advokat som agerar som *skiljeman* omfattas av den yrkesetiska tystnadsplikten får anses osäkert. RB 8 kap. 4 § föreskriver tystnadsplikt avseende sådan information advokaten får kännedom om *i sin yrkesutövning*. SRGA 19 § innehåller en liknande kvalifikation (*”i hans verksamhet”*). Det kan diskuteras huruvida uppträdande som skiljeman innebär utövande av advokatycket. I Wiklunds klassiska verk om god advokatsed betonas att en skiljeman inte företräder eller biträder någon klient utan fyller en ren domaruppgift. Enligt Wiklund saknas det för advokattypiska förtroendeförhållandet. Wiklunds slutsats är därför att advokat som fullgör uppdrag som skiljeman inte är verksam som advokat.⁶⁸ Han kan då inte heller vara underkastad den yrkesetiska tystnadsplikten. Skiljedomsutredningen nöjer sig med att konstatera att frågan är omdiskuterad och att advokatsamfundet inte haft anledning att pröva densamma.⁶⁹ Heuman anför att man, enligt en modern uppfattning, måste anse att ”advokater, som utses till skiljemän, får dessa uppdrag just på grund av sin yrkeserfarenhet. De bör därför kunna drabbas av disciplinära sanktioner om de bryter mot tystnadsplikten”.⁷⁰ Heuman utgår således från att en advokat även i egenskap av skiljeman utövar advokatycket och sålunda får anses underkastad den yrkesetiska tystnadsplikten.

Wiklunds uppfattning kan enligt min mening kritiseras såsom otidsenlig. Den advokat som uppträder som skiljeman intar i högsta grad en förtroendeställning i förhållande till parterna. Han har givits det särskilda förtroendet att lösa en affärstvist mellan parterna vars utgång måhända är av stor betydelse för parternas verksamhet. Även det förhållandet att advokater flitigt anlitas som skiljemän,⁷¹ antyder att verksamhet som skiljeman bör betraktas som en del i yrkesutövningen. Till detta kommer det av Heuman anförda förhållandet att advokater utses till skiljemän just på grund av sin yrkeserfarenhet. Uppfattningen att advokat även i egenskap av skiljeman är underkastad den yrkesetiska tystnadsplikten har således skäl för sig och förtjänar enligt min mening efterföljd. Eftersom en skiljeman utför uppdraget i båda de tvistande parternas tjänst (se avsnitt 2.2.2) kan han endast befrias från sin tystnadsplikt av parterna samfällt.⁷²

⁶⁷ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 36; Wiklund, s. 311, s. 321.

⁶⁸ Se Wiklund, s. 26.

⁶⁹ Se SOU 1995:65, s. 184. Jfr Bagner, *Fundamental Principle*, s. 247.

⁷⁰ Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 36.

⁷¹ Det förekommer att avtalsparterna i skiljeklausulen anger att skiljemännen skall vara advokater. G. Ramberg, s. 39, ger exempel på en skiljeklausul som föreskriver att skiljemännen ”skall vara ledamöter av Sveriges Advokatsamfund eller vara, eller ha varit, innehavare av ordinarie domarämbete”.

⁷² Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 36.

2.2.5 Tystnadsplikt för vittnen, sakkunniga, m.fl.

Frågan om tystnadsplikt för vittnen, sakkunniga och andra som hörs inför skiljenämnden i bevissyfte, har rönt ringa uppmärksamhet i svensk doktrin. En anledning härtill torde vara att frågan om tystnadsplikt för bevispersoner bedömts som mindre intressant, eftersom dessa aktörer ej erhåller känslig information i samma utsträckning som parter, ombud och skiljemän. En annan anledning torde vara att plausibel grund för framhävandet av en tystnadsplikt för bevispersoner saknas. Vittnen och av skiljenämnden utsedda sakkunniga har, till skillnad från ombud och skiljemän, inte en förtroenderelation till parterna. Tystnadsplikt för dessa bevispersoner kan således inte grundas på ett föreliggande uppdragsförhållande av förtroendekaraktär. Inte heller någon annan rättslig grund för tystnadsplikt kan identifieras. Det torde således stå klart att tystnadsplikt, i avsaknad av särskilt avtal därom, inte åvilar vittnen och av skiljenämnden förordnade sakkunniga, en uppfattning som också biträds av *Heuman*.⁷³ Huruvida samma slutsats äger giltighet beträffande partssakkunniga är måhända mera osäkert. Förhållandet mellan en part och en av parten utsedd sakkunnig kan karaktäriseras som ett privat avtalsrättsligt uppdragsavtal.⁷⁴ Man skulle möjligen kunna argumentera för uppfattningen att sekretessplikt för den partssakkunnige följer av ett underförstått avtalsvillkor eller ett till avtalstypen knutet naturale negotii. Det kan dock diskuteras om det aktuella avtalsförhållandet verkligen är av sådan utpräglad förtroendekaraktär att en tystnadsplikt kan anses underförstådd, förutsatt eller naturligt förknippad med avtalstypen. Att tystnadsplikt åvilar partssakkunnig även utan uttrycklig avtalsreglering därom motsägs också av de begränsade litteraturuttalanden som finns i frågan.⁷⁵ Det är mot denna bakgrund, och med beaktande av de bedömningskriterier som tillämpats av HD i *Bulbank*, föga troligt att tystnadsplikt för partssakkunnig utgör ett naturale negotii. Slutsatsen att bevispersoner inte är underkastade sekretessplikt i avsaknad av särskilt avtal därom torde sålunda äga giltighet även såvitt gäller partssakkunniga.

En avtalad tystnadsplikt för bevispersoner kan dock åstadkommas genom att vittnen och sakkunniga, i samband med skiljeförfarandet, avkrävs sekretessförbindelser.⁷⁶ Vidare kan en part i skiljeavtalet åta sig ett ansvar gentemot motparten för att de vittnen han kan komma att åberopa i ett eventuellt skiljeförfarande inte avslöjar information som vittnet därvid får del av.⁷⁷ Ett sådant avtalsvillkor innebär att en part blir avtalsrättsligt förpliktad att tillse att av honom åberopade vittnen iakttar sekretess.

⁷³ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 33, s. 38.

⁷⁴ Se Edelstam, s. 229.

⁷⁵ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 33, s. 38. Edelstam, s. 292, uttalar dock, utan referens till skiljeförfarande, att det är ”naturligt att en sakkunnig – även utan särskilt förbehåll därom – iakttar diskretion vid uppdragets utförande så att inte den uppdragsgivande parten skadas av att t.ex. information om resultatet av sakkunniguppdraget läcker ut i förtid”. Det framgår ej huruvida Edelstam härvid åsyftar en rättsligt sanktionerad plikt.

⁷⁶ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 33, s. 38.

⁷⁷ Jfr *ibid.*, s. 38.

3 Sekretess i skiljeförfarande ur ett internationellt perspektiv

3.1 Sekretess i skiljeförfarande enligt angloamerikansk rätt

3.1.1 Engelsk rätt – traditionell inställning

Fram till de senaste åren var frågan om sekretess i skiljeförfarande ett ämne som erhöll ringa uppmärksamhet i de engelska rättskällorna.⁷⁸ Direkt relevant rättspraxis saknades och arbeten om skiljeförfarande innehöll endast kortfattade generella uttalanden i frågan. Det torde aldrig ha rått någon tvekan om att skiljeförfarande enligt engelsk rätt följer en princip om *avskildhet (privacy)*.⁷⁹ Olika uppfattningar har emellertid framförts i frågan huruvida härav även följer en skyldighet att iaktta sekretess beträffande det som förevarit under skiljeförfarandet (*förtrolighet, confidentiality*).

Den skola som förnekar förekomsten av tystnadsplikt i skiljeförfarande, eller vill minimera denna så långt möjligt, använder den långvariga avsaknaden av diskussion i praxis och doktrin som ett argument för sin uppfattning. Om en allmän skyldighet att iaktta sekretess existerade borde det finnas äldre auktoriteter att åberopa till stöd härför. Avsaknaden av domstolsavgöranden visar, enligt denna skola, att någon tystnadsplikt ej är förknippad med skiljeförfarande enligt engelsk rätt.⁸⁰

Den skola som hävdar att en allmän tystnadsplikt upprätthålls av engelsk rätt framhåller å andra sidan att skiljemän, parter och ombud traditionellt respekterat den sekretess som vidlåder skiljeförfarandet och där presenterade dokument. Offentliggörande har bara skett i fall då detta varit rättfärdigat med hänsyn till allmänna intressen eller privata rättigheter. Problem och svårigheter har därför i praktiken inte uppstått, vilket förklarar avsaknaden av domstolsavgöranden.⁸¹ Argumentet tycks förutsätta att de engelska domstolarna, om de hade ställts inför problemet, skulle ha fastslagit principen att skiljeförfarande är förknippat inte bara med avskildhet (*privacy*) utan också med förtrolighet (*confidentiality*). Denna princip kan betecknas som det traditionella, ortodoxa tankesättet i frågan.⁸²

⁷⁸ Se Neill, s. 287.

⁷⁹ Jfr Bernstein m.fl., s. 193 f.; Collins, s. 321; Rogers & Miller, s. 320 f.; Sutton m.fl., s. 235 f.

⁸⁰ Jfr Neill, s. 287 f.

⁸¹ Jfr *ibid.*, s. 288 f.

⁸² Se Roger & Miller, s. 320.

Under de senaste dryga tio åren har uppmärksamheten kring frågan om sekretess i skiljeförfarande ökat markant. Engelska domstolar har vid mer än ett tillfälle givits möjlighet att klargöra engelsk rätts inställning i frågan. De sålunda meddelade avgörandena stödjer det traditionella, ortodoxa tankesättet.

I *Dolling-Baker*⁸³ hade käranden (ett försäkringsbolag) väckt talan mot ett återförsäkringsbolag och, i andra hand, mot sin mäklare. Käranden begärde *discovery* (närmast edition) av dokument hänförliga till ett skiljeförfarande i vilket återförsäkringsbolaget och mäklaren varit parter. Denna begäran bifölls i första instans, men Court of Appeal, vars beslut formulerades av Parker LJ, ändrade beslutet, primärt med motiveringen att en stor del av de omstridda dokumenten inte visats ha relevans i den aktuella tvisten. Parker LJ gick emellertid vidare och behandlade även parts tystnadsplikt i skiljeförfarande. Härvid uttalades bl.a. följande.⁸⁴

As between the parties to an arbitration, although the proceedings are consensual and may thus be regarded as wholly voluntary, their very nature is such that there must, in my judgment, be some implied obligation on both parties not to disclose or use for any purpose any documents prepared for and used in the arbitration, or disclosed and produced in the course of the arbitration, or transcripts or notes of the evidence in the arbitration or the award ... , save with the consent of the other party, or pursuant to an order or leave of the court.

Parker LJ:s domskäl fastslår att tystnadsplikt för part i skiljeförfarande är en underförstådd skyldighet med grund i skiljeförfarandets natur. Tystnadsplikten är inte absolut, men Parker LJ ansåg sig inte föranledd att i det aktuella fallet precisera gränserna för tystnadsplikten närmare. En domstol måste enligt Parker LJ beakta tystnadspliktens existens när fråga om *discovery* uppkommer, även om denna plikt måste vika när edition är nödvändig för ”fair disposal of the action”. I det aktuella fallet ansåg Parker LJ inte visat att edition på detta sätt var nödvändig. Det kan diskuteras huruvida Parker LJ:s uttalanden om sekretess i skiljeförfarande utgör *ratio decidendi* eller *obiter dicta*. Neill är av uppfattningen att uttalandena konstituerar ett ytterligare skäl för domstolens avgörande, ett ”second *ratio decidendi*”.⁸⁵ Parker LJ:s domskäl i denna del representerar därför engelsk rätt ”unless and until overruled by the House of Lords”.⁸⁶

Dolling-Baker bekräftades och utvecklades i *Hassneh Insurance*,⁸⁷ avgjort i första instans av Colman J. Frågan Colman J hade att ta ställning till var om förlorande part i skiljeförfarande, som nu förde talan av regresskaraktär mot

⁸³ *Dolling-Baker v. Merrett and others*, [1991] 2 All ER 890 (C.A.). Fallet tas upp av Collins, s. 330 ff.; Neill, s. 291 ff.; Paulsson & Rawding, s. 308 f.; Roger & Miller, s. 322 ff.

⁸⁴ Domskäl, s. 899.

⁸⁵ Se Neill, s. 291 f. Lew, s. 284, menar å andra sidan att Parker LJ uttalade sig *obiter*.

⁸⁶ Neill, s. 302.

⁸⁷ *Hassneh Insurance Co. Of Israel and others v. Steuart J. Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep. 243 (QB). Fallet tas upp av Collins, s. 332 f.; Neill, s. 293 f.; Paulsson & Rawding, s. 309 f.; Rogers & Miller, s. 324 f.

annan person, ägde avslöja skiljedomen och under skiljeförfarandet producerade dokument.⁸⁸ Colman J accepterade förekomsten av ett underförstått ("implied") villkor om sekretess. Dokument som skapats under, eller i anledning av, skiljeförfarandet var enligt Colman J underkastade sekretessplikt härledd från skiljeavtalet självt. Dokument som existerat sedan tidigare och utgivits som ett led i *discovery* under skiljeförfarandet var också underkastade sekretessplikt. Beträffande dessa dokument härleddes den underförstådda sekretessplikten i skiljeavtalet från en i engelsk rätt accepterad princip om att material erhållit vid *discovery* endast får användas i förhållande till den tvist i vilken *discovery* skett.

Till skillnad från Parker LJ i *Dolling-Baker* hade Colman J att, mot bakgrund av fakta i målet, närmare gå in på frågan om undantag från tystnadsplikten. Skiljedomen och dess skäl kunde enligt Colman J, om det var skäligen nödvändigt (*reasonably necessary*) för att fastställa eller skydda en parts rättigheter mot tredje man, avslöjas i syfte att understöda en talan eller ett försvar. Ett sådant avslöjande kunde ske utan domstolsbeslut och utan att brott mot tystnadsplikten ansågs föreligga. Däremot var Colman J inte beredd att utsträcka undantaget till annat än skiljedomen och dess skäl. Vittnesutsagor, protokoll, överlämnade dokument m.m. fick inte avslöjas utan särskilt beslut av domstol.

I ett efterföljande fall, *Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate*,⁸⁹ ställdes Colman J på nytt inför frågan om undantag från tystnadsplikten för part i skiljeförfarande. Colman J fastslog härvid att en skiljedom får avslöjas för att tillvarata en parts rättigheter endast om rättigheterna i fråga inte kan genomdrivas eller skyddas utan att skiljedomen avslöjas. Avgörandet tyder på att utrymmet för undantag från sekretessplikten är påtagligt begränsat.

Mot bakgrund av de refererade rättsfallen, och kommentatorernas tolkning därav, kan den engelska rättens traditionella inställning sammanfattas enligt följande.⁹⁰ En underförstådd tystnadsplikt för part i skiljeförfarande följer av skiljeförfarandets privata natur. Sekretessen torde omfatta skiljeförfarandet i dess helhet, inklusive upprättade dokument, överlämnade dokument och vad som förevarit vid muntliga förhandlingar.⁹¹ Tystnadsplikten är emellertid inte absolut.⁹² Undantag gäller för fall då part är lagligen skyldig att avslöja information och förpliktas därtill av domstol. Vidare kan part erhålla domstols tillstånd till avslöjande. Slutligen får skiljedomen utges, utan krav

⁸⁸ Det bör påpekas att skiljedomen i fråga vara av interimistisk karaktär. Detta torde dock ha saknat betydelse för bedömningen.

⁸⁹ *Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate* [1995] 1 Lloyd's Rep. 272. Fallet tas upp av Neill, s. 294 f.; Rogers & Miller, s. 325 f.

⁹⁰ Samma slutsatser stöds även av *Hyundai Engineering & Construction Company Limited v. Active Building & Civil Construction (PTE) Ltd. (In Liquidation)*, ett orapporterat fall avgjort i första instans och omnämnt av Neill, s. 295 f.; Rogers & Miller, s. 326.

⁹¹ Jfr Bernstein m.fl., s. 194; Neill, s. 290.

⁹² Hittills medgivna undantag sammanfattas i det senare rättsfallet *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir* (närmare behandlat i avsnitt 3.2.4), se domskälen s. 147 f. Se även sammanfattningen i Neill, s. 290. Jfr Sutton m.fl., s. 236 f.

på föregående domstolsbeslut, om detta är nödvändigt för att tillvarata partens rättigheter. Gränserna för tystnadsplikten är endast delvis fastlagda genom rättspraxis, och ytterligare undantag kan tänkas.⁹³

Undersökningen av engelsk rätt ovan har varit inriktad på tystnadsplikt för *part*. I fråga om tystnadsplikt för skiljemän och bevispersoner ger de refererade rättsfallen ringa vägledning. I litteraturen har dock framhåvdats att tystnadsplikten bör omfatta alla berörda, oberoende av huruvida de är parter eller ej.⁹⁴ Ett rättsfall av relevans i detta sammanhang är *London & Leeds Estates Ltd. v. Paribas Ltd. (No. 2)*, avgjort av Mance J.⁹⁵ En av parterna i ett skiljeförfarande, i vilket ett expertvittne åberopades, sökte i detta fall domstols hjälp för att erhålla utlåtanden avgivna av expertvittnet i tidigare skiljeförfaranden mellan andra parter. Avseende ett av dessa tidigare utlåtanden tillmötesgicks begäran, med motiveringen att rättvisans intresse vägde tyngre än sekretessen. Avgörandet utgick dock från premissen att parterna i de tidigare skiljeförfarandena var underkastade tystnadsplikt vilken omfattade den framlagda bevisningen. Även vittnen ansågs av Mance J underkastade tystnadsplikt omfattande avgivna utsagor. Denna plikt gällde inte bara till förmån för den part som åberopat vittnet utan även till förmån för dennes motpart. Det konstaterades vidare att även skiljemännen omfattades av "an arbitral duty and a duty of confidence and privacy". En skiljeman i ett av de tidigare skiljeförfarandena ansågs ha brutit mot dessa skyldigheter genom att informera parterna i det nu aktuella skiljeförfarandet om att expertvittnet avgett inkonsekventa vittnesmål.

Om rättsfallet tas till intäkt för innebörden av engelsk rätt, skulle således tystnadsplikt åvila även *vittnen och andra bevispersoner*. Av rättsfallet framgår att denna plikt omfattar vittnets egna utsagor. I viss litteratur har vidare uttalats att vittnen, vilka får del av dokument eller andra vittnens utsagor, har att iaktta sekretess beträffande dessa.⁹⁶ Att en tystnadsplikt åvilar vittnen är emellertid ingalunda säkert. Avgöranden från högre instans som bekräftar förekomsten av en sådan tystnadsplikt saknas och frågan behandlas sparsamt i litteraturen.⁹⁷ För det fall en sådan tystnadsplikt existerar bör den anses kvalificerad med undantag motsvarande de som gäller för parts tystnadsplikt.⁹⁸ Rättsläget beträffande *skiljemän* är måhända mindre kontroversiellt. Den rådande uppfattningen, vilken också vinner visst stöd i det refererade fallet, synes vara att en skiljeman i denna sin egenskap

⁹³ Jfr Bernstein m.fl., s. 196; Neill, s. 291; Rogers & Miller, s. 325 f. Bernstein m.fl., s. 196, nämner ytterligare tänkbara undantagsfall. *London & Leeds Estates Ltd. v. Paribas Ltd. (No. 2)* och tolkningen därav i *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*, tyder på att det finns ett undantag för fall då "rättvisans intresse" kräver avslöjande.

⁹⁴ Se Bernstein m.fl., s. 194.

⁹⁵ [1995] 1 EGLR 102. Det aktuella rättsfallet har ej varit tillgängligt för mig vid författandet av detta arbete. Jag tvingas därför i detta avseende förlita mig på sekundära källor, i synnerhet Neills referat av rättsfallet, se Neill, s. 296 f.

⁹⁶ Se Bernstein m.fl., s. 194, s. 196.

⁹⁷ Se dock Neill, s. 309, som ansluter sig till Mance J:s uppfattning.

⁹⁸ Jfr Bernstein m.fl., s. 196.

är underkastad en allmän tystnadsplikt.⁹⁹ Inte heller denna tystnadsplikt är emellertid absolut. Undantag gäller åtminstone för det fall skiljemanden har parternas samtycke,¹⁰⁰ eller är lagligen förpliktad att utge uppgifter hänförliga till skiljeförfarandet.¹⁰¹

Den engelska rättens traditionella inställning i frågan om sekretess i skiljeförfarande, såsom den nu beskrivits, har inte vunnit okritisk efterföljd i samtliga common law-jurisdiktioner. Tvärtom har inställningen de senaste åren blivit föremål för starka utmaningar från såväl amerikanskt som australiensiskt håll.

3.1.2 Amerikansk avvikelser – *United States v. Panhandle*

Amerikansk rätt¹⁰² torde i likhet med engelsk rätt respektera skiljeförfarandets avskildhet (*privacy*).¹⁰³ Att allmänheten inte äger tillträde till själva förfarandet anses ligga i skiljeförfarandets natur. I frågan om tystnadsplikt (*confidentiality*) har emellertid amerikansk rättspraxis delvis avvikit från den engelska rättens traditionella inställning.

I *United States v. Panhandle*,¹⁰⁴ avgjort av en federal distriktsdomstol, hade Panhandle förpliktats att till den amerikanska regeringen utge vissa dokument. Några av de aktuella dokumenten var hänförliga till ett skiljeförfarande under ICC Rules of Arbitration, mellan å ena sidan ett dotterbolag till Panhandle, PEPL, och å andra sidan ett algeriskt statligt oljebolag. PEPL begärde en s.k. Protective Order för att skydda dessa dokument. Härvid åberopades i första hand ICC Rules of Arbitration, vilka enligt PEPL föreskrev sekretess. Domstolen fann dock att parterna i skiljeförfarandet inte ålades någon tystnadsplikt genom de nämnda reglerna, varför denna grund avfärdades. PEPL åberopade vidare att en allmän överenskommelse om sekretess nåtts vid skiljeförfarandets inledande. Domstolen avfärdade emellertid även denna grund. Någon diskussion kring en eventuell allmän princip om sekretess i skiljeförfarande fördes ej i domskälen.

United States v. Panhandle har av vissa kommentatorer ansett vara uttryck för ett avståndstagande från principen om sekretess i skiljeförfarande.¹⁰⁵ Möjligen kan man av rättsfallet dra slutsatsen att amerikansk rätt, till

⁹⁹ Se *ibid.*, s. 195; Neill, s. 291; Sutton m.fl., s. 162.

¹⁰⁰ Jfr Sutton m.fl., s. 162.

¹⁰¹ Jfr Bernstein m.fl., s. 195.

¹⁰² Amerikansk rätt är egentligen ett föga adekvat begrepp. Att USA är en federal statsbildning medför att det snarare rör sig om ett flertal olika rättssystem. Från denna problematik bortses i det följande, och begreppet amerikansk rätt används för enkelhetens skull för att referera till den i USA dominerande rättsuppfattningen.

¹⁰³ Jfr Collins, s. 322; Paulsson & Rawding, s. 307.

¹⁰⁴ *United States v. Panhandle Eastern Corp.* 118 F.R.D. 346 (D.Del. 1988). Fallet tas upp av Neill, s. 303 f.; Paulsson & Rawding, s. 311.

¹⁰⁵ Se Paulsson & Rawding, s. 311. Jfr Dessemontet, s. 299.

skillnad från engelsk rätt, inte erkänner förekomsten av en allmän tystnadsplikt för part.¹⁰⁶ *Smit* konstaterar att varken federal lagstiftning eller lagstiftning på delstatsnivå innehåller en bestämmelse om sekretess i skiljeförfarande.¹⁰⁷ Som en följd härav är parterna, enligt *Smit*, inte skyldiga att iaktta sekretess beträffande skiljeförfarandet och vad som förekommer därunder, såvida inte avtalet eller tillämpliga skiljedomsregler föreskriver en sådan skyldighet. Någon skyldighet att iaktta sekretess följer enligt *Smit*s uppfattning varken av avtalsrätt, sedvana eller ”good faith”. Inte heller är tystnadsplikt nödvändigt förknippat med den rättsliga institution skiljeförfarande utgör. Riktigheten i dessa åsikter bekräftas enligt *Smit* av *United States v Panhandle. Neill* menar å andra sidan att det är farligt att läsa in för mycket i *United States v. Panhandle*.¹⁰⁸ Han framhåller härvid att PEPL inte ens tycks ha framställt något argument grundat på uppfattningen att ”confidentiality is an inherent feature of all private arbitrations”.¹⁰⁹

I likhet med *Neill* anser jag visserligen att viss försiktighet är påkallad vid tolkning av *United States v. Panhandle*. Jag har dock svårt att se att domstolen, mot bakgrund av hur talan utformats, skulle ha varit processuellt förhindrad att erkänna förekomsten av en underförstådd avtalsförpliktelse om sekretess. Även vad *Smit* anfört ger stöd för uppfattningen att amerikansk rätt saknar en allmän princip om tystnadsplikt för *part* i skiljeförfarande. I vart fall får rättsläget bedömas som högst osäkert.

Däremot torde även under amerikansk rätt *skiljemän* vara underkastade tystnadsplikt.¹¹⁰ En sådan tystnadsplikt vinner också stöd i den etiska kod för skiljemän som promulgerats av American Bar Association och American Arbitration Association.¹¹¹

3.1.3 Australiensisk avvikelse – *Esso/BHP v. Plowman*

Fram till mitten av 1990-talet hade frågan om sekretess i skiljeförfarande inte blivit föremål för något auktoritativt avgörande i de australiensiska domstolarna.¹¹² Såsom tillhörigt common law-traditionen antog många att den australiensiska rätten överensstämde med den engelska även på denna punkt. När den högsta australiensiska domstolsinstansen High Court år 1995, i *Esso/BHP v. Plowman*,¹¹³ fastslog att någon allmän princip om

¹⁰⁶ Jfr *Collins*, s. 327, s. 334.

¹⁰⁷ Till det följande, se *Smit*, *Expert Report*, s. 297 f.

¹⁰⁸ Se *Neill*, s. 303 f.

¹⁰⁹ *Ibid.*, s. 304. *Neill*, s. 303 f., framhåller också att det sätt på vilket frågan kom under domstolens prövning kan ha haft betydelse för utgången. Tidigare praxis visar att part som söker s.k. Protective Order har ”a high onus to discharge in establishing ’good cause’”.

¹¹⁰ Jfr *Lew*, s. 289.

¹¹¹ Se Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, Canon VI.

¹¹² Jfr *Rogers & Miller*, s. 327.

¹¹³ *Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*, (1995) 11 *Arbitration International* 235. Fallet behandlas bl.a. av *Fortier*, s. 134 f.; *Jarvin*, s. 166 f.; *Neill*, s. 297 ff.; *Rogers & Miller*, s. 327 ff.; *Smit*, *Confidentiality*, s. 61 ff. Det bör uppmärksammas att fallet debatterades i litteraturen redan innan High Court slutligt avgjort målet, varvid det

sekretess i skiljeförfarande inte existerar i australiensisk rätt, var reaktion sålunda kraftfull. Avgörandet satte ifråga allmänt omfattade uppfattningar och fallet föranledde, redan innan High Courts slutliga avgörande, omfattande diskussion kring frågan om sekretess i internationella skiljeförfaranden.

Bakgrunden till fallet var följande. Företag tillhörande Esso Australia-koncernen hade åtagit sig att leverera naturgas till två offentlighetsrättsliga parter i delstaten Victoria; GFC och SEC. BHP förvärvade senare rättigheter enligt ett av kontrakten från Esso-koncernen. Sedan en ny skatt införts begärde Esso och BHP höjning av priset i enlighet med en prisjusteringsklausul i kontrakten. GFC och SEC accepterade ej höjningen och skiljeförfarande inleddes. I skiljeförfarandet uppställde Esso och BHP som villkor för att utlämna detaljerat underlag för prishöjningarna, att GFC och SEC åtog sig att inte avslöja den information de skulle erhålla under skiljeförfarandet för någon. Delstaten Victorias minister för energi och mineraler inledde domstolsprocess och yrkade (förenklat) att domstolen skulle fastställa att GFC och SEC inte var förhindrade att till ministern eller tredje man vidarebefordra den information som Esso och BHP skulle lämna under skiljeförfarandet. Esso och BHP yrkade genstämningvis förklaring från domstolen att sekretessplikt gällde beträffande skiljeförfarandet. GFC och SEC anslöt sig till ministerns uppfattning och gjorde anspråk på rätt att föra informationen vidare till ministern. I High Court, där målet hamnade efter att Esso och BHP förlorat i underinstanserna, hävdade Esso och BHP att det är ett underförstått villkor i skiljeavtalet att parterna inte äger avslöja information som de får del av under skiljeförfarandet. Esso och BHP stödde sig således på de principer som utvecklats i engelsk rätt (se avsnitt 3.1.1). I sin dom förenade sig majoriteten i High Court (3 mot 2) kring domskäl formulerade av Mason CJ.

Mason CJ erkände skiljeförfarandets avskildhet (*privacy*) som en etablerad princip och godtog skiljemännens behörighet att utesluta utomstående från förhandlingarna. Han gick därefter vidare för att bedöma frågan om tystnadsplikt (*confidentiality*). Härvid refererade han bl.a. engelska Court of Appeals avgörande i *Dolling-Baker*. Han nämnde emellertid också avsaknaden av domstolsavgöranden före *Dolling-Baker*, pekade på viss australiensisk och amerikansk rättspraxis som ansågs oförenlig med en allmän princip om sekretess (bl.a. *United States v. Panhandle*), samt hänvisade till bristen på enhetlighet i de rättsutlåtanden som förekom i målet. Vidare konstaterade han att fullständig sekretess i skiljeförfarande inte kunde uppnås. Härefter nådde Mason CJ följande slutsats.¹¹⁴

Despite the view taken in *Dolling-Baker* and subsequently by Colman J in *Hassneh Insurance*, I do not consider that, in Australia, having regard to the various matters to which I have referred, we are justified in concluding that confidentiality is an

överklagade avgörandet meddelat av appellationsdomstolen (Appeal Division of the Supreme Court of Victoria) låg till grund för diskussionen.

¹¹⁴ Domskälen, s. 246.

essential attribute of a private arbitration imposing an obligation on each party not to disclose the proceedings or documents and information provided in and for the purposes of the arbitration.

Under australiensisk rätt gällde således inte någon allmän princip om tystnadsplikt i skiljeförfarande. Tystnadsplikt var inte heller ett underförstått villkor kopplat till skiljeavtalet. Redan på grund härav var Essos och BHP:s uppfattning om tystnadsplikt för GFC och SEC felaktig. Mason CJ konstaterade vidare att även om en allmän tystnadsplikt existerade, i strid med vad han nyss fastslagit, vore den föremål för ett ”public interest”-undantag. Det fanns enligt Mason CJ situationer då tredje män och allmänheten hade ett berättigat intresse av att få ta del av vad som förekommit under ett skiljeförfarande. Det aktuella fallet var enligt Mason CJ ett exempel på en sådan situation.

Den mest väsentliga aspekten av High Courts avgörande är att förekomsten av en allmän tystnadsplikt för part i skiljeförfarande förnekas. I detta avseende går avgörandet stick i stäv med den traditionella inställningen i engelsk rätt. Även om en allmän tystnadsplikt således inte erkändes, accepterade Mason CJ emellertid att sekretessplikt gäller beträffande dokument som överlämnas av part *under tvång* efter beslut av skiljemännen (*discovery*). Denna sekretess, som inte omfattar frivilligt överlämnade handlingar, är emellertid försedd med ett ”public interest”-undantag.

3.1.4 Implikationer av *Esso/BHP v. Plowman*

Genom *Esso/BHP v. Plowman* är det vad australiensisk rätt anbelangar fastlagt att någon allmän princip om tystnadsplikt för *part* i skiljeförfarande inte existerar.¹¹⁵ Vill avtalsparter tillse att båda sidor är underkastade tystnadsplikt i ett eventuellt framtida skiljeförfarande under australiensisk rätt måste man således uttryckligen överenskomma om sekretess. Det bör påpekas att Mason CJ i sina domskäl framhöll att det står parterna fritt att, om de så önskar, inkludera en uttrycklig sekretessklausul i skiljeavtalet. Enligt Mason CJ binder dock en sådan klausul endast parterna och skiljemännen, inte olika tredje män, såsom vittnen.

En intressant fråga som uppstod efter *Esso/BHP v. Plowman* var vilken relevans och vilka implikationer fallet kunde ha för engelsk (och amerikansk) rätt. Värt att notera i detta sammanhang är att High Court faktiskt beaktade de relevanta engelska rättsfallen, men ändå inte fann tillräckligt stöd för förekomsten av en allmän tystnadsplikt. Engelska kommentatorer har försökt begränsa räckvidden av avgörandet till australiensisk rätt. Det har framhållits att Mason CJ uttryckligen begränsade sina uttalanden till Australien (se citatet i avsnitt 3.1.3), samt att avgörandet

¹¹⁵ Vad gäller australiensisk rätts inställning i fråga om tystnadsplikt för *skiljemän* kan jag däremot inte, på grundval av för mig tillgängligt material, uttala någon säker uppfattning. Jag vill dock påpeka att domskälen i *Esso/BHP v. Plowman* ingalunda utesluter existensen av en sådan sekretessplikt.

baseras på australiensisk praxis och historia.¹¹⁶ Härav har ansetts följa att avgörandet inte är bindande för engelska domstolar och att det sannolikt inte kommer att följas av dessa.¹¹⁷

Denna uppfattning har nu bekräftats genom *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*,¹¹⁸ där Court of Appeal, vars beslut formulerades av Potter LJ, upprätthöll den engelska rättens traditionella inställning i frågan. I detta fall hade en tvist mellan Ali Shipping Corp. och Shipyard Trogir avgjorts genom skiljeförfarande. Shipyard Trogir avsåg att använda material som genererats i detta skiljeförfarande för att stödja sin sak i ett annat skiljeförfarande mellan Shipyard Trogir och tre bolag i samma koncern som Ali Shipping Corp. Potter LJ upprätthöll, med hänvisning till *Dolling-Baker*, principen om en underförstådd skyldighet för part i skiljeförfarande att iaktta tystnad. Skyldigheten baseras enligt Potter LJ inte på sedvana eller affärseffektivitet, utan gäller ”as a matter of law”. Potter LJ tillstod att de slutliga gränserna för tystnadsplikten ännu inte dragits och konstaterade att gränsdragningen skulle ske genom formulering av undantag med allmän tillämpning. Potter LJ bekräftade förekomsten av de undantag som berörts ovan (se avsnitt 3.1.1). Han uttalade härvid, med avvikelse från Colman J:s i *Hassneh Insurance* uttryckta uppfattning, att undantaget för fall då avslöjande är skäligen nödvändigt (*reasonably necessary*) för att fastställa eller skydda en parts rättigheter mot tredje man, även omfattar annat material än skiljedomen som sådan. Hans tolkning av uttrycket ”skäligen nödvändigt” tycks vidare mindre sträng än Colman J:s i *Insurance Co. v. Lloyd’s Syndicate*. Trots detta ansågs Shipyard Trogir inte kunna visa att undantaget var tillämpligt i det aktuella fallet. Inte heller fanns det enligt Potter LJ skäl att skapa ett särskilt undantag för fall då de för vilka avslöjande skall ske tillhör samma ägarkrets som den skyddade parten. Shipyard Trogir var således, under nuvarande förhållanden, inte berättigat att framlägga det aktuella materialet i det pågående skiljeförfarandet. Efter *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir* kan det inte råda något tvivel om att engelsk rätt upprätthåller en allmän princip om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande. De närmare gränserna för tystnadsplikten (i form av tänkbara undantag) har dock ännu inte slutligt fastställts. Med beaktande härav är den säkraste vägen ändå att uttryckligen avtala om sekretess i skiljeavtalet.¹¹⁹

Den i de föregående avsnitten genomförda undersökningen visar på en betydande splittring i den aktuella frågan inom common law-jurisdiktionerna. Å ena extremen har vi den engelska rätten, som upprätthåller en traditionell princip om sekretess i skiljeförfarande, om än försedd med undantag.¹²⁰ Å andra extremen har vi den australiensiska rätten, som förnekar förekomsten av en allmän princip om tystnadsplikt.

¹¹⁶ Se Bernstein m.fl., s. 194 f.; Neill, s. 305.

¹¹⁷ Se Bernstein m.fl., s. 195.

¹¹⁸ [1998] 2 All ER 136. Fallet tas bl.a. upp av Fortier, s. 136 f.

¹¹⁹ Jfr Sutton m.fl., s. 235.

¹²⁰ Samma princip har numera fastslagits i Nya Zeeland genom lagstiftning. Se Bagner, *Fundamental Principle*, s. 245; Bagner, *Confidentiality Condendum*, s. 21; Reid, s. 59.

Däremellan finner vi den amerikanska rätten, vars innebörd än så länge är något osäker, även om det finns indikationer på att en allmän princip om sekretess i skiljeförfarande inte upprätthålls.

3.2 Sekretess i skiljeförfarande enligt vissa kontinentaleuropeiska rättssystem

3.2.1 Fransk rätt

Fransk rätt torde erkänna och upprätthålla en allmän princip om sekretess i skiljeförfarande. Denna uppfattning vinner till att börja med stöd i fransk doktrin. *Matthieu de Boisséson* talar sålunda om en presumtion för sekretess som är förbunden med internationella skiljeförfaranden.¹²¹ *Gaillard* karaktäriserar principen om sekretess i skiljeförfarande som ”un principe de droit supplétif”.¹²² Principen ger vika endast om parterna ingått en överenskommelse med annat innehåll.¹²³ Framställningarna ger intrycket att tystnadsplikten omfattar åtminstone parter och skiljemän.

Den i doktrinen uttalade uppfattningen bekräftas i *Aita c. Ojeh*, avgjort av appellationsdomstolen i Paris.¹²⁴ I detta fall hade en tvist mellan Aita och Ojeh avgjorts genom skiljedom meddelad i London. Aita väckte klandertalan vid den franska domstolen och yrkade, med angivande av ett flertal grunder, att skiljedomen skulle åsidosättas. Domstolen fann sig obehörig och avvisade talan. Ojeh hade emellertid genstämt med yrkande om skadestånd för att Aita inlett onödig rättegång. Domstolen fann att Aita väckt talan vid en domstol som uppenbart saknade behörighet och därmed orsakat en offentlig diskussion kring omständigheter som bort förbli konfidentiella. Det ligger enligt domstolen i skiljeförfarandets natur att det försäkrar den högsta graden av diskretion vid lösning av privata tvister, såsom parterna överenskommit.¹²⁵ Aita ålades därför att utge skadestånd för den skada Ojeh orsakats genom att Aita förde talan mot domen. Avgörandet bygger på premissen att part i skiljeförfarande är underkastad tystnadsplikt, vilken tycks vara grundad på skiljeförfarandets natur och en (underförstådd)

¹²¹ Se de Boisséson, s. 684 (“Une présomption de confidentialité s’attache à l’arbitrage commercial international.”).

¹²² Se Gaillard, s. 155. Gaillards uttalande är antagligen inte begränsat till fransk rätt. Här tas det dock, mot bakgrund av utvecklingen i internationell praxis, endast till intäkt för innehållet i fransk rätt.

¹²³ Se *ibid.*, s. 156. Jfr Bond, s. 277, som uttalar att med “droit supplétif” avses supplementär rätt som, i avsaknad av särskild lagstiftning, är automatiskt tillämplig såvida inte parterna överenskommit annorlunda.

¹²⁴ Cour d’appel de Paris 1er ch. suppl., 18 février 1986, *Recueil Dalloz-Sirey* 1987.2.339. Fallet tas upp av de Boisséson, s. 685; Gaillard, s. 155; Jarvin, s. 159; Paulsson & Rawding, s. 312 f.

¹²⁵ “[I] est en effet de la nature même de la procédure d’arbitrage d’assurer la meilleure discrétion pour le règlement des différends d’ordre privé ainsi que les deux parties en étaient convenues.”

överenskommelse mellan parterna. Genom att bryta denna plikt ådrog sig Aita skadeståndsskyldighet. Domskälen har av vissa kommentatorer ansetts otillfredsställande, eftersom hänvisningar till auktoriteter saknas och eftersom någon gränser för tystnadsplikens omfattning inte artikuleras.¹²⁶ Såsom uttalats av Gaillard, får det dock genom fallet anses klarlagt att principen om tystnadsplikt i skiljeförfarande utgör en del av positiv fransk rätt.¹²⁷

3.2.2 Tysk rätt

Inställningen i tysk rätt till frågan om sekretess i skiljeförfarande är svår att fastställa. Den nya lag om skiljeförfarande som trätt i kraft år 1998 saknar reglering i frågan. Beträffande tystnadsplikt för skiljemän är rättsläget visserligen relativt säkert, men vad gäller tystnadsplikt för part är underlaget för uttalanden om gällande rätt påtagligt begränsat.

Den allmänna uppfattningen i litteratur och rättskipning är att tystnadsplikt följer med befattningen som *skiljeman*.¹²⁸ Denna princip anses så självklar att den överhuvud ej blivit ifrågasatt.¹²⁹ Den rättsliga grunden för tystnadsplikten är emellertid inte alldeles klar. Möjligen kan principen härledas genom analogi från uttryckliga lagregler om tystnadsplikt för domare i de ordinära domstolarna.¹³⁰ Skyldigheten kan emellertid också härledas från skiljemannaavtalet som sådant eller från sedvanerätt.¹³¹ Tystnadsplikten gäller till parternas förmån och bör därför kunna efterges av dessa i förening.¹³²

Vägledande tyska rättsfall i frågan om tystnadsplikt för *part* i skiljeförfarande saknas, såvitt jag kan bedöma. Frågan behandlas också mycket sparsamt i tysk doktrin. Vissa uttalanden tyder på att det skulle föreligga en princip om sekretess. Sålunda talar *Schütze m.fl.* om ”skiljeförfarandets omfattande förtrolighet”, som framhålls som en väsentlig fördel med skiljeförfarande i förhållande till den ordinära domstolsprocessen.¹³³ Några mer precisa uttalanden i fråga om tystnadsplikt har jag emellertid ej kunnat finna, varför rättsläget får betraktas som osäkert.

¹²⁶ Se Paulsson & Rawding, s. 312.

¹²⁷ Se Gaillard, s. 155.

¹²⁸ Se Maier, s. 141 f.; Meyer, s. 107; Real, s. 156; Schütze m.fl., s. 119.

¹²⁹ Se Real, s. 156.

¹³⁰ Se Meyer, s. 107; Real, s. 156.

¹³¹ Se Meyer, s. 107; Real, s. 156.

¹³² Jfr Meyer, s. 108. Den tystnadsplikt som gäller beträffande skiljenämndens överläggning (Beratungsgeheimnis) är dock sannolikt uppställd även i skiljemännens intresse, jfr Maier, s. 338 f.; Schütze m.fl., s. 254.

¹³³ Se Schütze m.fl., s. 10 (“die umfassende Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens”). Jfr Maier, s. 36.

3.2.3 Schweizisk rätt

Under schweizisk rätt har, enligt *Bucher & Tschanz*, de tvistande parterna en underförstådd skyldighet med grund i skiljeavtalet, att respektera skiljeförfarandets konfidentiella karaktär.¹³⁴ Det är tydligt att *Bucher & Tschanz* härvid åsyftar en rättsligt sanktionerad tystnadsplikt för part, grundad på resonemang vilka påminner om den princip som upprätthålls i engelsk rätt. Sekretess anges vara ”an essential element of arbitration”.¹³⁵ En skiljenämnd anses vidare under schweizisk rätt äga befogenhet att beordra parterna att avstå från publicering av varje aspekt av skiljetvisten.¹³⁶

Även *skiljemän* är enligt schweizisk rätt underkastade tystnadsplikt avseende skiljeförfarandet.¹³⁷ Genom att acceptera uppdraget som skiljeman inträder skiljemannen i en kontraktuell relation med parterna. Den gällande lagen om skiljeförfarande reglerar inte alla frågor som kan uppstå mellan parterna och skiljemännen, och innehåller således ingen reglering av sekretessfrågan. Supplementära regler anses emellertid kunna härledas från skiljemannabefattningens kontraktuella natur. Skiljemannens förhållande till parterna anses vara av förtroendekaraktär, vilket ger upphov till vissa förpliktelser, bl.a. en förpliktelse att iaktta sekretess beträffande skiljeförfarandet.¹³⁸

3.2.4 Enhetlig kontinentaleuropeisk princip?

Det har i litteraturen hävdats att det finns en förhärskande europeisk uppfattning, enligt vilken skiljeförfarande är underkastat strikt sekretess.¹³⁹ Vad som anförts ovan om fransk och schweizisk rätt stöder denna uppfattning. Inställningen i tysk rätt till frågan om tystnadsplikt för part är dock osäker. Vidare måste den kontinentaleuropeiska inställningen nu ses i ljuset av den senaste internationella utvecklingen. Det har i litteraturen påpekats att även praktiker i länder utanför common law-traditionen, i ljuset av *Esso/BHP v. Plowman*, bör förbereda sig för att rättfärdiga de rättsliga grunderna för sekretess under sina respektive rättssystem.¹⁴⁰ Det finns anledning att ifrågasätta huruvida principer som tagits för givna verkligen vinner stöd i rättskällorna. En sådan prövning har, som konstaterats i avsnitt 2.1.2, redan aktualiserats i Sverige genom *Bulbank*. Det visade sig härvid att den i svensk doktrin förfäktade uppfattningen om tystnadsplikt för part inte tålde en närmare domstolsgranskning. En motsvarande utveckling kan inte uteslutas i andra europeiska länder. Att en enhetlig princip om tystnadsplikt

¹³⁴ Se *Bucher & Tschanz*, s. 87.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Se *ibid.*

¹³⁷ Till det följande, se *ibid.*, s. 65.

¹³⁸ *Paulsson & Rawding*, s. 317, finner det dock oklart om detta påstående har stöd i positiv rätt.

¹³⁹ Se *Dessemondet*, s. 299. Jfr *Neill*, s. 288.

¹⁴⁰ Se *Editorial*, s. 231 f.

för part i skiljeförfarande upprätthålls i kontinentaleuropeiska rättssystem är således, med möjligt undantag för Frankrike och Schweiz, ingalunda säkert.

3.3 Avsaknad av internationell enhetlighet

Den genomförda undersökningen av gällande rätt i viktigare utländska rättssystem och skiljedomsjurisdiktioner visar på en betydande splittring i frågan om tystnadsplikt för *part* i skiljeförfarande. Intressant är härvid att skiljelinjerna inte följer den vanliga uppdelningen mellan common law- och civil law-traditionerna. Engelsk och fransk rätt upprätthåller en *allmän princip om tystnadsplikt för part*. Sannolikt gäller detsamma schweizisk rätt, men här är underlaget begränsat till doktrinuttalanden. Inställningen i tysk respektive amerikansk rätt får bedömas som *osäker*. I amerikansk rätt finns dock indikationer på att någon allmän princip om tystnadsplikt inte erkänns. I australiensisk respektive svensk rätt står det klart att *tystnadsplikt för part inte gäller*, i avsaknad av särskilt avtal därom. Till dessa divergerande uppfattningar skall slutligen läggas att gränserna för tystnadsplikten, i de rättssystem som erkänner en sådan plikt, ingalunda är klara. Det sålunda beskrivna rättsläget visar att det även i internationella sammanhang är motiverat att ingå särskilt avtal om tystnadsplikt för parter i ett eventuellt framtida skiljeförfarande för att undanröja osäkerhet. Det saknas anledning att anta annat än att ett sådant avtal kommer att upprätthållas och genomdrivas av skiljenämnder och domstolar.¹⁴¹

Vad gäller sekretessplikt för *skiljemän* torde en större internationell enighet råda. De analyserade rättssystemen tycks acceptera att en skiljeman som en följd av sin befattning är underkastad tystnadsplikt. I ICC:s rapport om skiljemannens ställning uttalas likaledes att de där studerade rättssystemen betraktar skiljemän som bundna av sekretess till följd av det förtroende parterna visar dem.¹⁴²

Vad slutligen gäller tystnadsplikt för *bevispersoner* medger undersökningen inga definitiva slutsatser. Engelsk rättspraxis ger visst stöd för uppfattningen att även bevispersoner är underkastade tystnadsplikt. Beträffande övriga undersökta rättssystem har det, såvitt jag kunnat finna, varken i rättspraxis eller i doktrin påståtts att någon sådan skyldighet existerar. Det är överhuvudtaget svårt att, i avsaknad av avtal, finna en plausibel rättslig grund för upprätthållandet av tystnadsplikt för bevispersoner. Vill parterna skydda sig mot att bevispersoner offentliggör känsligt material relaterat till skiljeförfarandet måste således även i ett internationellt perspektiv olika avtalslösningar tillgripas.

¹⁴¹ Jfr Dessemontet, s. 304.

¹⁴² ICC:s rapport har dessvärre ej varit tillgänglig för mig vid författande av detta arbete. Jag tvingas således att i detta avseende förlita mig på sekundär källinformation. Om rapporten, se Jarvin, s. 152.

4 Allmänna utgångspunkter för avtal om sekretess i skiljeförfarande

4.1 Behov av särskild avtalsreglering

4.1.1 Fördelar med sekretess ur parts synvinkel

Sekretess upplevs bland affärslivets aktörer som en av skiljeförfarandets främsta fördelar jämfört med den ordinära domstolsprocessen. Sålunda angavs förtrolighet (confidentiality) som den viktigaste upplevda förmånen i en statistisk undersökning avseende amerikanska och europeiska användare av internationella kommersiella skiljeförfaranden, utförd år 1992 för LCIA av London Business School.¹⁴³ Motsvarande uppfattning kommer till uttryck i följande uttalande av Stephen Bond, f.d. generalsekreterare vid ICC International Court of Arbitration.¹⁴⁴

It became apparent to me very soon after taking up my responsibilities at the ICC that the users of international commercial arbitration, *i.e.* the companies, governments and individuals who are parties in such cases, place the highest value upon confidentiality as a fundamental characteristic of international commercial arbitration. When enquiring as to the features of international commercial arbitration which attracted parties to it as opposed to litigation, confidentiality of the proceedings and the fact that these proceedings and the resulting award would not enter into the public domain was almost invariably mentioned.

Om förfarandet är avskilt och tystnadsplikt åvilar inblandade aktörer, kan blottläggande av känsliga eller diskrediterande förhållanden undvikas och skydd mot insyn i affärshemligheter uppnås.¹⁴⁵ Vidare hindras konkurrenter och andra utomstående från inblick i parternas förhållanden.¹⁴⁶ Detta anses inte minst vara särskilt värdefullt på immaterialrättsområdet, där kännedom på marknaden om att t.ex. en förlagsrätt eller rätten till ett datorprogram är tvistig kan få oönskade återverkningar på det internationella planet vad gäller avsättningsmöjligheter.¹⁴⁷ Genom upprätthållande av sekretess kan parterna också undvika besvärande massmedial uppmärksamhet.¹⁴⁸ Att schavottera offentligt med pågående tvister är knappast i affärsdrivande

¹⁴³ Se Bagner, *Fundamental Principle*, s. 243; *Editorial*, s. 231. En svensk enkätundersökning genomförd av skiljedomsutredningen ger dock ett något annorlunda resultat, se SOU 1995:65, s. 177 f.

¹⁴⁴ Bond, s. 273 f.

¹⁴⁵ Jfr Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 31; Jarvin, s. 149.

¹⁴⁶ Jfr Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 31; Kwart & Olsson, s. 32.

¹⁴⁷ Se Karnell, s. 298 f.

¹⁴⁸ Jfr Cars, s. 15; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 31; Kwart & Olsson, s. 32.

företags intresse, eftersom sådan uppmärksamhet riskerar att skamfila företagets rykte i rollen som leverantör, köpare, licensgivare etc.¹⁴⁹

Att låta skiljeförfarandet omfattas av sekretess torde också vara gynnsamt för det inbördes förhållandet mellan de tvistande parterna. Förhandlingarna kan tänkas bli mindre prestigeladdade och motsättningarna mellan parterna kan därigenom mildras. Detta innebär i sin tur att förhandlingarna kan föras i friare former och att det blir enklare att nå en lösning på tvisten.¹⁵⁰ Att driva saken till en offentlig process kan uppfattas som en ovänlig handling och således leda till en definitiv brytning mellan parterna.¹⁵¹ Sannolikt finns bättre förutsättningar för fortsatt samarbete om tvisten i stället slits i ett förfarande i vilket sekretess råder. Det är slutligen troligt att utredningen i målet blir mera fullständig om tvistelösningsförfarandet är underkastat sekretess.¹⁵² För det fall sekretess inte gäller finns nämligen en risk att en part håller tillbaka väsentlig utredning av rädsla för effekterna av att informationen blir allmänt känd.

Betydande fördelar är således förenade med sekretess i skiljeförfarande. Det skall emellertid inte förnekas att sekretess i skiljeförfarande även har sina avigsidor. Om tystnadsplikt gäller beträffande skiljedomar försvåras publicering av avgöranden som skulle kunna vara vägledande för rättsutvecklingen. På vissa rättsområden, t.ex. entreprenadrätten, där tvistlösning genom skiljeförfarande dominerar, är detta fenomen särskilt tydligt.¹⁵³ Sekretessen kan också innebära att missförhållanden inom ett företag som är av betydelse för kunder och anställda blir bestående och att en behövlig rapportering i massmedia förhindras.¹⁵⁴ De nyss nämnda faktorerna är emellertid endast relevanta utifrån ett allmänt perspektiv respektive utifrån tredje mans perspektiv. När avtalsparter ställs inför frågan om en skiljeklausul skall föras med särskilda föreskrifter om sekretess resonerar man dock utifrån ett partsperspektiv, och i denna kontext bör de nämnda faktorerna vara irrelevanta. Eftersom detta arbete utgår från ett parts- och ombudsperspektiv kan de nämnda nackdelarna således lämnas utan beaktande här.

Det kan dock tänkas undantagsfall, då skäl relevanta även ur partssynpunkt motiverar att ett eventuellt framtida skiljeförfarande inte underkastas sekretess. Den som intar en underlägsen ställning i förhållande till en stark motpart kan exempelvis vilja bevara en möjlighet att offentliggöra en framtida tvist, för att på detta vis kunna sätta press på motparten.¹⁵⁵ Om det redan vid avtalsslutet kan förutses att överväganden av detta eller liknande

¹⁴⁹ Se Jarvin, s. 153.

¹⁵⁰ Jfr Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 31; Jarvin, s. 149.

¹⁵¹ Jfr Kvarn & Olsson, s. 32; Mangård, s. 104.

¹⁵² Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 31.

¹⁵³ Om det behandlade problemet, se *ibid.*; Jarvin, s. 168 ff. Jfr även Lindskog & Unger, s. 11 ff.

¹⁵⁴ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 31.

¹⁵⁵ Jfr HD:s domskäl i *Bulbank*, s. 550. Jfr även A. Edwards, s. 95; Hanqvist, s. 116.

slag är aktuella bör part naturligtvis motsätta sig att skiljeklausulen kompletteras med särskild avtalsreglering om sekretess i skiljeförfarande. Situationer av detta slag torde emellertid tillhöra undantagen. I allmänhet bör det, mot bakgrund av de fördelar som berörts ovan, vid avtalsslutet framstå som tilltalande för båda parter att ett eventuellt framtida skiljeförfarande underkastas sekretess.

En annan sak är att det sällan ligger i parternas intresse att åstadkomma en *absolut* sekretess i förhållande till framtida skiljeförfaranden. Parter i skiljetvister kan t.ex. ha förpliktelser mot aktieägare, anställda, börsstyrelser, skattemyndigheter, m.fl., vilka skulle komma i konflikt med en absolut sekretessplikt.¹⁵⁶ Problematik av detta slag bemöts emellertid lämpligen genom att avtalsgrundade sekretessåtaganden förses med välformulerade undantag. Till denna fråga återkommer framställningen i avsnitt 5.4.

Min slutsats är således att sekretess i skiljeförfarande normalt är motiverad ur partssynpunkt utifrån pragmatiska, affärsmässiga överväganden. En lösning enligt vilken ett eventuellt framtida skiljeförfarande skall präglas av avskildhet och förtrolighet ligger i allmänhet i båda parter intresse vid tiden för avtalsslutet.

4.1.2 Behov av rättslig sanktion

Efter att ha konstaterat att det ofta från partssynpunkt är att föredra att skiljeförfarandet underkastas sekretess, uppkommer frågan om det verkligen är nödvändigt att den sålunda önskvärda sekretessen är rättsligt sanktionerad. Kan man inte i detta avseende förlita sig på affärslivets inneboende mekanismer? Argumentet bygger på premissen att det i allmänhet är i båda parter intresse att skiljeförfarandet är underkastat sekretess. Parter skulle därför, fortfarande argumentationsvis, kunna antas iaktta sekretess även om man inte är rättsligt förpliktade därtill.

Det anförda argumentet är emellertid enligt min mening felaktigt. Det är riktigt att part i skiljeförfarande iakttar sekretess även utan att vara rättsligt förpliktad därtill, så länge detta är förenligt med partens intresse. Det är också riktigt att det i normalfallet ligger i båda parter intresse vid ingående av avtalet att ett eventuellt framtida skiljeförfarande, vars närmare omständigheter inte kan förutses vid avtalsslutet, skall vara underkastat sekretess. Sedan väl en tvist uppkommit kan det emellertid, beroende på omständigheter knutna till den aktuella tvisten, uppstå situationer då endera parten har ett intresse av att inte respektera sekretess. Man kan förmoda att respektive parts preferenser i fråga om sekretess i den aktuella tvisten beror på vad tvisten gäller samt parternas respektive utsikter till framgång i processen. Om den aktuella tvisten rör förhållanden vilka är känsliga blott för ena avtalssparten, har den andra avtalssparten måhända föga incitament att iaktta sekretess. Jag kan vidare föreställa mig att en part vars utsikter till

¹⁵⁶ Jfr Jarvin, s. 149; Paulsson & Rawding, s. 304 f.

framgång i tvisten är begränsade, hotar med offentliggörande för att på detta sätt tvinga motparten till en oförmånlig förlikning. Det kan också finnas en risk för unilaterala initiativ till publicering av partens uppfattning, där förhållanden som är känsliga för den publicerande parten undanhålls, vilket kan urarta till selektiv och snedvriden kommunikation av vad som förevarit i skiljeförfarandet.¹⁵⁷ Man kan också tänka sig att vinnande part, särskilt på svarandesidan, finner det angeläget att kommunicera utgången i målet till allmänheten.¹⁵⁸ Min poäng är att man av det förhållandet att parterna i normalfallet kan enas vid avtalstidpunkten om att ett eventuellt framtida skiljeförfarande bör vara underkastat sekretess, inte kan dra slutsatsen att parterna även sedan en tvist uppstått nödvändigtvis har samma preferenser i fråga om sekretess i den aktuella tvisten.

Att sekretess förutsätts vara i båda parternas intresse vid tidpunkten för avtalets ingående utgör sålunda ett otillräckligt skydd för parternas anspråk på sekretess. Det är vidare tveksamt om ett tillräckligt skydd kan anses erhållas genom eventuellt förekommande allmän affärslivsetik eller hederskodex.¹⁵⁹ Utifrån ett ombudsperspektiv tycks det under alla omständigheter mindre lämpligt att förlita sig på sådana osäkra mekanismer. Ombud bör därför enligt min mening normalt råda sina huvudmän att eftersträva en rättsligt sanktionerad sekretessplikt, som inte vilar på berörda parter goda vilja i det enskilda fallet. Detta gäller i vart fall om inte sekretess i den enskilda avtalssituationen anses vara av mindre betydelse från partens synvinkel.

I kapitel 2 och 3 ovan har behandlats frågan i vad mån en sådan rättsligt sanktionerad tystnadsplikt gäller i avsaknad av särskilt avtal därom. Jag har härvid funnit att det enligt svensk rätt krävs ett uttryckligt avtal om sekretess för att part i skiljeförfarande skall vara underkastad en rättslig tystnadsplikt. Jag har vidare funnit att det även i internationella sammanhang är motiverat att ingå särskilt avtal om tystnadsplikt för part för att undanröja osäkerhet, eftersom det även i de jurisdiktioner som erkänner en allmän princip om sekretess i skiljeförfarande (t.ex. England och Frankrike) är osäkert var gränserna för den rättsligt sanktionerade tystnadsplikten skall dras. Oavsett tillämplig lag är det således ofta motiverat att komplettera skiljeklausulen med uttryckliga föreskrifter om sekretess i skiljeförfarande.

¹⁵⁷ Jfr Paulsson & Rawding, s. 304.

¹⁵⁸ Anledningen till att jag här särskilt nämner svarandesidan är kopplad till exekutionsfrågan. Om en fullgörelsetalan bifalles återstår oftast verkställighet av skiljedomen. Käranden företrar normalt att detta sker på frivillig basis, utan inblandning av verkställande myndigheter. Förutsättningarna för frivilligt fullgörande av skiljedomen försämrats måhända om käranden, utan svarandens medgivande, avslöjar utgången för kunder och allmänhet. Vinnande kärandepart har således ett incitament att hemlighålla utgången i skiljeförfarandet. Samma incitament står ej att finna när svaranden är vinnande part, eftersom någon verkställighetsåtgärd då ej är aktuell. Jfr Paulsson & Rawding, s. 306.

¹⁵⁹ Jfr *Skiljedomsutredningens* uttalanden om hederskodex och dess betydelse, se SOU 1995:65, s. 186.

4.1.3 Allmänna sekretessklausuler

I de föregående avsnitten har förutsatts att en eventuell avtalsreglering om sekretess relateras specifikt till ett eventuellt framtida skiljeförfarande. Det är emellertid inte ovanligt att det avtal i vilket skiljeklausulen ingår innehåller sekretessklausuler av mer allmän karaktär. Jag syftar härvid på sekretessklausuler som avser avtalsförhållandet i sin helhet, som inte återfinns i anslutning till skiljeklausulen utan i en fristående avtalsklausul, och som tar sikte på de materiella förhållandena. Sådana allmänna sekretessklausuler, vilka inte är specifikt relaterade till tvistlösning, återfinns i flertalet kommersiella avtal, må det vara överlåtelseavtal, samarbetsavtal, entreprenadavtal, låneavtal eller någon annan typ av avtal. Oundvikligen uppkommer frågan om allmänna sekretessklausuler av detta slag onödiggör specifika sekretessklausuler relaterade till skiljeförfarande. Kan avtalsparter, som försett sitt avtal med en sekretessklausul som avser avtalsförhållandet i sin helhet låta bli att förse skiljeklausulen med särskilda sekretessföreskrifter, i förlitan på att önskvärd sekretess i skiljeförfarandet åstadkommit redan genom den allmänna sekretessklausulen?

Reid anför att sekretessklausuler av detta slag *kan*, avhängigt klausulens utformning och den lag som gäller för avtalet, vara tillräckligt vidsträckta för att täcka ett skiljeförfarande som hålls i enlighet med avtalet.¹⁶⁰ *Bagner* framhåller å andra sidan att en allmän sekretessklausul som föreskriver sekretess i förhållande till avtalet som helhet, *kanske inte* är tillräcklig, särskilt om klausulen ifråga inte uttryckligen refererar till skiljeförfarande.¹⁶¹ Jag accepterar båda de sålunda framförda uppfattningarna, vilka inte är inbördes motstridiga, som riktiga i och för sig. Jag anser emellertid att det finns anledning att något utförligare utveckla betydelsen av allmänna sekretessklausuler.

För att avgöra huruvida allmänna sekretessklausuler ger ett erforderligt sekretesskydd vid tvistlösning genom skiljeförfarande, är det nödvändigt att först fastställa *vad* sekretessen i skiljeförfarande bör omfatta. Endast mot bakgrund av denna information kan någon slutsats dras i frågan om det skydd som de allmänna klausulerna ger är tillräckligt. Som utvecklas närmare i avsnitt 5.2.2, kan parternas gängse önskemål i fråga om sekretessens omfattning sammanfattas i tre punkter. Sekretessen bör för det första omfatta det förhållande att ett skiljeförfarande pågår eller har pågått mellan parterna. Sekretessen bör för det andra omfatta information och dokument som utväxlas som ett led i förfarandet. Slutligen bör sekretessen omfatta skiljenämndens avgöranden som sådana. Huruvida allmänna sekretessklausuler uppfyller ett sålunda definierat sekretessbehov kan enligt min mening inte besvaras generellt. Svaret är i stället beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.

¹⁶⁰ Se Reid, s. 55.

¹⁶¹ Se Bagner, *Confidentiality Conundrum*, s. 22; Bagner, *Fundamental Principle*, s. 248.

Det kan i och för sig inte råda någon tvekan om att en allmän sekretessklausul äger giltighet även sedan en tvist uppstått mellan parterna och hänskjutits till skiljeförfarande.¹⁶² Problemet är snarare hänförligt till sekretessens utsträckning – är den allmänna sekretessklausulens sekretessobjekt tillräckligt vidsträckt för att tillmötesgå det sekretessanspråk som nyss nämnts? De klausuler som nu diskuteras har naturligtvis varierande utformning, beroende på avtalstyp och specifik avtalssituation. Fastställandet av sekretessobjektet är ytterst en fråga om tolkning av sekretessklausulen i fråga. Vid denna tolkningsoperation har självfallet klausulens lydelse stor betydelse. Det kan emellertid även finnas andra tolkningsdata av relevans, såsom vad som förekommit vid förhandlingar som föregått avtalsslutet, den situation i vilken avtalet ingåtts, avtalets och sekretessklausulens syfte samt parternas uppfattning om sekretessklausulens innebörd.¹⁶³ Ytterst är den gemensamma partsviljan, i den mån det finns underlag för att fastställa en sådan, avgörande.¹⁶⁴

I vissa fall ges den allmänna sekretessklausulen en så vittomfattande formulering att ett erforderligt skydd uppnås. Sålunda nämner *Heuman* exemplet att ett låneavtal förses med en klausul enligt vilken parterna förpliktas att hemlighålla samtliga förhållanden rörande avtalet.¹⁶⁵ En sådan avtalsbestämmelse bör innebära att sekretess gäller beträffande det förhållandet att ett skiljeförfarande rörande avtalet pågår. Vidare torde merparten av den information och de dokument som utväxlas i förfarandet vara ”förhållanden rörande avtalet” och sålunda omfattade av sekretess. Slutligen bör den resulterande skiljedomen anses röra avtalet och på denna grund vara konfidentiell. En sådan klausul torde sålunda uppfylla det tidigare fastställda sekretessanspråket i förhållande till skiljeförfarande och onödiggöra särskilda sekretessföreskrifter i anslutning till skiljeklausulen. Man kan tänka sig ytterligare fall i vilka en bred formulering, eventuellt i kombination med andra tolkningsdata, ger ett tillräckligt vidsträckt sekretessobjekt för att ge erforderligt skydd i relation till skiljeförfaranden.

I många fall är emellertid den allmänna sekretessklausulen utformad på ett sådant sätt att erforderligt skydd ej uppnås. Det kan framförallt vara tveksamt om klausulen medför sekretess beträffande det förhållandet att ett skiljeförfarande pågår samt beträffande skiljedomen som sådan. En allmän sekretessklausul kan t.ex. tänkas föreskriva att parterna skall iaktta sekretess beträffande ”konfidentiell information, vilken parterna erhåller från varandra enligt detta avtal”. En sådan klausul kan knappast, i brist på andra tolkningsdata än lydelsen, tolkas så att ett erforderligt sekretessskydd i relation till tvistlösning genom skiljeförfarande uppnås. Det förhållandet att

¹⁶² Jfr Dessemontet, s. 304; Jarvin, s. 152; Lew, s. 287. Om tvisten gäller avtalets giltighet eller hävning av detsamma kan dock måhända den materiella sekretessklausulens verkan sättas i fråga. Jfr dock Reid, s. 55.

¹⁶³ Jfr Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 36.

¹⁶⁴ Jfr *ibid.*, s. 34.

¹⁶⁵ Se *Heuman, Tystnadsplikt*, s. 672.

ett skiljeförfarande pågår är knappast information ”vilken parterna erhåller från varandra enligt detta avtal”. Detsamma gäller skiljedomen som sådan.

Det förhållandet att allmänna sekretessklausuler i många fall är utformade på ett sådant sätt att de inte ger ett sekretesskydd i förhållande till skiljeförfaranden vilket motsvarar parternas önskemål, talar för att man bör förse avtalet med särskilda föreskrifter om sekretess relaterade till just skiljeförfarande.¹⁶⁶ För svensk rätts del kan det krav på tydlighet som kan utläsas ur *Bulbank* (se avsnitt 2.1.3) anföras som ytterligare skäl för att, trots förekomsten av en allmän sekretessklausul, komplettera skiljeklausulen med tydliga och klara sekretessföreskrifter, som explicit refererar till skiljeförfarande. HD:s slutsats beträffande ECE Arbitration Rules indikerar nämligen en restriktiv tolkning av sekretessklausuler – en ovilja att intolka tystnadsplikt i en otydligt formulerad avtalsbestämmelse om sekretess.

Avtalsparter bör således, enligt min rekommendation, i allmänhet inte förlita sig på att allmänna sekretessklausuler ger ett tillräckligt sekretesskydd vid ett eventuellt framtida skiljeförfarande.¹⁶⁷ Endast i vissa fall är den allmänna sekretessklausulen så formulerad att särskilda föreskrifter om sekretess i skiljeförfarande blir överflödiga. Att avtalets skiljeklausul förses med särskilda föreskrifter om sekretess i skiljeförfarande innebär vidare stora fördelar därigenom att parterna får möjlighet att skraddarsy sekretesssubjekt, sekretessobjekt, undantag och sanktioner i förhållande till de särskilda hänsyn som gör sig gällande i samband med tvistlösning genom skiljeförfarande.¹⁶⁸

4.1.4 Slutsats i fråga om behovet av särskild avtalsreglering

Enligt min mening kan, mot bakgrund av vad som framförts i de föregående avsnitten, starka skäl anföras till stöd för uppfattningen att avtalsparter som förser ett kommersiellt avtal med en skiljeklausul bör komplettera skiljeklausulen med en särskild sekretessklausul som föreskriver sekretess i förhållande till ett eventuellt skiljeförfarande. Möjligheten att införa en sådan klausul måste i vart fall på allvar övervägas av parterna och, i synnerhet, deras ombud. Synpunkter i linje med det nyss anförda har också gjorts gällande på annat håll.¹⁶⁹

¹⁶⁶ De allmänna sekretessklausulerna har också brister i subjektivt hänseende. De avser i normalfallet endast parterna och innehåller sålunda inga regler av relevans för skiljemän och bevispersoner. I vissa avtal, t.ex. konsultavtal, kan dessutom tänkas att sekretessklausulen är ensidig, d.v.s. endast ålägger ena parten förpliktelser i sekretesshänseende.

¹⁶⁷ *Bagner* tycks dela denna uppfattning, jfr *Bagner, Confidentiality Conundrum*, s. 22; *Bagner, Fundamental Principle*, s. 248.

¹⁶⁸ Jfr *Bagner, Confidentiality Conundrum*, s. 22.

¹⁶⁹ Jfr t.ex. *ibid.*; *Bagner, Fundamental Principle*, s. 248; *Born*, s. 20; *A. Edwards*, s. 95; *Fortier*, s. 138 f.; *Hanqvist*, s. 118; *Paulsson & Rawding*, s. 320; *Reid & Greenwood*, s. 160.

Ett förslag från endera parten under avtalsförhandlingar om införande av en dylik klausul torde i normalfallet inte framstå som kontroversiellt i sig. Som anförts ovan (avsnitt 4.1.1) kan man visserligen föreställa sig undantagsfall då det vid avtalsslutet ligger i parts intresse att tillse att ett eventuellt framtida skiljeförfarande inte underkastas sekretess. Endast i sådana fall finns det skäl för parten i fråga att motsätta sig en sekretessklausul av diskuterat slag. I de allra flesta fall torde dock en särskild sekretessklausul kunna accepteras såsom varandes i båda parterns intresse.

Visserligen innebär en komplettering av aktuellt slag ett visst merarbete vid avtalsskrivandet och det finns en viss risk att avtalsförhandlingarna onödigt betungas av frågor hänförliga till klausulens närmare utformning. Denna risk motverkas emellertid lämpligen genom utveckling av tydliga modellklausuler, med utrymme för anpassning till det individuella avtalet, vilka kan stå till förfogande i enskilda avtalsförhandlingssituationer. Detta arbete utgör en ansats i denna riktning.

4.2 Allmänna riktlinjer för utformningen

Som framhållits i avsnitt 2.1.3 kan, enligt svensk rätt, ett avtal om sekretess i skiljeförfarande inte anses underkastat något särskilt formkrav. Såväl skriftliga som muntliga överenskommelser om sekretess äger sålunda giltighet. Det saknas anledning att anta annat än att detsamma gäller de utländska rättssystem som studerats i detta arbete. Det kan dock inte råda någon tvekan om att en skriftlig överenskommelse är att föredra från bevissynpunkt. Skriftlig avtalsreglering undanröjer oklarhet och minskar risken för missförstånd rörande avtalet och dess innehåll.¹⁷⁰ Vidare skapas ett bättre bedömningsunderlag för lösning av tvister rörande sekretesspliktens omfattning och uppfyllelse. I praktiken är således skriftliga sekretessklausuler att föredra. Den följande framställningen utgår från att avtalet mellan parterna fixeras i ett skriftligt kontrakt, i vilket även de särskilda sekretessföreskrifterna införs.

I ljuset av *Bulbank* finns det anledning att vara mån om tydlighet och klarhet vid utformningen av sekretessföreskrifterna. Om parterna är otydliga i formuleringen av sekretessklausulen finns det risk att domstol eller skiljenämnd inte ger bestämmelserna rättsverkan motsvarande parternas önskemål.¹⁷¹ Detta gäller framförallt i fråga om sekretessobjektets utsträckning. Av HD:s domskäl torde framgå att analog eller extensiv tolkning av avtalsföreskrifter om sekretess i skiljeförfarande inte kommer ifråga.¹⁷² Jag saknar underlag för att bedöma huruvida motsvarande tolkningsprinciper tillämpas av utländska domstolar. Överväganden

¹⁷⁰ Jfr vad som i Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 77, anförts som skäl för att upprätta bekräftelsehandlingar efter att avtal ingåtts muntligen.

¹⁷¹ Jfr Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 670.

¹⁷² Jfr *ibid.*

hänförliga till önskemålet om tydlig utformning av sekretessklausuler torde dock, i vart fall från en praktisk synvinkel, äga relevans oberoende av vilket lands lag som är tillämplig. Det har redan tidigare konstaterats att sekretessföreskrifterna bör relateras explicit och specifikt till skiljeförfarande. Härutöver gäller således att tydlighet måste eftersträvas i förhållande till sekretesssubjekt, sekretessobjekt, undantag och sanktioner.

Frågan uppkommer hur detaljerad utformning en avtalsklausul om sekretess i skiljeförfarande bör ges. *Heuman* menar härvid att det enligt svensk rätt torde vara möjligt att formulera sekretessklausulen på följande enkla sätt. ”Parterna och deras ombud liksom skiljemännen äger inte opåkallat avslöja något rörande ett skiljeförfarande som inletts med stöd av skiljeklausulen i detta avtal.”¹⁷³ Jag anser för egen del en sådan sekretessklausul vara alltför allmänt hållen. Vad gäller såväl sekretessobjektet som regleringen av undantag från sekretessplikten är klausulen oprecis och obestämd. Jag delar visserligen uppfattningen att sekretessklausulen måste förses med undantag, eftersom det kan förutses situationer i vilka det är motiverat att frångå en strikt sekretess. Denna fråga hanteras emellertid på ett enligt min mening icke fullt tillfredsställande sätt i en klausul formulerad i enlighet med *Heumans* förslag. Undantag från tystnadsplikten täcks in genom skrivningen att plikten endast hindrar part från att ”opåkallat” avslöja förhållanden, en avtalslösning som lämnar betydande utrymme för tvivel rörande tystnadspliktens omfattning. Vilka överväganden är relevanta vid avgörande huruvida ett avslöjande varit påkallat eller ej? I detta avseende ger bestämmelsen ingen vägledning alls. Bestämmelsen lämnar betydande utrymme för divergerande uppfattning och riskerar därmed att ge upphov till onödiga tvister om klausulens rätta tolkning. Vidare ignorerar den av *Heuman* föreslagna klausulen väsentliga frågeställningar. Sålunda lämnas sanktionsfrågan, liksom frågan om ansvar för sekretessbrott hänförligt till anställda, konsulter, och bevispersoner, oreglerad.

Jag förespråkar en mer detaljerad avtalsreglering, som resulterar i en mer preciserad och bestämd sekretessplikt. Härvid är jag influerad av den angloamerikanska inställningen till avtalsskrivande, som kännetecknas av betydligt större detaljfokusering och utförlighet än vad som traditionellt utmärkt svensk inställning i fråga om avtalsformulering.¹⁷⁴ Anledningarna till att jag funnit mig böra influeras härav är flera. Till att börja med finns i det praktiska rättslivet en allmän tendens till ”anglofiering” av kommersiella avtal, vilket bl.a. innebär att avtalen blir mera utförliga.¹⁷⁵ Vidare står ett avgörande skäl till min inställning att finna i det förhållandet att den modellklausul som här diskuteras förutsätts kunna användas i internationella kommersiella skiljeförfaranden. En mer detaljerad bestämmelse torde ha större förutsättningar att accepteras även av avtalsparter hemmahörande i

¹⁷³ *Ibid.*, s. 673.

¹⁷⁴ Jfr *Lindskog*, s. 192.

¹⁷⁵ I vart fall är detta min erfarenhet utifrån eget affärsjuridiskt arbete och kontakter med praktiker inom den affärsjuridiska sfären. Enligt *Jarvin*, s. 168, är det vidare ett tidsfenomen, att skiljeförfarande idag regleras mer i detalj än tidigare.

utländska jurisdiktioner, t.ex. England och USA. Som klargjorts i avsnitt 1.3 är min ambition att ta fram en klausul som är internationellt gångbar och fungerar också under utländska rättssystem, även om den i första hand anpassats till svensk rätt. Detta förhållande talar starkt för att den närmare avtalsutformningen bör inspireras av internationell praxis i fråga om avtalsskrivning.¹⁷⁶ Det finns slutligen många fördelar med en detaljerad och precis avtalsreglering. Av primär betydelse är härvid den ökade förutsebarhet, för parterna och övriga berörda, som följer av att åtagandena är noggrant preciserade.¹⁷⁷ Noggrann precision och explicita direktiv torde också främja avtalsklausulens funktion som manual, d.v.s. som vägledning för parternas agerande.¹⁷⁸ Vidare möjliggör en mer detaljerad utformning att sekretessplikten anpassas efter de särskilda förhållanden som gör sig gällande i samband med skiljeförfaranden. De relevanta frågor som uppstår kan bemötas uttryckligen i sekretessklausulen. Sålunda förespråkar jag en klausul i vilken relativt detaljerat regleras vem som omfattas av sekretessplikten (sekretesssubjekten), vad sekretessen omfattar (sekretessobjektet), vilka angrepp som föranleder ansvar, vilka undantag som gäller från sekretessplikten samt vilka sanktioner ett brott mot sekretessplikten ger upphov till.

En klausul som konsekvent utformas i enlighet med dessa riktlinjer tenderar emellertid att bli relativt omfattande. Riktlinjerna är mot denna bakgrund framfört allt ägnade för sekretessklausuler i större, komplexa avtal. Den modellklausul som föreslås i detta arbete är också huvudsakligen avsedd för sådana avtal. I enklare avtal, där man måhända även beträffande centrala avtalsbestämmelser nöjer sig med mera allmänt hållna formuleringar, synes det mindre lämpligt att införa en omfattningsrik och detaljerad sekretessklausul relaterad till skiljeförfarande. I dessa fall, liksom i fall då parterna vid avtalsslutet kan förutse att frågan om sekretess i skiljeförfarande är av mindre betydelse, kan således en kortare och mindre precis sekretessklausul förordas.

Avtalsbestämmelserna om sekretess i skiljeförfarande placeras lämpligen tillsammans med avtalets skiljeklausul. Ett första alternativ är härvid att skiljeklausulen kompletteras med ytterligare stycken/paragrafer som innehåller sekretessbestämmelserna. Ett annat alternativ är att sekretessbestämmelserna ges en egen avtalsklausul, vilken placeras i omedelbar anslutning till skiljeklausulen. Förutsatt att sekretessförpliktelserna uttryckligen refererar till och skraddarsys för skiljeförfarande anser jag det egalt vilket av dessa två alternativ som väljs.

¹⁷⁶ Det bör påpekas att Heuman själv begränsar sitt förslag till vad som är lämpligt "enligt svensk rätt". Han medger t.ex. att det enligt engelsk rätt krävs en mer ingående reglering, se Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 673.

¹⁷⁷ Jfr Nicander, s. 49.

¹⁷⁸ Om denna funktion, jfr Lindskog, s. 104 f., s. 111.

4.3 Tillämplig lag

I internationella skiljetvister uppkommer spørsmålet om vilket lands lag som skall tillämpas på frågan om sekretess i skiljeförfarande. Om parterna inte uttryckligen avtalat om sekretess kan valet av tillämpligt rättssystem, mot bakgrund av det internationellt splittrade rättsläget, bli avgörande för huruvida sekretessplikt råder eller ej. Även i fall då avtalet försetts med en uttrycklig klausul om sekretess i skiljeförfarande torde lagvalet kunna vara betydelsefullt. Tillämplig lag reglerar nämligen sekretessklausulens rättsliga verkan, bestämmer i vad mån inskränkningar i avtalsfriheten skall råda, styr sekretessklausulens tolkning, samt avgör vilka sanktioner som inträder vid avtalsbrott. Grundprinciperna för bestämmandet av tillämplig lag i fråga om avtalsklausuler om sekretess i skiljeförfarande förtjänar således att behandlas i detta kapitel som en allmän utgångspunkt för avtalsregleringen.

Den internationellt privaträttsliga problemställningen visar sig emellertid synnerligen komplex. Olika lagvalsprinciper kan tänkas gälla i olika rättssystem. Vidare blir olika lagvalsprinciper aktuella beroende på hur frågan om sekretess klassificeras rättsligt, vilket i sin tur bör kunna variera beroende på i vilken kontext frågeställningen uppkommer. Mot denna bakgrund kan problemställningen inte ges en fullständig behandling i detta sammanhang. Jag får nöja mig med en allmänt hållen framställning, som tar sin utgångspunkt i den svenska internationella privaträttsens inställning i fråga om lagval i samband med skiljeförfarande. Vid bedömningen av internationellt privaträttsliga spørsmål avseende skiljeförfarande är det väsentligt att hålla isär olika lagvalsfrågor.¹⁷⁹ Sålunda gäller olika lagvalsprinciper för förfarandet, den materiella tvisten, respektive skiljeavtalet.

Om skiljeförfarandet äger rum i Sverige skall, enligt 46 § LSF, svensk rätt äga tillämpning beträffande *själva förfarandet*. *Lex arbitri*, den på förfarandet tillämpliga lagen, bestäms således enligt en territorialitetsprincip, där platsen för förfarandet tillerkänns avgörande betydelse.¹⁸⁰ Motsvarande princip kommer till uttryck i UNCITRAL Model Law (UML) artikel 1.2 och kan antas äga internationell anslutning.¹⁸¹ Parterna anses inte kunna åsidosätta den sålunda angivna principen avtalsvägen. Ett avtal enligt vilket ett skiljeförfarande som äger rum i Sverige skall följa utländsk rätt i procedurfrågor äger således inte generell giltighet.¹⁸² I den mån bestämmelserna i LSF är dispositiva är det dock

¹⁷⁹ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 690; Kvant & Olsson, s. 163. Jfr Bernstein m.fl., s. 560; Sutton m.fl., s. 67 f.

¹⁸⁰ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 676. Sutton m.fl., s. 68, använder en annan terminologi och reserverar termen *lex arbitri* för den lag som är tillämplig på skiljeavtalet.

¹⁸¹ Jfr *ibid.*, s. 678; Bernstein m.fl., s. 561; Sutton m.fl., s. 75.

¹⁸² Se Bogdan, s. 314; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 678.

möjligt att avtala om avvikelser från desamma, t.ex. genom hänvisning till utländsk rätt.¹⁸³ Samma princip kan antas gälla i andra rättssystem.

Vad gäller de *materiella frågorna* torde partautonomi vara universellt godtagen i internationella kommersiella kontrakt.¹⁸⁴ Har parterna genom en lagvalsklausul utpekat vilken lag som skall vara tillämplig på avtalsrelationen dem emellan skall skiljenämnden således respektera detta val. Denna princip kommer till uttryck i UML artikel 28.1¹⁸⁵ och anses också gälla enligt svenska lagvalsregler.¹⁸⁶ Det bör härvid vara möjligt att avtala att olika lagar skall reglera skilda avtalsfrågor.¹⁸⁷ Mer komplicerat är vad som skall gälla i avsaknad av lagvalsklausul. Den traditionella uppfattningen är att skiljemännen bör bestämma tillämplig lag med hjälp av den internationella privaträtten i det land där skiljeförfarandet äger rum.¹⁸⁸ Denna uppfattning har emellertid kritiserats och det finns en internationell tendens att inte tillmäta *lex fori* avgörande betydelse utan istället låta parternas gemensamma vilja, såsom denna framstår vid en helhetsbedömning av relevanta faktorer, vara avgörande.¹⁸⁹ Dessa bedömningsgrunder antyder en relativt stor frihet för skiljenämnden i avsaknad av lagvalsklausul.

Enligt den internationellt etablerade separabilitetsdoktrinen skall en skiljeklausul betraktas som ett avtal skilt från det materiella huvudavtalet.¹⁹⁰ Särskilda lagvalsprinciper gäller för *skiljeavtalet*, varför skiljeklausulen kan vara underkastad en annan lag än avtalet i övrigt.¹⁹¹ Enligt svensk rätt, uttryckt i 48 § LSF, skall parternas val i fråga om tillämplig lag beträffande skiljeavtalet respekteras. Om parterna inte träffat någon sådan överenskommelse tillämpas lagen i det land där förfarandet med stöd av parternas avtal har ägt rum eller skall äga rum. Om parterna vill avtala om tillämplig lag beträffande skiljeavtalet måste lagvalsklausulen uttryckligen referera till skiljeavtalet.¹⁹² En allmänt hållen lagvalsklausul anses endast gälla huvudavtalet och påverkar inte tillämplig lag avseende skiljeavtalet.

Att olika lagvalsprinciper gäller för förfarandet, den materiella tvisten respektive skiljeavtalet föranleder särskilda klassifikationsproblem.¹⁹³ I

¹⁸³ Se Bogdan, s. 314; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 679 f.

¹⁸⁴ Se Bogdan, s. 260.

¹⁸⁵ "The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute."

¹⁸⁶ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 692.

¹⁸⁷ Se *ibid.*, s. 693.

¹⁸⁸ Se Bogdan, s. 260; Derains & Schwartz, s. 222; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 695.

¹⁸⁹ Jfr Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 695 f. Jfr också ICC Rules of Arbitration artikel 17, kommenterad av Derains & Schwartz, s. 217 ff. Frågan kan utvecklas ytterligare men här tillgängligt utrymme medger ej en sådan utveckling.

¹⁹⁰ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 697.

¹⁹¹ Jfr *ibid.*

¹⁹² Se *ibid.*, s. 697 f.; Kvart & Olsson, s. 162 f. Uttalanden hos Bernstein m.fl., s. 561, antyder en annan inställning i engelsk rätt.

¹⁹³ Om ett skiljeförfarande äger rum i Sverige avgörs klassifikationsfrågan primärt enligt svensk rättsuppfattning, jfr Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 682.

vissa fall kan det vara svårt att avgöra om en fråga är av processuell eller materiell karaktär. Vad gäller frågor av materiell karaktär kan det vidare vara svårt att avgöra huruvida de är hänförliga till skiljeavtalet eller huvudavtalet. Vad avser den här aktuella frågan om tillämplig lag beträffande sekretess i skiljeförfarande är klassifikationsproblematiken betydande. Frågan har behandlats mycket sparsamt i doktrin och praxis, varför rättsläget måste betraktas som osäkert.

Möjligen kan vissa skäl anföras till stöd för uppfattningen att frågan om sekretess i skiljeförfarande skall anses hänförlig till själva förfarandet. Det har t.ex. i avsnitt 4.1.2 konstaterats att sekretess i skiljeförfarande kan leda till friare förhandlingsformer och en bättre utredning i målet. Detta talar för att sekretessfrågan är nära kopplad till förfarandet som sådant. Kanske kan också det förhållandet att vissa skiljedomsreglementen, vilka i olika avseenden reglerar förfarandet, även reglerar sekretessfrågan (se avsnitt 5.6), anses tala för samma ståndpunkt.

Bedömt utifrån svensk rättsuppfattning anser jag det emellertid mer motiverat att behandla frågan om sekretess i skiljeförfarande som en materiell fråga. LSF, som innehåller den väsentliga regleringen av själva förfarandet, berör överhuvud inte frågan om sekretess. *Bulbank* visar vidare att det inte finns en allmän processprincip knuten till skiljeförfarande enligt vilken parterna är underkastade sekretess. I den mån parter i skiljeförfarande är underkastade tystnadsplikt grundas denna på ett avtal, vilket upprätthålls av civilrättsliga regler i FHL och allmänna avtalsrättsliga principer. Det anförda visar enligt min mening att sekretess i skiljeförfarande är en civilrättslig snarare än en processuell fråga, vilket talar för att lagvalsprinciperna för materiella frågor skall vara tillämpliga. En sådan lösning innebär vidare att partsautonomin i fråga om lagval får fullt genomslag, vilket förefaller ändamålsenligt i kommersiella förhållanden.

Även om frågan om sekretess i skiljeförfarande anses utgöra en materiell fråga återstår dock problemet att avgöra huruvida frågan är hänförlig till skiljeavtalet eller det materiella huvudavtalet. Visserligen bör enligt mitt förmenande avtalsföreskrifter om sekretess i skiljeförfarande placeras som ett led i, eller i omedelbar anslutning till, skiljeklausulen. Det kan emellertid diskuteras om detta i sig är tillräckligt för att bestämmelserna skall bedömas enligt den lag som gäller för skiljeavtalet. För denna lösning talar möjligen det sammanhang som råder mellan skiljeavtalet och sekretessåtagandet. *Reid* synes i enlighet härmed utgå från att den lag som är tillämplig på skiljeavtalet även reglerar sekretessfrågan.¹⁹⁴ För egen del vill jag dock framhålla att en sådan lösning riskerar att leda till en omotiverad diskrepans i behandlingen av å ena sidan allmänna sekretessklausuler relaterade till avtalet i dess helhet och å andra sidan särskilda sekretessklausuler relaterade

¹⁹⁴ Se Reid, s. 57 ff. Jfr även Jarvin, s. 151 f.

till skiljeförfarande.¹⁹⁵ Möjligen bör därför, vid avgörande av lagvalsproblematiken, frågan om sekretess i skiljeförfarande behandlas som en materiell fråga hänförlig till huvudavtalet, inte till skiljeavtalet. Som redan konstaterats måste rättsläget dock anses oklart.

I *Bulbank* tillämpade HD svensk rätt, trots att det fanns en lagvalsklausul som angav österrikisk rätt som tillämplig på avtalet. Anledningen härtill var emellertid att tvisten gällde frågan om skiljeavtalets giltighet. En sådan fråga avgörs alltid enligt den lag som är tillämplig på *skiljeavtalet* och i detta avseende hade något lagval inte avtalats. HD:s dom ger ingen vägledning för vad som skall gälla om frågan om sekretess uppkommer i en annan kontext än i samband med en talan där skiljeavtalets giltighet ifrågasätts.

Om frågan om sekretess i skiljeförfarande anses utgöra en *materiell fråga hänförlig till huvudavtalet* gäller följande beträffande lagval. Om avtalet innehåller en allmän lagvalsklausul kommer den sålunda utpekade lagen att reglera även avtalsåtagandet om sekretess i skiljeförfarande. Inget hindrar dock parterna från att ha en specifik lagvalsklausul relaterad till frågan om sekretess i skiljeförfarande, och en annan lagvalsklausul beträffande kontraktet i övrigt. Om lagvalsklausul helt saknas har skiljenämnden, i enlighet med vad som anförts ovan, relativt stor frihet vid val av tillämplig lag. Om frågan om sekretess i skiljeförfarande anses utgöra en materiell fråga *hänförlig till skiljeavtalet* krävs en lagvalsklausul relaterad specifikt till skiljeavtalet om parterna vill styra valet av tillämplig lag. Annars kommer lagen i det land där förfarandet äger rum att tillämpas. Om slutligen frågan om sekretess i skiljeförfarande, mot min förmodan, anses utgöra en *fråga rörande själva förfarandet*, så tillämpas *lex arbitri*. Även enligt detta scenario bör dock finnas utrymme för avtal om tillämplig lag, i vart fall då *lex arbitri* är svensk rätt, eftersom de gällande normerna om sekretess i skiljeförfarande i princip torde vara dispositiva. Den modellklausul som föreslås i de följande avsnitten kommer, mot denna bakgrund, att föras med en särskild lagvalsföreskrift relaterad till frågan om sekretess i skiljeförfarande. Härigenom undviks den rättsosäkerhet som annars gjort sig gällande.¹⁹⁶

¹⁹⁵ En sådan lösning skulle nämligen innebära att sekretessklausuler specifikt relaterade till skiljeförfarande, till skillnad från allmänna sekretessklausuler, inte följde lagvalet i en allmän lagvalsklausul, eftersom en allmän lagvalsklausul inte anses hänförlig till skiljeavtalet. Jag har i avsnitt 4.1.3 konstaterat att en allmän sekretessklausul, beroende på omständigheterna, kan täcka en stor del av det sekretessbehov som gör sig gällande i samband med skiljeförfarande. Man kan då fråga sig vad som händer om avtalet innehåller både en allmän sekretessklausul och en sekretessklausul specifikt relaterad till skiljeförfarande, samtidigt som lagvalsfrågan endast regleras genom en allmän lagvalsklausul. Man riskerar då att få en situation i vilken de båda sekretessklausulerna följer var sitt rättssystem. I den mån klausulerna har ett överlappande tillämpningsområde uppstår därmed en situation som varken är önskvärd eller enkel att hantera. Det förefaller mot denna bakgrund lämpligt att samma lagvalsregel tillämpas, oavsett om sekretessåtagandet ges en allmän utformning eller relateras specifikt till skiljeförfarande.

¹⁹⁶ Jfr Bogdan, s. 261.

Den följande framställningen kommer, i linje med den grundinställning som angivits i avsnitt 1.3, primärt att utgå från att svensk rätt äger tillämpning på avtalsklausulen om sekretess i skiljeförfarande. Avtalsklausulen kommer således att anpassas till de svenska rättsreglerna i fråga om t.ex. avtalsfrihet, tolkning och sanktioner. I viss mån och mera översiktligt kommer dock även utländsk rätt att beaktas, i syfte att erhålla en modellklausul som är funktionell, om än ej optimal, även i fall då utländsk rätt är tillämplig på sekretessåtagandet.

4.4 FHL:s betydelse för rättsverkan av avtal om sekretess i skiljeförfarande

4.4.1 Allmänt om FHL

För det fall svensk rätt äger tillämpning uppkommer frågan vilken betydelse den särskilda lagregleringen om skydd för företagshemligheter, FHL, har för de rättsliga verkningarna av avtal om sekretess i skiljeförfarande. Det är tydligt att FHL i vissa fall sanktionerar den sålunda avtalade sekretessplikten. Det har vidare ifrågasatts om inte FHL dessutom innebär inskränkningar i avtalsfriheten. I syfte att fullständigt klargöra de allmänna utgångspunkterna för avtal om sekretess i skiljeförfarande måste således FHL:s betydelse närmare behandlas. En inledande allmän redogörelse för de relevanta bestämmelserna är härvid nödvändig.

Begreppet företagshemlighet definieras i 1 § FHL, med angivande av tre objektiva kriterier. Det skall gälla information om affärs- eller driftsförhållande i en näringsidkares rörelse (1), informationen skall hållas hemlig av näringsidkaren (2), och ett röjande av informationen skall vara ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende (3).¹⁹⁷ Det tredje kriteriet är det moment i legaldefinitionen som starkast begränsar innebörden av begreppet företagshemlighet.¹⁹⁸ Skadekravet anses innebära att endast information som är av betydelse för ett företags konkurrensförmåga skall åtnjuta skydd som företagshemlighet.¹⁹⁹ Det är tillräckligt att ett röjande är *ägnat* att medföra skada, vilket innebär att det räcker med att röjandet *typiskt sett* är av beskaffenhet att medföra skada.²⁰⁰ Den konkurrensförmåga som skyddas är den som är förenlig med ett krav på sund konkurrens.²⁰¹ En skada som inte skyddas av rättsordningen är därför inte en skada i FHL:s mening. Detta anses innebära att information om bevisligen förövad brottslig

¹⁹⁷ Se Fahlbeck, s. 182 f.

¹⁹⁸ Se *ibid.*, s. 189.

¹⁹⁹ Se *ibid.*, s. 189 f. Jfr Helgesson, s. 299.

²⁰⁰ Se NJA 1998 s. 633, s. 651; SOU 1983:52, s. 376; Fahlbeck, s. 188. Jfr Helgesson, s. 300.

²⁰¹ Se Fahlbeck, s. 190.

verksamhet eller förhållanden i rörelsen som från samhällets synpunkt ter sig helt oacceptabla inte utgör företagshemligheter.²⁰²

Enligt 2 § FHL gäller lagen endast *obehöriga* angrepp på företagshemligheter. Bestämmelsen har karaktären av en generalklausul och skall utgöra en garanti för att skyddet för företagshemligheter inte blir alltför långtgående.²⁰³ Paragrafen kompletterar bl.a. vad som ovan anförts om *bevisligen* förövad brottslig verksamhet m.m., därigenom att ett röjande av information för att offentliggöra något som *skäligen kan misstänkas* utgöra brott eller som kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande i näringsidkarens rörelse, inte anses obehörigt.²⁰⁴ Andra exempel på röjande av information som inte anses utgöra ett obehörigt angrepp är avslöjanden som sker till uppfyllelse av lagstadgad vittnesplikt eller annan lagstadgad skyldighet att lämna ut upplysning.²⁰⁵ 2 § FHL innebär att angrepp som sålunda anses icke obehöriga, inte kan föranleda sanktioner enligt lagen.

Av lagens övriga stadganden finns det anledning att här beröra 6 § FHL, som föreskriver skadeståndsskyldighet för den som avslöjar hemlig information som överförts vid affärsförbindelser mellan näringsidkare. I den mån FHL aktualiseras vid avtal om sekretess i skiljeförfarande är det denna bestämmelse som, jämte de allmänna bestämmelserna i 1 och 2 §§ FHL, äger tillämpning. 6 § FHL föreskriver att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare som han i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, skall utge ersättning för uppkommen skada. Bestämmelsen innehåller ingen regel om legal tystnadsplikt, utan anger endast förutsättningarna för skadeståndsansvar för brott mot en redan existerande tystnadsplikt, grundad t.ex. på avtal mellan parterna.²⁰⁶ Detta följer av att företagshemligheten skall ha mottagits ”i förtroende”, d.v.s. under (normalt avtalad) tystnadsplikt.²⁰⁷

4.4.2 Inskränker FHL friheten att avtala om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande?

Skiljedomsutredningen framhåller att FHL ger sanktion åt avtalsåtaganden om tystnadsplikt i skiljeförfarande.²⁰⁸ *Heuman* synes biträda denna uppfattning.²⁰⁹ Om parterna avtalat om sekretess i skiljeförfarande och endera parten åsidosätter den sålunda avtalade tystnadsplikten, kommer skadeståndsskyldighet att inträda enligt 6 § FHL, förutsatt att avtalsbrottet

²⁰² Se *ibid.*, s. 190 f.; Helgesson, s. 300 f. Jfr Källenfors & Svensson, s. 9 f.

²⁰³ Se Fahlbeck, s. 195.

²⁰⁴ Se *ibid.*, s. 195 ff.; Helgesson, s. 300 f.

²⁰⁵ Jfr Fahlbeck, s. 204; Källenfors & Svensson, s. 12.

²⁰⁶ Se Fahlbeck, s. 224.

²⁰⁷ NJA 1998 s. 633 indikerar dock att kraven för att information skall anses ha mottagits ”i förtroende” är lågt ställda.

²⁰⁸ Se SOU 1995:65, s. 183.

²⁰⁹ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 33.

innefattar ett obehörigt angrepp på företagshemlighet begånget uppsåtligen eller av oaktsamhet.

Samtidigt hävdar såväl skiljedomsutredningen som Heuman att FHL tillika innebär inskränkningar i avtalsfriheten.²¹⁰ Grunden för denna inställning är att bestämmelserna i 1 och 2 §§ FHL anses utgöra tvingande rätt.²¹¹ Som en konsekvens av dessa bestämmelsers tvingande karaktär uttalar skiljedomsutredningen att "[a]vtal om tystnadsplikt som går längre kan ... inte göras gällande".²¹² Vidare uttalas att "[a]vtal om tystnadsplikt rörande sådana uppgifter i näringsverksamheten som företagaren vill hålla hemliga men som faller utanför 1-2 §§ torde sakna rättslig verkan".²¹³ Heuman uttalar att "avtal om tystnadsplikt rörande sådant som inte utgör företagshemligheter saknar rättslig verkan".²¹⁴ Vidare uttalas att "den avtalade tystnadsplikten inte omfattar information som inte utgör företagshemlighet i lagens mening".²¹⁵ De sålunda gjorda uttalandena kan möjligen förstås så att skiljedomsutredningen och Heuman inte anser det möjligt att med rättslig verkan avtala om sekretess beträffande annat än företagshemligheter. En sådan uppfattning kan jag emellertid inte biträda.

Jag ansluter mig visserligen till ståndpunkten att 1 och 2 §§ FHL utgör tvingande rätt. Härav följer emellertid inte att sekretessavtal om annat än företagshemligheter saknar rättslig verkan. Att 1 § FHL är tvingande innebär endast att man inte kan utsträcka FHL:s tillämpningsområde genom att avtalsvägen utvidga begreppet företagshemlighet. Bestämmelsen i 1 § FHL är således enligt min mening exklusivt hänförlig till reglering av *FHL:s tillämpningsområde*. Det är inte tal om en ogiltighetsregel. Avtal om annat än företagshemligheter faller utanför FHL:s tillämpningsområde och sanktioneras således inte av lagen, men det saknas anledning att anta att de inte skulle upprätthållas utanför FHL enligt allmänna avtalsrättsliga principer. Jag menar därför att det är möjligt att med rättslig verkan ingå avtal om tystnadsplikt i skiljeförfarande omfattande även andra förhållanden än vad som i FHL:s mening utgör företagshemligheter.

Det är svårt att finna ändamålsskäl vilka skulle kunna motivera att två näringsidkare hindras från att med rättslig verkan ingå ömsesidigt bindande avtal om sekretess beträffande andra förhållanden än företagshemligheter. Det finns ingen anledning att inte låta affärlivets aktörer själva disponera över sekretess och offentlighet i de inbördes relationerna. Att FHL skulle exklusivt och uttömmande reglera möjligheterna att ingå giltiga sekretessavtal vinner ej heller stöd i lagens ordalydelse. En sådan lösning skulle vidare rimma illa med den etablerade uppfattningen i fråga om

²¹⁰ Se SOU 1995:65, s. 183; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 33.

²¹¹ Se SOU 1995:65, s. 183; Fahlbeck, s. 56, s. 68. Jfr SOU 1983:52, s. 348.

²¹² SOU 1995:65, s. 183.

²¹³ *Ibid.*, s. 183 f.

²¹⁴ Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 34.

²¹⁵ *Ibid.*

förhållandet mellan FHL och annan lagreglering.²¹⁶ Jag vill vidare påpeka att förarbetsuttalanden som skiljedomsutredningen anför till stöd för sin uppfattning i själva verket är förenliga med den av mig företrädde ståndpunkten.²¹⁷ Jag anser mig också ha visst doktrinstöd för mitt tänkesätt. Fahlbeck uttalar sålunda att näringsidkare som bryter mot avtalad tystnadsplikt är skadeståndsskyldig ”enligt *allmänna avtalsrättsliga principer* och FHL”.²¹⁸ Helgesson uttalar att FHL inte innehåller en uttömmande reglering och att det vid sidan av FHL finns andra möjligheter att utdöma skadeståndsansvar.²¹⁹ Helgesson behandlar vidare en fråga som ligger nära den här diskuterade, nämligen hur man skall bedöma fall som inte omfattas av FHL, men där en skadeståndsfråga uppkommer på t.ex. kvasikontraktuell grund. Helgesson anför två tänkbara synsätt, varav det första ligger i linje med den här hävdade uppfattningen och det andra innebär att om fallet inte omfattas av FHL skall ansvar inte kunna utkrävas. Helgesson anser att lika mycket talar för det ena och det andra synsättet, men anför att det förstnämnda synsättet torde vinna mest gehör i längden.²²⁰

Även HD:s domskäl i *Bulbank* ger måhända ett visst stöd för min uppfattning. I vart fall talar HD:s domskäl inte emot en lösning i enlighet med det anförda. HD refererar till 6 § FHL och anför att om förutsättningarna i denna paragraf är uppfyllda beträffande något som förekommer i ett skiljeförfarande, föreligger skyldighet på grund av lag att inte lämna ut uppgiften vid äventyr av skadeståndsskyldighet. HD påpekar därefter att man i de följande domskälen bortser från detta fall.²²¹

²¹⁶ Att viss information kan röjas utan påföljd enligt FHL anses inte innebära att röjandet tillika går fritt enligt andra regler, exempelvis straffrättsliga ansvarsregler. Se Fahlbeck, s. 192 f. Att FHL inte gör anspråk på exklusivitet gentemot andra ansvarsregler talar för att lagen inte heller utesluter tillämpning av allmänna avtalsrättsliga principer.

²¹⁷ Se SOU 1983:52, s. 348 f.. Lagutskottet uttalade visserligen att parterna inte borde kunna ”komma överens om en tystnadsplikt som omfattar avslöjanden av brott och allvarliga missförhållanden och som därmed sträcker sig utanför den av [FHL] givna ramen.”, bet. 1989/90:LU37, s. 45. Som framgår nedan menar jag emellertid att även tystnadsplikt som upprätthålls utanför FHL är underkastad undantag vad gäller brottslig verksamhet och allvarliga missförhållanden. Innehållsmässigt är det citerade uttalandet således inte oförenligt med den av mig förfäktade uppfattningen. Det medges dock att referensen till en av FHL given ram är olycklig. Enligt min mening sätter ju FHL inte de yttersta ramarna för vad som är rättsligt giltigt. Jag ställer mig emellertid avvisande till att en olyckligt vald formulering av lagutskottet, tillika uttalad i ett särskilt sammanhang, tillerkänns någon större betydelse vid avgörande av den aktuella frågeställningen.

²¹⁸ Fahlbeck, s. 230 (min kursivering). Referensen till allmänna avtalsrättsliga principer torde stödja den av mig förfäktade uppfattningen. Det kan i och för sig inte uteslutas att Fahlbeck endast menar att FHL och allmänna avtalsrättsliga principer tillämpas kombinerat inom ramen för FHL:s tillämpningsområde. Något skäl att begränsa allmänna avtalsrättsliga principers tillämplighet på detta sätt står emellertid ej att finna. Det medges att Fahlbeck på annat håll uttalar att ”[a]vtal om tystnadsplikt rörande sådant som faller utanför 1-2 §§ saknar rättslig verkan”. Efter kontakt med professor Fahlbeck har jag emellertid anledning anta att Fahlbeck i detta avseende endast syftar på att avtal om tystnadsplikt inte upprätthålls beträffande brottslig verksamhet och allvarliga missförhållanden. Jfr Fahlbeck, s. 56, s. 61.

²¹⁹ Se Helgesson, s. 228.

²²⁰ Se *ibid.*, s. 235. Jfr även *ibid.*, s. 272.

²²¹ Se domskälen, s. 549 f.

Uttalandena antyder att HD betraktar FHL:s reglering som ett specialfall av lagreglerad sekretessplikt, vars existens inte utesluter förekomsten av självständig sekretessplikt utanför lagens tillämpningsområde.²²²

Utifrån denna grundläggande inställning vill jag, vad gäller avtal om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande, hävda att förhållandet mellan FHL och frågan om inskränkningar i avtalsfriheten rätteligen bör beskrivas enligt följande.²²³

I den mån avtalsreglering om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande är hänförlig till och skyddar *information som motsvarar kriterierna för företagshemlighet* äger FHL tillämpning på sekretessplikten. Åsidosättande av den avtalade tystnadsplikten som innebär avslöjande av företagshemlighet sanktioneras således av lagen. Att FHL äger tillämpning innebär att även den tvingande bestämmelsen i 2 § FHL om krav på obehörighet är tillämplig. I den mån åsidosättande av tystnadsplikten inte är obehörigt kommer därför inga sanktioner att inträda. I enlighet med vad som angivits ovan är det således alltid möjligt för part i skiljeförfarande att åsidosätta den avtalade tystnadsplikten i syfte att avslöja misstänkt brottslighet eller andra allvarliga missförhållanden. Vidare får tystnadsplikten vika för lagstadgad upplysningsskyldighet. I detta avseende är det således korrekt att FHL medför inskränkningar i avtalsfriheten. Om part i skiljeförfarande obehörigen röjer företagshemligheter vilka omfattas av avtalsåtagandet om tystnadsplikt aktualiseras skadeståndsskyldighet enligt 6 § FHL enligt där angivna förutsättningar. Det bör dock uppmärksammas att 6 § FHL är dispositiv.²²⁴ Avtalet kan således, med avvikelse från 6 § FHL, stipulera andra förutsättningar för skadeståndsskyldighet och/eller föreskriva andra sanktioner.

I den mån avtalsreglering om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande är hänförlig till och skyddar *information som inte utgör företagshemligheter i FHL:s mening*, äger FHL inte tillämpning på sekretessplikten. Avtalet är dock även i detta avseende giltigt, men upprätthålls av allmänna avtalsrättsliga principer, inte FHL. Om part i skiljeförfarande åsidosätter den avtalade tystnadsplikten genom att avslöja information som skyddas av avtalet, men ej utgör företagshemligheter, aktualiseras således påföljder enligt allmänna principer. Det bör härvid vara skadeståndsskyldighet samt,

²²² Det bör också uppmärksammas att HD i domskälen, s. 551, talar om ”en skyldighet att inte obehörigen lämna uppgifter om skiljeförfarandet”. En sådan situation sägs föreligga ”när parter har träffat ett särskilt avtal om tystnadsplikt”. Ett avtal om tystnadsplikt tycks således, enligt HD:s uppfattning, ge upphov till en sekretessplikt omfattande ”uppgifter om skiljeförfarandet”. Någon begränsning till företagshemligheter uttalas ej. Även dessa uttalanden antyder sålunda att enligt HD:s uppfattning avtal om sekretess i skiljeförfarande kan tillerkännas verkan också beträffande annat än företagshemligheter.

²²³ Måhända skall skiljedomsutredningen och Heuman inte förstås på annat sätt än att de delar den här förfäktade uppfattningen. Deras ovan citerade formuleringar, vilka synes antyda ståndpunkten att avtal om sekretess utanför FHL:s tillämpningsområde inte äger giltighet, är i så fall olyckliga.

²²⁴ Se Fahlbeck, s. 163, s. 224.

vid väsentligt avtalsbrott, hävning som kommer i fråga.²²⁵ Eftersom avtal om sekretess avseende annat än företagshemligheter faller utanför FHL äger inte heller 2 § FHL tillämpning. Undantag ungefärligen motsvarande 2 § FHL bör dock gälla även i detta sammanhang. Avtalet om tystnadsplikt hindrar ej part i skiljeförfarande från att avslöja misstänkt brottslighet eller allvarliga missförhållanden. Sekretessplikten måste också vika för bl.a. lagstadgad upplysningsplikt.²²⁶ Undantagen följer dock inte av 2 § FHL utan av grunderna för rättordningen samt allmänna oskrivna principer.

Frågan huruvida avtal om sekretess i skiljeförfarande äger giltighet även i den mån de avser annat än företagshemligheter är inte av utslutande akademisk karaktär. Det kan tänkas fall då förhållanden vilka omfattas av parternas sekretessbehov i samband med skiljeförfarande, såsom detta formulerats i avsnitt 4.1.3, inte uppfyller kriterierna för att utgöra företagshemligheter. Det har t.ex. ifrågasatts om det förhållandet att ett skiljeförfarande pågår i sig kan kvalificeras som en företagshemlighet.²²⁷ Vad som sätts i fråga är om kravet att ett röjande skall vara ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende verkligen är uppfyllt. Jag tillstår dock att parternas sekretessbehov huvudsakligen hänför sig till information som uppfyller kriterierna i 1 § FHL. Det medges därför att det i detta avsnitt behandlade problemet har begränsad, om än ej obefintlig, praktisk betydelse.

Den av mig hävdade uppfattningen innebär sammanfattningsvis att den domstol eller skiljenämnd som ställs inför ett påstått åsidosättande av avtalad tystnadsplikt för part i skiljeförfarande, har att resonera enligt följande. Om det förhållande som avslöjats uppfyller kriterierna för att kvalificeras som företagshemlighet enligt 1 § FHL, så skall det eventuella avtalsbrottet bedömas enligt reglerna i FHL. Om förhållandet inte utgör företagshemlighet i FHL:s mening så skall å andra sidan det eventuella avtalsbrottet bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga principer.

4.4.3 FHL:s tillämplighet på skiljemän och ombud

Diskussionen i föregående avsnitt inriktades på avtal om tystnadsplikt för part i skiljeförfarande. En följdfråga som uppkommer är huruvida samma resonemang kan appliceras då sekretesssubjekten enligt avtalsklausulen i fråga är skiljemän och ombud. Sanktioneras skiljemäns respektive ombuds avtalade tystnadsplikt av 6 § FHL? Enligt lagrummets ordalydelse

²²⁵ Jfr Hellner, s. 109.

²²⁶ För ytterligare undantag, se 5.4.

²²⁷ Jfr SOU 1995:65, s. 184; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 34. För egen del vill jag emellertid påpeka att ett röjande för allmänheten av det förhållandet att ett visst företag är inblandat i ett skiljeförfarande i vissa fall torde kunna påverka relationer till leverantörer, kunder och/eller allmänheten. Det kan därför inte uteslutas att avslöjandet är ägnat att påverka företagets konkurrensförmåga i negativ riktning. Kriterierna i 1 § FHL kan således i vissa fall vara uppfyllda med följd att en företagshemlighet är för handen. Även Heuman torde biträda denna uppfattning, se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 34.

förutsätter detta att skiljemannen respektive ombudet kan anses ha fått del av företagshemligheten i fråga i samband med en affärsförbindelse med den näringsidkare hos vilken företagshemligheten finns.

Den nu aktuella frågan diskuteras av skiljedomsutredningen. Utredningen tar härvid sin utgångspunkt i den doktrinunderstödda uppfattningen att civilrättsliga regler om uppdrag i princip är tillämpliga på rättsförhållandet mellan parterna och skiljemannen (se avsnitt 2.2.2). Detta skulle enligt skiljedomsutredningen kunna innebära att skadeståndssanktionen i 6 § FHL gäller även för en skiljeman som avslöjar en parts företagshemligheter, förutsatt att tystnadsplikt kan anses vara avtalad.²²⁸ *Jarvin* refererar till skiljedomsutredningens uppfattning och ställer frågan om inte även ombud bör träffas av samma regel.²²⁹

Rättsläget får, i brist på klargörande rättspraxis, tillsvidare betraktas som osäkert. 6 § FHL avser kommersiella kontakter mellan näringsidkare.²³⁰ Detta anses, med stöd av uttalanden i FHL:s förarbeten, innebära att lagrummet endast kan tillämpas om även den som mottagit information under avtalad tystnadsplikt är näringsidkare.²³¹ Vidare krävs det, som konstaterats ovan, att relationen mellan den som anförtror företagshemligheten och mottagaren av densamma kan kvalificeras som en affärsförbindelse. Det är dessa båda krav som föranleder osäkerhet beträffande ombud och skiljemän.

Näringsidkarbegreppet förutsätter att personen ifråga självständigt och yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk natur.²³² En privatperson som utför enskilda uppdrag mot ersättning kan inte automatiskt anses bedriva en yrkesmässig verksamhet.²³³ Man kan mot denna bakgrund ifrågasätta om t.ex. en domare eller en professor i juridik som åtar sig enstaka uppdrag som skiljeman uppfyller kraven för att betraktas som näringsidkare. Det faktum att verksamheten som skiljeman ligger i linje med personens utbildning och kompetens i övrigt kan dock möjligen påverka bedömningen.²³⁴

Det kan tyckas besynnerligt att klassificera relationen mellan å ena sidan de tvistande parterna och å andra sidan skiljemännen som en affärsförbindelse. Skiljemännen har till uppdrag att slita tvisten mellan parterna och fullgör en dömande uppgift. Kan sådan verksamhet, som även utövas i de ordinära domstolarna, verkligen konstituera en affärsförbindelse? På samma sätt kan det tyckas besynnerligt att karaktärisera förtroenderelationen mellan part och ombud som en affärsförbindelse. Förarbetena ger å andra sidan klart stöd för att affärsförbindelsen kan vara av vilket slag som helst och att

²²⁸ Se SOU 1995:65, s. 185.

²²⁹ Se *Jarvin*, s. 155 f.

²³⁰ Se *Fahlbeck*, s. 225.

²³¹ Se prop. 1987/88:155, s. 42; *Fahlbeck*, s. 225; *Helgesson*, s. 328.

²³² Se *Helgesson*, s. 292.

²³³ Se *ibid.*, s. 294.

²³⁴ Jfr *ibid.*

uppdragsförhållanden av olika slag kan karakteriseras som affärsförbindelser.²³⁵ Det kan inte råda någon tvekan om att såväl skiljemän som ombud civilrättsligt intar ställning av uppdragstagare. Måhända kan således kravet på affärsförbindelse trots allt anses uppfyllt.

Frågan om skiljemäns och ombuds ställning under FHL får tillsvidare betraktas som olöst. Enligt min mening kan frågan inte besvaras generellt. Omständigheterna i det enskilda fallet måste vara avgörande. Om t.ex. en advokat i sin verksamhet åtar sig skiljemannauppdrag talar mycket för att han bör betraktas som näringsidkare. Om förhållandet med parterna också kan karakteriseras som en affärsförbindelse, vilket med stöd i motiven torde vara möjligt, omfattas han sålunda av 6 § FHL. Ett justitieråd som åtar sig enstaka skiljemannauppdrag som bisyssla kan emellertid knappast kvalificeras som näringsidkare. Han omfattas då inte av 6 § FHL.

Om 6 § FHL anses tillämplig på en skiljeman eller ett ombud gäller samma resonemang som ovan gjorts gällande med avseende på part. I den mån skiljemannens respektive ombudets avtalsåtagande om tystnadsplikt avser företagshemligheter gäller FHL och sanktionsbestämmelsen i 6 § FHL. I den mån avtalsåtagandet är hänförligt till andra omständigheter än företagshemligheter faller det utanför FHL och upprätthålls istället av allmänna avtalsrättsliga principer.

Om 6 § FHL inte anses tillämplig på skiljemannen respektive ombudet faller dessa personers avtalsåtaganden om sekretess utanför FHL:s tillämpningsområde. Den avtalade tystnadsplikten, oavsett om den är hänförlig till företagshemligheter eller andra förhållanden, upprätthålls och sanktioneras i sin helhet enligt allmänna avtalsrättsliga principer. Detta innebär inte att det saknas gränser för avtalsfriheten. I likhet med vad som tidigare anförts om tystnadsplikt för part bör vissa undantag från avtalad tystnadsplikt gälla även utanför FHL:s tillämpningsområde. Således bör det t.ex. vara möjligt för skiljeman att avslöja misstänkt brottslig verksamhet eller allvarliga missförhållanden utan hinder av den avtalade tystnadsplikten. Ett sådant undantag torde följa av det förhållandet att hemlighållandet av dylik information inte åtnjuter rättsordningens skydd.²³⁶

²³⁵ Se prop. 1987/88:155, s. 42; SOU 1983:52, s. 385.

²³⁶ Jfr lagrådets uttalande i bet. 1988/89:LU30, s. 105 f. Till frågan om undantag från tystnadsplikten återkommer framställningen i avsnitt 5.4.

5 Närmare om utformningen av sekretessklausuler

5.1 Inledande kommentarer

I de följande avsnitten tar jag upp de specifika frågeställningar som parter och ombud måste ta ställning till vid utformning av sekretessklausuler relaterade till skiljeförfarande. Jag kommer härigenom att stegvis bygga upp en modellklausul, som sedan slutligt presenteras i sin helhet i kapitel 6. Fortlöpande kommenteras även i viss utsträckning frågor knutna till tillämpningen av den föreslagna klausulen.

Modellklausulen följer de överväganden som gjorts i föregående kapitel, vilket innebär följande beträffande klausulens allmänna utformning. Sekretessåtagandet är skriftligt, uttryckligt och specifikt relaterat till skiljeförfarande. Sekretessföreskrifterna ges vidare en detaljerad, preciserad och bestämd utformning i vilken tydlighet och klarhet prioriteras. Åtagandet ges formen av en särskild avtalsklausul, vilken förutsätts placeras i omedelbar anslutning till avtalets skiljeklausul. Sekretessklausulen förses slutligen med en lagvalsföreskrift som utpekar svensk rätt som tillämplig på sekretessåtagandet. Den senare föreskriften kan parterna naturligtvis variera efter individuella önskemål om vilket lands lag som skall tillämpas.

Det bör på nytt påpekas att den i detta arbete utarbetade modellklausulen, med hänsyn till sin detaljgrad och utförlighet, framförallt är avsedd att användas i större, komplexa avtal. I enklare avtal är en simplificerad, mera komprimerad och allmänt hållen sekretessklausul att föredra. Denna aspekt kommer att kommenteras kortfattat i anslutning till de förslag till avtalstexter som framläggs.

5.2 Sekretesspliktens omfattning och innebörd

5.2.1 Utgångspunkter

I förevarande avsnitt skall i princip två frågeställningar avhandlas. För det första diskuteras sekretessobjektet, d.v.s. vilken information som bör skyddas av sekretessplikten (avsnitt 5.2.2). För det andra diskuteras frågan om sekretesspliktens innebörd, d.v.s. vilken hantering av den skyddade informationen som bör förbjudas enligt avtalet (avsnitt 5.2.3). Vid

upprättande av en sekretessklausul är dessa båda frågor de första kontraktsskrivaren har att ta ställning till.²³⁷

Det är av stor vikt att särskild uppmärksamhet ägnas frågan om vilken information som skall skyddas och att sekretessobjektet därefter noggrant preciseras i sekretessklausulen.²³⁸ Detta ligger i linje med de allmänna riktlinjer som fastslagits i avsnitt 4.2 och motiveras inte minst av intresset att främja förutsebarhet. Beskrivningen av skyddad information bör såvitt möjligt knytas till objektivet konstaterbara fenomen.²³⁹ Vidare bör innebörden av parternas åtaganden klart framgå av klausulen, så att osäkerhet beträffande vilka angrepp som är ansvarsgrundande så långt möjligt kan reduceras. De sålunda identifierade ändamålen uppnås enligt min mening lämpligen genom att sekretessklausulen förses med ett portalstadgande i inledningsstycket, som anger parternas grundläggande åtagande. Detta portalstadgande preciseras sedan med hjälp av definitioner i efterföljande stycken.

5.2.2 Sekretessobjektet

I enlighet med den teknik som angavs i föregående avsnitt regleras sekretessobjektet lämpligen genom att portalstadgandet refererar till ”konfidentiell information”, varefter detta begrepp definieras i ett eget stycke. Definitionen av sekretessobjektet bör härvid, med beaktande av att den klausul som här diskuteras är av modellkaraktär, bestämmas med utgångspunkt från vad som kan antas motsvara behov och önskemål hos avtalsparter i allmänhet. I enskilda avtalsrelationer kan sedan avtalsparterna välja att modifiera definitionen i syfte att erhålla ett mer vidsträckt eller begränsat sekretessobjekt, anpassat efter de enskilda avtalsparternas önskemål.

Företag finner det i många fall angeläget att hemlighålla det blotta faktum att företaget är involverat i en skiljetvist. Att det kommer till allmän kännedom att ett skiljeförfarande pågår kan således upplevas som en betydande olägenhet.²⁴⁰ Sådana överväganden gör sig inte minst gällande vad immaterialrättsliga tvister.²⁴¹ Även utanför det immaterialrättsliga området torde emellertid parter i kommersiella skiljeförfaranden oftast, om än ej undantagslöst, vara intresserade av att hålla det förhållandet att skiljeförfarande pågår konfidentiellt. Om det kommer till allmän kännedom

²³⁷ Jfr Christou, s. 44 ff.

²³⁸ Jfr Berglund, s. 40 f.

²³⁹ Jfr Bryde Andersen, s. 632.

²⁴⁰ Jfr Hanqvist, s. 116; Mangård, s. 104.

²⁴¹ Således nämner *Dessemontet*, s. 300, exemplet att ett skiljeförfarande inletts mellan två företag som är licensgivare respektive licenstagare avseende viss teknologi. Om en av parterna avslöjar för tredje man att det mellan parterna pågår en skiljetvist om patent till uppfinningar grundade på denna teknologi, finns en risk att den andra parten går miste om ett kontrakt med denna tredje man. Motsvarande överväganden framförs av Karnell, s. 298. Se även avsnitt 4.1.1.

att företaget är involverat i ett eller flera skiljeförfaranden kan detta skada företagets rykte.²⁴² Jag föreställer mig också att företagets relationer med kunder och leverantörer kan påverkas i menlig riktning. Att parternas identitet och föremålet för deras tvist kan hållas hemliga är överhuvudtaget ett av de viktigaste argumenten som åberopas till förmån för skiljeförfarande.²⁴³ Det synes mot denna bakgrund motiverat att låta modellklausulens sekretessobjekt omfatta upplysning om det förhållandet att det har pågått eller pågår ett skiljeförfarande mellan parterna. Det bör anges att en sådan upplysning endast utgör konfidentiell information om den är så preciserad att parterna kan identifieras.

Paulsson och *Rawding* anför dock att det synes orealistiskt och ej önskvärt att etablera ett absolut förbud mot unilateral publicering av skiljeförfarandets blotta existens.²⁴⁴ De förser sitt avtalsförslag med en särskild passus som, såvitt jag förstår, medger att "the names of the parties and the relief requested" avslöjas för tredje man.²⁴⁵ Mot bakgrund av de ändamålsskäl som anförts ovan anser jag att ett sekretessobjekt formulerat på detta sätt ger ett otillräckligt skydd. Jag biträder visserligen Paulssons och Rawdings uppfattning att ett *absolut* förbud, mot offentliggörande av det faktum att en skiljetvist pågår, inte är att rekommendera. Den av mig föreslagna formuleringen av sekretessklausulen innebär emellertid inte ett absolut förbud. Såsom jag formulerat sekretessobjektet hindras inte att en tvistande part upplyser utomstående om att företaget är involverat i en tvist, förutsatt att detta sker på ett sådant sätt att det varken direkt eller indirekt framgår vilket företag som är motpart i tvisten. Avtalsparten får således vid offentliggörandet ej ange namn på motparten. Ej heller får tvistens substans anges i den mån det då skulle vara möjligt att sluta sig till motpartens identitet. Däremot får part t.ex. låta meddela att "vi är för närvarande inblandade i tre patentrelaterade skiljetvister". Detta följer av att sekretessklausulen i nu aktuellt avseende endast förbjuder de tvistande parterna att lämna upplysning som är så preciserad att parterna kan identifieras. Det bör vidare påpekas att parternas sekretessplikt kommer att föras med vederbörliga undantag vilka medger att konfidentiell information avslöjas i vissa i avtalet angivna situationer (se avsnitt 5.4). Den här föreslagna definitionen innebär således ingalunda ett sådant absolut förbud som vore orealistiskt och icke önskvärt. Min slutsats är därför, trots Paulssons och Rawdings synpunkter, att sekretessklausulen bör föras med en särskild föreskrift som anger att upplysning om att det mellan Parterna pågår eller har pågått ett skiljeförfarande utgör konfidentiell information, d.v.s. omfattas av sekretessobjektet.²⁴⁶

²⁴² Jfr Jarvin, s. 153.

²⁴³ Se *ibid.*

²⁴⁴ Se Paulsson & Rawding, s. 314.

²⁴⁵ Se *ibid.*, s. 315.

²⁴⁶ Jfr Bagner, *Fundamental Principle*, s. 248.

Parter i kommersiella skiljeförfaranden är i allmänhet också intresserade av att skydda uppgifter av olika slag som framkommer under förfarandet.²⁴⁷ Det kan exempelvis vara angeläget att vissa affärshemligheter inte kommer till allmänhetens eller konkurrenters kännedom.²⁴⁸ Som *Jarvin* anför kan det här handla om företagshemligheter såsom omsättningssiffror, marknadsundersökningar, planerade reklamkampanjer, marknadsandelar, redovisningssystem, datasystem, försäljningsvillkor, inköpsvillkor, kalkyler för prissättning och vinstmarginaler.²⁴⁹ Det kan också handla om sådant som har med framställning av varor och tjänster att göra eller om uppfinningar som ännu inte fått patentskydd eller vilka inte är patentbara men som för företaget äger värde såsom know-how.²⁵⁰ Uppgifter av dessa slag, eller andra skyddsvärda uppgifter, kan framkomma genom den bevisning som åberopas inför skiljenämnden. De kan vidare förekomma i parternas inlagor och muntliga anföranden inför skiljenämnden. För att tillmötesgå parternas sekretessönskemål bör sekretessobjektet utformas så att det omfattar uppgifter av nämnt slag.²⁵¹

Oftast torde de skyddsvärda uppgifterna vara av sådant slag att de kan kvalificeras som företagshemligheter enligt 1 § FHL. Enligt min mening bör emellertid sekretessobjektet ej begränsas härtill. Det kan inte uteslutas att vissa uppgifter i ett enskilt fall anses skyddsvärda trots att det är tveksamt om de utgör företagshemligheter i FHL:s mening. Jag föreställer mig exempelvis att en part av processtaktiska skäl kan vilja att en sakuppgift som parten framlagt i skiljetvisten hemlighålls, om uppgiften t.ex. skulle vara till partens nackdel i en annan pågående process. Vidare tycks det olämpligt att i sekretessklausulen införa ett legaldefinierat begrepp som kan ge upphov till gränsdragningsproblem. Jag förordar istället att sekretessklausulen i nu aktuellt hänseende formuleras så att till begreppet konfidentiell information förs dels bevisning som framlagts inför skiljenämnden, dels sakuppgifter som anförts inför skiljenämnden av parterna.²⁵² Några särskilda krav relaterade till informationens

²⁴⁷ Jfr *Jarvin*, s. 153.

²⁴⁸ Jfr *Hanqvist*, s. 116.

²⁴⁹ Se *Jarvin*, s. 153.

²⁵⁰ Se *ibid.*

²⁵¹ Jfr *Paulsson & Rawding*, s. 315, vars avtalsförslag tycks motsvara detta krav, förutom vad gäller parternas muntliga anföranden.

²⁵² Det bör påpekas att, vad gäller parternas inlagor och anföranden, endast framlagda *sakuppgifter* skyddas. Parternas *argumentation* nämns inte uttryckligen i den föreslagna klausulen. Att låta sekretessobjektet omfatta även *argumentation* vore enligt min mening föga lämpligt och knappast realistiskt. En part som ställs inför ett bestickande rättsligt argument från motparten måste vara oförhindrad att använda motsvarande argumentationssätt i annan process i vilken han blir inblandad. Vidare måste en skiljeman som ansluter sig till en argumentationslinje i en rättslig fråga vilken framförts av endera parten, vara oförhindrad att använda motsvarande argumentationssätt vid kommande skiljemannauppdrag, i sin verksamhet som rättsligt ombud, eller i sin verksamhet som rättsvetenskapsman. Parterna kan inte genom ett sekretessavtal s.a.s. lägga beslag på rättsliga resonemang. De rättsliga resonemangen kan således användas, utan hinder av sekretessplikten, förutsatt att detta sker frikopplat från de för målet specifika omständigheterna. Däremot kommer det avtalade sekretesskyddet för framlagda

innehållsmässiga kvalitet uppställs således ej. Nödvändiga begränsningar åstadkoms istället dels genom vissa inskränkningar i sekretessobjektet vilka kommer att beröras nedan, dels genom de undantag från sekretessplikten som kommer att tas upp i avsnitt 5.4.

Slutligen vill de tvistande parterna i allmänhet att den av skiljenämnden meddelade skiljedomen skall omfattas av sekretessplikten. Skiljenämndens domslut och domskäl kan, om de kommer till allmän kännedom, inspirera ytterligare processer eller resultera i betydande kommersiell olägenhet.²⁵³ Det är således lämpligt att avtalsklausulen formuleras så att sekretessobjektet kommer att omfatta skiljenämndens slutliga avgörande av tvisten.²⁵⁴ Motsvarande överväganden gör sig gällande avseende eventuella deldomar eller mellandomar, vilka således också bör omfattas av sekretessobjektet. Samma resonemang kan appliceras på skiljenämndens interimistiska förordnanden rörande saken. Det får emellertid anses mera tveksamt om det är motiverat att även utsträcka sekretessobjektet till beslut i processuella frågor. Det förhållandet att en tvist pågår mellan parterna skyddas redan enligt den avtalsreglering som föreslagits ovan. Beslut i processuella frågor torde sällan innehålla skyddsvärd information utöver detta förhållande. Det kan emellertid inte uteslutas att även ett processuellt avgörande kan vara skyddsvärt, t.ex. om det kan tänkas inspirera ytterligare tvister. Det erinras härvid om att tvisten i Bulbank föranleddes just av ena partens publikation av ett beslut i en processuell fråga (se avsnitt 2.1.2). Jag väljer således trots allt att även låta skiljenämndens beslut i processuella frågor uttryckligen omfattas av sekretessobjektet.

Att sekretessobjektet på detta sätt utsträcks till skiljenämndens avgöranden bör innebära att dessa inte kan publiceras ens i anonymiserad form, såvida inte parternas samtycke inskaffas (se avsnitt 5.4.2). Däremot måste rent rättsliga resonemang och argumentationssätt kunna användas utan hinder av sekretessplikten. En skiljeman måste t.ex. anses oförhindrad att använda sin argumentation i en rättslig fråga i en rättsvetenskaplig artikel eller i sin fortsatta verksamhet som ombud eller skiljeman. Att samma resonemang i en rättslig fråga förs på nytt kan ju knappast sägas innebära att skiljenämndens avgörande yppas till tredje man.

sakuppgifter att innebära att parter och skiljemän inte kan återge den rättsliga argumentationen med angivande av för målet specifika fakta.

²⁵³ Se Paulsson & Rawding, s. 305 f.

²⁵⁴ Det medges att en publikation av domen i de flesta fall hindras redan av de tidigare föreslagna punkterna i sekretessobjektet. Så är emellertid inte alltid fallet. Om exempelvis vinnande part i en tvist om produktansvar, utan att röja sin egen identitet, sprider uppgiften att motparten av skiljenämnden ålagts utge ett visst belopp i skadestånd, är det tveksamt om någon av de hittills berörda punkterna i sekretessobjektet aktualiseras. Det förhållandet att det mellan parter med viss identitet pågått skiljeförfarande har ej avslöjats, eftersom det inte framgår vem av den skadeståndsskyldiges kunder som var vinnande part. Bevisning och anförda sakuppgifter har inte heller avslöjats. Det anförda exemplet visar att det är motiverat att uttryckligen utsträcka sekretessobjektet till skiljedomen.

Sammanfattningsvis kan tre huvudgrupper av skyddsvärd information, vilka bör omfattas av det i sekretessklausulen angivna sekretessobjektet, identifieras.²⁵⁵ Sekretessobjektet bör för det första omfatta det förhållandet att det mellan parterna pågår eller har pågått ett skiljeförfarande. Sekretessen bör för det andra omfatta bevisning som läggs fram inför skiljenämnden samt sakuppgifter som anförs inför skiljenämnden av parterna. Slutligen bör sekretessen omfatta skiljenämndens avgöranden som sådana.

Sekretessavtal bör emellertid normalt inte utsträckas till information som är allmänt känd.²⁵⁶ Hit hör bl.a. information som är publicerad i litteraturen eller eljest gjord tillgänglig för allmänheten på annat sätt än genom brott mot sekretessplikten.²⁵⁷ Sekretessklausuler brukar därför förses med en särskild föreskrift som undantar offentligt tillgänglig information.²⁵⁸ Ett sådant undantag synes motiverat även i det nu aktuella fallet. Att upprätthålla en sekretessplikt beträffande information som redan är allmänt känd torde vara till föga gagn för parterna. Undantaget inkorporeras lämpligen i sekretessklausulen genom att definitionen av sekretessobjektet förses med en inskränkande föreskrift av detta innehåll.²⁵⁹

Sekretessavtal brukar också förses med en föreskrift som från varje parts sekretessplikt undantar information som denna part hade sedan tidigare, information som parten kan erhålla från utomstående part utan brott mot avtalet, samt information som parten utvecklar självständigt.²⁶⁰ Den bakomliggande tanken synes vara att sekretessplikten rimligen endast bör omfatta sådan information som part fått tillgång till uteslutande genom mottagande under sekretessavtalet. Frågan uppkommer i vad mån motsvarande överväganden gör sig gällande vad gäller avtal om sekretess i skiljeförfarande. Enligt min mening har dessa resonemang föga relevans vad gäller den första och den tredje av de ovan nämnda huvudgrupperna av information, vilka konstituerar sekretessobjektet i den föreslagna klausulen. Det förhållandet att det mellan parterna pågår eller har pågått ett skiljeförfarande bör omfattas av sekretessplikt oberoende av på vilket sätt informationen åtkommit av de subjekt som omfattas av sekretessregleringen. Detsamma gäller skiljedomen och skiljenämndens övriga avgöranden. Vad gäller bevisning som läggs fram inför skiljenämnden samt sakuppgifter som av parterna anförs inför skiljenämnden äger de nämnda resonemangen dock relevans. Det synes inte rimligt att en part skall vara skyldig att hemlighålla sakuppgifter vilka han kände till redan innan skiljeförfarandet inleddes, enbart av den anledningen att sakuppgiften framläggs inför skiljenämnden. Det är tillräckligt att tystnadsplikten i detta avseende omfattar information som man får tillgång

²⁵⁵ Dessa tre huvudgrupper nämns av HD i *Bulbank*, se domskälen, s. 549. Se även Bagner, *Fundamental Principle*, s. 248; A. Edwards, s. 94.

²⁵⁶ Se Bryde Andersen, s. 628 f., s. 632.

²⁵⁷ Se *ibid.*, s. 632.

²⁵⁸ Jfr Berglund, bilaga 4, s. 3; Christou, s. 49 ff; Lego Andersen, s. 304.

²⁵⁹ Jfr Christou, s. 49.

²⁶⁰ Jfr Berglund, bilaga 4, s. 3; Bryde Andersen, s. 630; Christou, s. 49 ff.

till uteslutande genom skiljeförfarandet. Information som parten har sedan tidigare, eller erhåller från tredje man utan anknytning till skiljeförfarandet, bör således undantas från sekretessobjektet. En annorlunda lösning riskerar medföra att part avstår från att framlägga en relevant upplysning, eftersom han inte vill gå miste om möjligheten att anföra samma omständighet i andra sammanhang. Motsvarande överväganden gör sig gällande beträffande bevispersoner. Rimligen omfattar sekretessobjektet med avseende på vittnen och sakkunniga endast sådan information de erhållit genom sin medverkan i skiljeförfarandet, t.ex. genom att ta del av inlagor eller förhandlingar. Den kunskap bevispersonen hade sedan tidigare, oberoende av skiljeförfarandet, bör denne kunna uttala även i andra sammanhang, utan att den part som åberopat vittnet därigenom ådras ansvar. Sekretessobjektet bör därför inskränkas genom en särskild föreskrift som anger att bevisning och av parterna framlagda sakuppgifter skall anses utgöra konfidentiell information endast i förhållande till personer vars kännedom om omständigheterna ifråga uppkommit uteslutande p.g.a. medverkan i skiljeförfarandet.²⁶¹

5.2.3 Sekretesspliktens innebörd

I det nu aktuella fallet torde det vara relativt okomplicerat att bestämma vilken hantering av konfidentiell information som skall anses utgöra angrepp mot sekretessplikten. Avtalsparternas intresse är att förhindra att information omfattad av sekretessobjektet kommer utomstående till kännedom. De torde oftast inte ha något intresse av att härutöver inskränka möjligheterna att utnyttja informationen. Portalstadgandet, som innehåller parternas grundåtagande, kan därför lämpligen ges en relativt enkel utformning, som anger att parterna åtar sig att inte för tredje man yppa konfidentiell information rörande skiljeförfarandet.²⁶²

Vissa personkategorier, vilka har en mer eller mindre stark anknytning till avtalsparterna, måste dock kunna få del av information som faller inom sekretessobjektets ram, utan att detta strider mot sekretessplikten. Sekretessplikten måste således preciseras på ett sådant sätt att yppande av konfidentiell information till dessa personkategorier ej konstituerar ett ansvarsgrundande angrepp. Detta görs lämpligen genom att sekretessklausulen förses med en definition av begreppet tredje man, i vilken de aktuella personkategorierna undantas.

De personkategorier som här avses inkluderar till att börja med personer vilka kan sägas tillhör respektive parts sfär. Parternas ställföreträdare, såsom styrelseledamöter och VD, måste naturligtvis kunna erhålla information om

²⁶¹ Jfr Paulsson & Rawding, s. 315.

²⁶² Det kan emellertid tänkas att parterna i vissa fall har ett intresse av att även inskränka motpartens möjligheter att utnyttja under skiljeförfarandet kommunicerad information för egen förtjänst. Så kan t.ex. vara fallet om ena parten avslöjat teknisk know-how. Om avtalsparterna vid avtalsslutet kan förutse att en sådan situation är tänkbar, bör sekretessplikten ges en annan utsträckning än vad som här föreslagits, i syfte att förbjuda att motparten utnyttjar informationen för att erhålla kommersiell vinning. Jfr Christou, 47 f.

det pågående skiljeförfarandet. Även parternas personal liksom anlidade konsulter kan i vissa fall för fullgörande av sina uppgifter behöva få tillgång till information vilken omfattas av sekretessobjektet.²⁶³ Avtalsklausulen bör dock i denna del utformas på ett sådant sätt att anställdas och konsulters tillgång till konfidentiell information begränsas till vad som är nödvändigt. Slutligen måste parternas ombud uppenbarligen kunna förses med all information relaterad till skiljeförfarandet. Om så ej vore fallet skulle ombuden ej kunna fullgöra sina uppdrag på ett fullgott sätt.

Information bör utan hinder av sekretessåtagandet kunna lämnas även till vissa personkategorier som faller utanför respektive parts sfär. Således måste det naturligtvis vara tillåtet att lägga fram information inför skiljenämnden, vilket uppnås genom att skiljenämndens ledamöter inte behandlas som tredje män vid tillämpning av sekretessklausulen.²⁶⁴ Vidare kan det vara nödvändigt att förse sakkunniga, och undantagsvis vittnen, med inblick i målet för att de skall kunna bidra till målets utredning på bästa möjliga sätt. I den mån det på detta sätt är nödvändigt att bevispersoner förses med information bör de ej betraktas som tredje män.²⁶⁵

Utifrån omständigheterna i det enskilda fallet kan avtalsparterna finna skäl att undanta även andra kategorier av personer. Om ena avtalsparten ingår i en större koncern kan det t.ex. vara motiverat att undanta juridiska personer inom koncernen och därigenom tillåta koncernintern kommunikation av konfidentiell information.

5.2.4 Förslag på avtalstext

På grundval av de överväganden som gjorts i föregående avsnitt, föreslår jag att frågan om sekretessobjektets utsträckning samt frågan om sekretesspliktens innebörd regleras genom en avtalstext uppbyggd enligt följande.

1. Parterna åtar sig att inte för tredje man yppa konfidentiell information relaterad till ett pågående eller avslutat skiljeförfarande enligt § ##.

²⁶³ Angående rådgivare, jfr Bryde Andersen, s. 633.

²⁶⁴ Det förekommer att skiljenämnden assisteras av en sekreterare. Enligt Jarvin, s. 156, är detta inte ovanligt i Sverige och Schweiz, men endast undantagsvis förekommande i andra länder. Om det kan förutses att en särskild sekreterare kan komma att bistå skiljenämnden i ett eventuellt skiljeförfarande kan det måhända anses motiverat att förse sekretessklausulen med en särskild föreskrift som anger att inte heller sekreteraren är att anse som tredje man. Den etablerade uppfattningen är emellertid att sekreterare ej bör anlitas utan att skiljenämnden erhållit parternas medgivande därtill, se Cars, s. 97; Jarvin, s. 156 f. Ett sådant medgivande får anses innefatta parternas samtycke till att sekreteraren delges konfidentiell information. Därmed blir det undantag från sekretessplikten som diskuteras i avsnitt 5.4.2 tillämpligt. Jag har mot denna bakgrund inte funnit det nödvändigt att förse sekretessklausulen med en särskild föreskrift enligt vilken sekreterare inte skall betraktas som tredje man.

²⁶⁵ Jfr Paulsson & Rawding, s. 315, vars avtalsförslag anger att "[f]or the purpose of this rule, a witness called by a party shall not be considered a third party".

2. Med tredje man avses varje person, fysisk eller juridisk, med undantag för
 - a) Parterna och deras ställföreträdare;
 - b) Parternas anställda och av Parterna anlidade konsulter, i den mån det är nödvändigt för dessa personer att känna till konfidentiell information;
 - c) Parternas ombud;
 - d) skiljenämndens ledamöter; samt
 - e) personer vilka i skiljeförfarandet åberopas som vittnen eller sakkunniga, i den mån det är nödvändigt för dessa att känna till konfidentiell information.

3. Med konfidentiell information avses
 - a) upplysning om att det pågår eller har pågått ett skiljeförfarande mellan Parterna, förutsatt att upplysningen är så preciserad att Parterna kan identifieras;
 - b) skriftlig eller muntlig bevisning, inklusive vittnesmål, vilken lagts fram inför skiljenämnden;
 - c) sakuppgifter som av Parterna anförts inför skiljenämnden, oavsett om detta skett muntligen eller skriftligen; samt
 - d) skiljenämndens avgöranden, oavsett om dessa meddelats i form av skiljedom eller beslut och oavsett om de avser den omtvistade saken, intermistiska åtgärder eller processuella frågor.

Information som är allmänt känd eller kommer till allmän kännedom på annat sätt än genom brott mot detta avtal skall inte anses utgöra konfidentiell information. Information av det slag som anges i punkterna b och c skall anses utgöra konfidentiell information endast i förhållande till personer vars kännedom om omständigheterna ifråga uppkommit uteslutande på grund av personens medverkan i skiljeförfarandet.

Den föreslagna avtalsregleringen är, som påpekats tidigare, framförallt lämplig vid större, detaljerade avtal. Vid mindre avtal kan en enklare lösning anses tillräcklig. En sådan simplificering uppnås genom att definitionen av tredje man utelämnas, samtidigt som definitionen av konfidentiell information komprimeras påtagligt.

5.3 Omfattade subjekt

5.3.1 Utgångspunkter vad gäller sekretesspliktens subjektiva räckvidd

Enligt en i svensk avtalsrätt etablerad uppfattning är ett avtals rättsverkningar primärt begränsade till förhållandet mellan avtalsparterna. Man talar härvidlag om avtalets subjektiva begränsning.²⁶⁶ Parterna kan inte, i avsaknad av särskilt lagstöd, bemyndigande eller kompetens på annan grund, träffa avtal som är bindande för andra än dem själva.²⁶⁷ Den väsentliga innebörden av avtalets subjektiva begränsning är att förpliktelser i princip inte kan genom avtal läggas på annan än part.²⁶⁸

²⁶⁶ Se J. Ramberg, s. 267.

²⁶⁷ Jfr Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 135.

²⁶⁸ Se *ibid.*

Motsvarande princip torde gälla i samtliga här berörda rättssystem. I engelsk rätt är sålunda *privity of contract* en etablerad doktrin. Doktrinen innebär i sin kärna att ett avtal, som huvudregel, inte kan tilldela rättigheter eller ålägga skyldigheter enligt avtalet i förhållande till andra personer än de som är avtalsparter.²⁶⁹ Ett avtal mellan A och B kan således enligt engelsk rätt i princip inte ålägga C avtalsgrundade skyldigheter.²⁷⁰ I fransk rätt är den diskuterade principen lagstadgad. Sålunda föreskrivs i *Code Civil* artikel 1165 att avtal är gällande endast mellan de avtalslutande parterna; de skadar inte en tredje part, och de ger inte tredje part några förmåner annat än i ett visst föreskrivet undantagsfall.²⁷¹ I tysk rätt är avtal som ålägger tredje man förpliktelser (*Verträge zu lasten Dritten*) en icke erkänd rättsfigur.²⁷²

Doktrinen om avtals subjektiva begränsning kan föranleda problem vid utformningen av sekretessklausuler relaterade till skiljeförfarande. Skiljemän, ombud och bevispersoner är inte parter till avtalet och kan således enligt huvudprincipen inte åläggas skyldigheter genom detsamma. Visserligen är principen om avtals subjektiva begränsning inte undantagslös, varken i svensk rätt eller i utländska rättssystem. Således anses det t.ex. möjligt att ingå avtal genom vilket en tredje man erhåller en självständig rätt enligt avtalet (tredjemansavtal).²⁷³ Att avtal är bindande endast för parterna utesluter heller inte att ett avtal kan ha vissa rättsverkningar för andra än parterna, framförallt enligt sakrättsliga regler.²⁷⁴ Dessa eller andra diskuterade undantag är emellertid inte relevanta för den nu aktuella frågeställningen. Doktrinen om avtals subjektiva begränsning får således en central roll vid behandling av frågan om sekretessplikens subjektiva räckvidd. Doktrinen innebär att det blir nödvändigt att använda något varierande avtalslösningar för de olika aktörerna.

5.3.2 Parterna och deras anställda

Att parterna i avtalet, vilka tillika är parter i ett eventuellt skiljeförfarande, skall omfattas av den avtalade sekretessplikten är självklart och torde inte kräva ytterligare motivering utöver vad som anförts i avsnitt 4.1. Lämpligen åstadkoms detta genom att det grundläggande åtagandet i klausulens första stycka anges gälla ”Parterna”.²⁷⁵

²⁶⁹ Se Cheshire m.fl., s. 428; Guest m.fl., s. 662.

²⁷⁰ Se Cheshire m.fl., s. 442.

²⁷¹ ”Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121.”

²⁷² Se Schöldström, s. 90 f.

²⁷³ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 139 ff.; J. Ramberg, s. 278 f.

²⁷⁴ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 135; J. Ramberg, s. 267. Jfr Cheshire m.fl., s. 442 ff.; Guest m.fl., s. 687 ff.

²⁷⁵ I den av mig föreslagna klausulen används beteckningen Parterna utan närmare definition. Förklaringen härtill är att jag utgår från att sekretessklausulen utgör del av ett mera omfattande skriftligt kontrakt, i vilket termerna Part och Parterna genomgående används. En definition av begreppen, i vilken refereras till de avtalslutande subjekten, intas

I kommersiella avtalsförhållanden är parterna oftast juridiska personer. Knutna till de juridiska personerna finns ett antal fysiska personer, varvid jag framförallt syftar på styrelseledamöter och VD, andra anställda samt konsulter. Dessa förhållanden föranleder särskilda överväganden vad gäller parternas sekretessplikt. Inte bara styrelseledamöter och VD utan även andra personer i avtalsparternas organisation kan tänkas vara involverade i skiljeförfarandet och besitta skyddsvärd information. Det finns därmed en risk att dessa personer, genom mer eller mindre självständigt agerande, måhända inte sanktionerat av behörigt bolagsorgan, för tredje man avslöjar omständigheter hänförliga till skiljeförfarandet. Sekretessklausulen måste utformas på ett sådant sätt att den ger erforderligt skydd häremot.

En första fråga är härvid om en avtalsparts *anställda* kan göras personligen ansvariga av avtalsmotparten. Kan sekretessklausulen ge avtalspart A rätt att göra gällande ett skadeståndsanspråk mot en av avtalspart B anställd person, med motiveringen att den senare avslöjat konfidentiell information? Svaret på denna fråga måste, med hänvisning till principen om avtals subjektiva begränsning, vara negativt. Avtalsparterna kan inte genom sitt inbördes avtal ålägga avtalsparternas anställda, vilka står utanför avtalsrelationen, sekretessrelaterade skyldigheter. Den sekretessklausul som nu diskuteras kan således inte grunda ett självständigt sekretessanspråk för avtalspart A mot motparten B:s anställda. En annan sak är att de anställda enligt anställningsavtalet med B kan vara förpliktade till sekretess. Denna skyldighet gäller dock i sådant fall i förhållande till den egna arbetsgivaren, B, inte i förhållande till A.²⁷⁶ Vill avtalsparterna skapa ett självständigt sekretessanspråk för avtalsparten A mot motparten B:s anställda skulle krävas att de anställda förmåddes teckna särskilda sekretessförbindelser i vilka de gentemot A utfäste sig att iaktta sekretess.²⁷⁷ Denna möjlighet är emellertid omständlig och knappast motiverad i nu aktuellt sammanhang. Motpartens anställda har i allmänhet mer begränsade ekonomiska tillgångar än motparten själv. Avtalsparterna har därför normalt föga intresse av att åstadkomma ett självständigt skadeståndsanspråk mot motpartens anställda för fall då dessa avslöjar konfidentiell information.²⁷⁸ I stället vill avtalsparterna ha möjlighet att vända sig mot motparten med ersättningsanspråk. Utformningen av sekretessklausulen bör således i detta hänseende inriktas på att göra *avtalsparterna* ansvariga för åsidosättande av sekretess som är hänförligt till agerande av avtalspartens anställda. Vad sålunda anförts om anställda äger relevans även avseende konsulter knutna till avtalsparten.

lämpligen i avtalets inledande bestämmelser. En sådan lösning är, enligt min erfarenhet, gängse praxis vid avtalsskrivning.

²⁷⁶ Jfr Berglund, s. 39.

²⁷⁷ Se *ibid.*

²⁷⁸ Jfr *ibid.*

Enligt allmänna principer gäller i kontraktsförhållanden ett vidsträckt principalansvar för agerande hänförligt till avtalspartens anställda.²⁷⁹ I förarbetena till FHL uttalas också, med hänvisning till allmänna bestämmelser om skadestånd i kontraktsförhållanden, att skadeståndsskyldighet enligt 6 § FHL skall drabba den som är part i en affärsförbindelse, även om det är en anställd hos denne som missbrukat förtroendet.²⁸⁰ Mycket talar således för att part ansvarar för anställdas åsidosättande av den avtalade sekretessplikten i skiljeförfarande, även utan särskild avtalsföreskrift därom. I kontraktsförhållanden anses vidare avtalspart enligt allmänna principer ansvara för anlidade självständiga företagare, men ansvaret brukar härvid försees med reservationen att det endast gäller fullgörande av en preciserad kontraktsförpliktelse.²⁸¹ Möjligen kan man åberopa denna princip till stöd för uppfattningen att avtalspart redan enligt dispositiv rätt bär ansvar för åsidosättande av avtalad sekretess i skiljeförfarande hänförligt till av parten anlidade konsulter. De nyss nämnda grundsatzerna är emellertid primärt formulerade med positiva kontraktsförpliktelser i åtanke. Vid negativa förpliktelser, t.ex. plikt att inte avslöja information, får problemet en annan karaktär, eftersom man endast i begränsad omfattning kan tala om att kontraktsgäldenären begagnar medhjälpare för att undgå att överträda ett uppställt förbud.²⁸² En konsult har inte anlits *i syfte* att uppfylla den preciserade kontraktsförpliktelse sekretessplikten utgör. Det kan därför inte anses självklart att de nyss nämnda principerna alltid kan tillämpas. I vart fall beträffande anlidade konsulter får rättsläget i fråga om parternas ansvar anses delvis osäkert.

Mot bakgrund av vad som sålunda anförts torde det vara motiverat att i sekretessklausulen inta en uttrycklig föreskrift som ålägger avtalspart ansvar för att avtalspartens anställda och konsulter iakttar sekretess i enlighet med vad som krävs av avtalsparten själv. Härigenom undviks oklarhet och det ställs utom tvivel att avtalsparterna ansvarar för åsidosättande av sekretess hänförligt till anställda och konsulter. En sådan föreskrift bör, tillsammans med den i avsnitt 5.2.3 berörda avtalsföreskriften enligt vilken anställda och konsulter får delges konfidentiell information om ett pågående skiljeförfarande endast i den mån det är nödvändigt, tillhandahålla ett tillräckligt skydd mot att dessa personkategorier avslöjar information rörande skiljeförfarandet.

Överväganden av motsvarande slag gör sig gällande vad gäller risken att konfidentiell information avslöjas av *styrelseledamöter*. När styrelseledamöter, antingen styrelsen som kollektiv eller enskilda ledamöter med stöd av särskilt styrelsebemyndigande, agerar i egenskap av behörigt bolagsorgan, ådrar man otvivelaktigt den juridiska personen ansvar genom

²⁷⁹ Jfr prop. 1972:5, s. 483; Berglund, s. 38; Hellner, s. 202; Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 327.

²⁸⁰ Se prop. 1987/88:155, s. 59 (lagrådet), s. 63; Fahlbeck, s. 163.

²⁸¹ Se Berglund, s. 38; Hellner, s. 202.

²⁸² Se Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 333 f.

sitt agerande.²⁸³ Mer oklart är vad som gäller när enskilda ledamöter agerar utan stöd av bemyndigande från styrelsen. Möjligen inträder ansvar för avtalsparten enligt de principer som berörts ovan. För att undanröja eventuell oklarhet är det emellertid motiverat att även beträffande styrelseledamöter inta en uttrycklig föreskrift i enlighet med vad som nyss föreslagits beträffande anställda och konsulter. Härigenom ställs utom tvivel att avtalsparterna alltid ansvarar för åsidosättande av sekretess hänförligt till bolagets styrelseledamöter.

Att en avtalspart åläggs ansvar för avslöjande hänförligt till anställda, konsulter och styrelseledamöter kan måhända framstå som väl hårt mot avtalsparten i fall då den fysiska personen i fråga agerar helt i strid med avtalspartens instruktioner. Vid närmare eftertanke torde dock en sådan ansvarsfördelning mellan avtalsparterna anses befogad. Ansvarsfördelningen ger avtalsparterna incitament att tillse att endast personer som äger stort förtroende ges upplysningar om skiljeförfarandet. Vidare har den avtalspart som blir ansvarig för ett avslöjande hänförligt till anställd, konsult eller styrelseledamot måhända möjlighet att föra en egen skadeståndstalan mot den fysiska personen och på detta vis hålla sig skadelös.²⁸⁴ Slutligen kan parterna, om de anser ansvaret alltför strängt, förse sanktionsregleringen med en särskild jämningsmöjlighet (se avsnitt 5.5.3).

5.3.3 Skiljenämndens ledamöter

Som konstaterats i avsnitt 2.2.2 är skiljenämndens ledamöter enligt svensk rätt, såsom jag uttolkar densamma, underkastade tystnadsplikt beträffande skiljeförfarandet även utan uttryckligt avtal därom. Samma princip torde vara accepterad i övriga här behandlade rättssystem (se avsnitt 3.3). Avtalsreglering av frågan kan emellertid, som framförts i avsnitt 2.2.2, ändå anses befogad. Som skäl härför kan åberopas att den nyss angivna slutsatsen, att tystnadsplikt för skiljemän gäller även i avsaknad av uttryckligt avtal, präglas av viss osäkerhet. Vidare är det i vart fall oklart hur långt tystnadsplikten sträcker sig.

Enligt en internationellt dominerande uppfattning finns ett kontraktuellt förhållande mellan å ena sidan varje skiljeman och å andra sidan de tvistande parterna.²⁸⁵ I svensk doktrin talar man sålunda om det mellan

²⁸³ Jfr Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 326, s. 329. Samma princip gäller beträffande VD:s agerande. Eftersom VD är anställd av den juridiska personen omfattas denne emellertid också av de resonemang som ovan förts beträffande anställd.

²⁸⁴ T.ex. kan man tänka sig att aktiebolag, som hålls ansvarigt under avtalsklausulen om sekretess i skiljeförfarande för ett agerande hänförligt till styrelseledamot, med framgång för skadeståndstalan mot styrelseledamoten enligt 15 kap. 1 § ABL för åsidosättande av den tystnadsplikt som åvilar styrelseledamot som en del av den allmänna vårdnadsplikten. Jfr Rodhe, *Aktiebolagsrätt*, s. 184; Samuelsson, s. 154.

²⁸⁵ Denna avtalsteori är emellertid inte oproblematisk. Således måste långsökta fullmaktsresonemang tillgripas för att förklara hur en avtalsrelation kan uppstå mellan skiljemannen och de tvistande parterna i fall då skiljemannen t.ex. utses av allmän domstol.

skiljemannen och de tvistande parterna gällande *skiljemannaavtalet* (se avsnitt 2.2.2). I tysk rätt benämns motsvarande avtalsrelation *Schiedsrichtervertrag*, vilken term även återfinns i schweizisk doktrin.²⁸⁶ Skiljenämndens ledamöter är emellertid inte parter i det avtal som gäller mellan de tvistande parterna och som innehåller den till grund för skiljeförfarandet liggande skiljeklausulen. Således bör de i utgångsläget, enligt principen om avtals subjektiva begränsning, inte heller vara bundna av den mellan avtalsparterna överenskomna sekretessklausulen. En annan slutsats skulle ju innebära att skiljemännen ålades förpliktelser genom ett avtal till vilket de inte intar partsställning.

I detta sammanhang måste dock beaktas den inom skiljedomsrätten upprätthållna principen om partsautonomi. Denna princip, som torde vara internationellt accepterad, innebär att skiljemännen har att utforma förfarandet i enlighet med vad parterna avtalat därom.²⁸⁷ Annorlunda uttryckt ger principen de tvistande parterna rätt att genom inbördes avtal, ingånget före eller efter tvistens uppkomst, binda skiljemännen i förfarandefrågor. Möjligen kan principen om partsautonomi anses tillämplig på frågor om sekretess i skiljeförfarande, med följd att en överenskommelse mellan parterna om att skiljemännen har att iaktta sekretess skulle vara bindande för skiljemännen. Det får emellertid anses tveksamt om frågan om tystnadsplikt för skiljemännen verkligen är en fråga som är hänförlig till förfarandet. En eventuell tystnadsplikt för skiljeman rör ju framförallt hur han skall förhålla sig när handläggning inte pågår.²⁸⁸ Heuman menar dock att principen om partsautonomi bör kunna ges en längre gående räckvidd och inte strikt begränsas till skiljemännens handläggning. Att denna uppfattning motsvarar gällande rätt kan emellertid ingalunda anses säkert. Om sekretessfrågan p.g.a. sin karaktär anses falla utanför räckvidden för principen om partsautonomi kvarstår den restriktion som följer av principen om avtals subjektiva begränsning. För att skiljemännen skall bli bundna av tystnadsplikt skulle i så fall krävas ett åtminstone implicit godkännande härav från skiljemännens sida.

Även om frågan om tystnadsplikt för skiljemännen anses vara av sådan art att principen om partsautonomi förutsätts vara tillämplig, kan det inte uteslutas att ett godkännande från skiljemännen är nödvändigt för att avtalad tystnadsplikt skall anses föreligga. Avtal enligt 39 § första stycket LSF om skiljemännens ersättning, vilket otvivelaktigt är en fråga som rör förfarandet och således faller inom ramen för principen om partsautonomi, anses t.ex.

Alternativa modeller, med beteckningar såsom lagteorin och status- och "office"-modellerna, har mot denna bakgrund diskuterats. Den bästa lösningen är måhända en kombination av de sålunda framförda synsätten. Frågan är intressant, men en närmare undersökning härav faller utanför detta arbetes syfte. Se till det anförda, Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 216 ff.; Schöldström, särskilt s. 197 ff.

²⁸⁶ Se Schöldström, s. 83 f., s. 163 f.

²⁸⁷ Se Bernstein m.fl., s. 24; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 266 f.; Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 671; Kwart & Olsson, s. 93; Sutton m.fl., s. 80.

²⁸⁸ Se Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 671.

binda en skiljeman endast om denne kände till avtalet när han åtog sig uppdraget.²⁸⁹ Detta krav på implicit förhandsgodkännande har enligt Heuman sannolikt sin grund i att avtalet anses röra skiljemannens personliga rättigheter och skyldigheter.²⁹⁰ Samma resonemang skulle kunna föras beträffande avtal om tystnadsplikt eftersom sådana avtal reglerar en personlig skyldighet för skiljemannen, som inte enbart rör handläggningen av tvisten. Heuman menar dock att en tystnadsplikt för skiljemännen inte utgör en sådan personligen tyngande föreskrift att skiljenämndens godkännande bör krävas.²⁹¹ Till stöd för denna uppfattning kan måhända anföras att skiljemän sällan har något eget berättigat intresse av att avslöja information rörande skiljeförfarandet. Därtill kommer att skiljemän även utan rättsligt sanktionerad tystnadsplikt normalt vore benägna att iakttä sekretess för att inte förstöra de egna möjligheterna att erhålla ytterligare skiljemannauppdrag i framtiden.

Det kan sammanfattningsvis konstateras att det finns ett visst utrymme för att hävda att skiljenämndens ledamöter, med stöd av principen om partsautonomi, kan anses bundna av en mellan de tvistande parterna ingående överenskommelse enligt vilken skiljemännen skall vara underkastade tystnadsplikt.²⁹² Det är emellertid osäkert dels huruvida sekretessfrågan verkligen är fråga av sådan karaktär att principen om partsautonomi äger tillämpning, dels huruvida det inte bör uppställas ett krav på förhandsgodkännande från skiljemännen även om sekretessfrågan anses vara en förfarandefråga. Mot denna bakgrund, och sett ur ett parts- och ombudsperspektiv, rekommenderar jag att parterna tillser att skiljemännen åtminstone implicit godkänner sekretessförpliktelserna i samband med skiljemannauppdragets uppkomst.

Den av mig föreslagna lösningen innebär att sekretessklausulen i parternas avtal förses med en föreskrift enligt vilken skiljenämndens ledamöter har att iakttä sekretess motsvarande vad som krävs av parterna själva. I samband med att respektive tvistande part tar kontakt med en presumtiv skiljeman i syfte att utröna huruvida denne kan acceptera att agera som partsutsedd skiljeman, bör den aktuella avtalsföreskriften kommuniceras den presumtive skiljemannen.²⁹³ Den person som åtar sig skiljemannauppdraget med kännedom om sekretessföreskriften förekomst är otvivelaktigt bunden av densamma. Sekretessåtagandet flyter in som ett villkor i det mellan å ena sidan skiljemannen och å andra sidan parterna formlöst ingångna

²⁸⁹ Se *ibid.*; Kvarn & Olsson, s. 140.

²⁹⁰ Se Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 671.

²⁹¹ Se *ibid.*

²⁹² Det kan anmärkas att australiensiska High Court i *Esso/BHP v. Plowman* utgick från att en sekretessklausul i skiljeavtalet binder skiljemannen, se domskälen s. 246. Jfr även Reid, s. 55.

²⁹³ Jag utgår i det följande från att skiljenämnden består av tre ledamöter, varav parterna utser var sin och de sålunda utsedda skiljemännen utser den tredje, jfr 13 § LSF. Andra varianter är naturligtvis tänkbara. Beroende på omständigheterna kan de här föreskrivna sekretessföreskrifterna beträffande skiljemän behöva modifieras något.

skiljemannaavtalet.²⁹⁴ I syfte att säkerställa att sekretessföreskriften verkligen kommuniceras de partsutsedda skiljemännen bör part i sekretessklausulen uttryckligen förpliktas tillse att detta sker. Vidare bör sekretessklausulen utformas på ett sådant sätt att det framgår att de partsutsedda skiljemännen har att tillse att den tredje skiljeman de har att utse erhåller kännedom om sekretessföreskriften på sådant sätt att även den tredje skiljemannen blir bunden härav.²⁹⁵

5.3.4 Parternas ombud

I avsnitt 2.2.3 har konstaterats att de tvistande parternas ombud torde vara underkastade tystnadsplikt till följd av uppdragsförhållandets förtroendekaraktär. Denna tystnadsplikt är emellertid, liksom den yrkesetiska tystnadsplikt som åvilar advokater, uppställd i huvudmannens intresse och kan ensidigt uppgivas av densamme. Således erhåller part i skiljeförfarande på dessa grunder föga skydd mot att motpartens ombud avslöjar konfidentiell information. I avsnitt 2.2.3 antyds emellertid också att tystnadsplikt omfattande ombudet torde kunna härledas från en avtalad tystnadsplikt för huvudmannen. Det finns anledning att nu beröra denna fråga ytterligare.

Att parterna är underkastade avtalad tystnadsplikt bör till att börja med innebära att en part inte får instruera sitt ombud att avslöja information rörande skiljeförfarandet som omfattas av sekretessåtagandet.²⁹⁶ Ett sådant agerande skulle sannolikt strida mot partens åtagande att inte yppa konfidentiell information, i vart fall om åtagandet ges en ändamålsenlig och rimlig tolkning som hindrar uppenbara kringgåenden av detsamma. Mer oklart är vad som gäller om det inte kan bevisas att avtalsparten instruerat ombudet. Måhända har ombudet avslöjat information rörande skiljeförfarandet utan huvudmannens tillåtelse och utan att huvudmannen känt till ombudets agerande på förhand. Heuman anför dock att ett ombud i sin egenskap av fullmäktig inte bör ha mera långtgående rättigheter än de parten har.²⁹⁷ Ombudet skulle således inte få lämna sådan uppgifter om tvisten som hans huvudman är avtalsmässigt förpliktad att hemlighålla. Den sålunda framförda uppfattningen förtjänar enligt min mening principiell anslutning. Avtalsparterna bör ansvara för åtgärder som behörigen vidtagits av parternas ombud med stöd i vederbörliga fullmakter. Om ombudet avslöjar sådan information rörande skiljeförfarandet som omfattas av huvudmannens sekretessåtagande skulle således huvudmannen kunna göras ansvarig av sin avtalsmotpart. Man kan dock fråga sig vad som gäller om ombudet genom avslöjandet överskridit sin behörighet enligt fullmakten. I

²⁹⁴ Jfr Schöldström, s. 394.

²⁹⁵ En föreskrift som på detta vis reglerar de partsutsedda skiljemännens tillvägagångssätt vid utseende av den tredje skiljemannen får anses gälla förfarandet. Föreskriften är därför bindande enligt principen om partsautonomi.

²⁹⁶ Jfr Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 670.

²⁹⁷ Se *ibid.*, s. 670 f.

sådana fall är det osäkert om ombudet ådrar huvudmannen ansvar. Möjligen kan ett sådant ansvar stödjas på de principer om ansvar för självständig medhjälpare som berörts i avsnitt 5.3.2, men detta är, av samma skäl som anförts beträffande konsulter, ingalunda säkert. Inte heller kan ombudet göras personligen ansvarig av huvudmannens motpart. Ombudet är inte part till det mellan de tvistande parterna gällande avtalet och är således inte personligen förpliktad enligt sekretessklausulen, allt i enlighet med principen om avtals subjektiva begränsning. Den sålunda identifierade problematiken löses lämpligen genom att sekretessklausulen förses med en uttrycklig föreskrift enligt vilken varje part ansvarar för åsidosättande av sekretess hänförligt till respektive parts ombud.

Det ansvar som sålunda åläggs avtalsparterna i fall då ombudet agerat utan huvudmannens vetskap och godkännande kan måhända synas strängt. Ansvarsfördelningen kan dock på goda grunder försvaras. Huvudmannen åläggs visserligen ersättningskyldighet mot sin avtalspart för den skada den senare lidit p.g.a. ombudets agerande. Om ombudet agerat utan huvudmannens godkännande har han emellertid åsidosatt den tystnadsplikt som åvilar honom i förhållande till huvudmannen till följd av uppdragets förtroendekaraktär. Huvudmannen kan därför med framgång framställa skadeståndsanspråk mot ombudet och således hålla sig skadeslös. Skadan hamnar i slutändan på ombudet (förutsatt att denne är betalningsduglig), vilket synes ändamålsenligt. Om avtalsparterna å andra sidan inte svarade för åtgärder av deras ombud vilka företagits utan samtycke, skulle den slutliga fördelningen av ansvaret för skador inte bli ändamålsenlig. Motparten till den avtalspart vars ombud avslöjat information rörande skiljeförfarandet skulle få bära sin skada, eftersom han varken skulle kunna framställa ersättningsanspråk mot sin avtalspart eller dennes ombud. Mot denna bakgrund finner jag således en avtalsföreskrift som ålägger avtalsparterna ansvar för sina ombud motiverad.

Framställningen har hittills utgått från att ombudet inte kan göras personligen ansvarig enligt sekretessklausulen av huvudmannens avtalsmotpart. Som framhållits ovan anför Heuman att ett ombud i sin egenskap av fullmäktig inte bör ha mera långtgående rättigheter än de parten har. Detta uttalande skulle kunna förstås så att Heuman anser att ombudets egna rättigheter att avslöja information inskränks genom avtalet i kombination med ställningen som fullmäktig. I konsekvens härmed skulle man kunna hävda att ombudet är personligen förpliktad att iaktta sekretess och att han vid åsidosättande av denna plikt skulle kunna göras personligen ansvarig. En sådan uppfattning kan jag emellertid inte biträda. Ombudet är inte part till det mellan de tvistande parterna gällande avtalet och binds således inte av avtalets sekretessklausul. Det förhållandet att han intar ställning som fullmäktig för en av parterna kan inte medföra att han, med genombrytande av principen om avtals subjektiva begränsning, anses personligen förpliktad enligt sekretessklausulen. För att skapa en personlig sekretessplikt, som även gäller till förmån för huvudmannens motpart, krävs att ombuden ingår särskilda sekretessförbindelser enligt vilka

huvudmannens motpart är berättigad.²⁹⁸ Ett sådant förfarande är omständligt och synes knappast motiverat i samband med avtal om sekretess i skiljeförfarande. Avtalsparterna torde i allmänhet nöja sig med en möjlighet att, vid åsidosättande av sekretess hänförligt till motpartens ombud, framställa anspråk mot motparten.²⁹⁹

5.3.5 Bevispersoner

En sista kategori av aktörer som bör diskuteras är bevispersoner, d.v.s. i skiljeförfarandet åberopade vittnen och sakkunniga. Det kan tänkas att bevispersoner, i synnerhet sakkunniga, som underlag för sitt deltagande i förfarandet erhåller del av information rörande tvisten mellan parterna. Även bevispersoner är således en potentiell källa till läckage av information.³⁰⁰ Mot denna bakgrund uppstår frågan om det måhända kan anses motiverat att utsträcka sekretessplikten även till denna personkategori.

Någon personlig sekretessplikt för vittnen och sakkunniga bör det dock i allmänhet inte bli tal om. Det kan inledningsvis konstateras att avtalsparterna otvivelaktigt saknar rättslig möjlighet att genom avtalet dem emellan ålägga vittnen och andra bevispersoner sekretessplikt.³⁰¹ Skälet härför är den flera gånger tidigare nämnda principen om avtals subjektiva begränsning. Det skulle visserligen vara möjligt att åstadkomma en personlig tystnadsplikt för vittnen och sakkunniga genom särskilda sekretessförbindelser.³⁰² En sådan lösning skulle innebära att varje bevisperson avkrävdes ett särskilt avtalsåtagande innan han fick tillgång till information rörande skiljeförfarandet. Att generellt avkräva vittnen och sakkunniga dylika sekretessförbindelser synes emellertid onödigt omständligt och kan tänkas få en menlig effekt på förfarandet och målets utredning. Det torde finnas en risk att presumtiva vittnen och sakkunniga, vilka saknar intresse i den pågående tvisten, drar sig för att delta i skiljeförfarandet om ett deltagande innebär att de måste underkasta sig en rättslig sanktionerad skyldighet.³⁰³

En mer befogad lösning är att ålägga de avtalslutande parterna ett inbördes ansvar för att de vittnen och sakkunniga som åberopas av respektive part i ett skiljeförfarande iakttar sekretess motsvarande vad som krävs av parterna själva.³⁰⁴ Det bör dock påpekas att inte heller en sådan lösning är oproblematiske. Vittnen och sakkunniga som åberopas av en part kan inkludera personer över vilka den åberopande parten har ringa eller inget

²⁹⁸ Jfr Berglund, s. 39.

²⁹⁹ Jfr *ibid.*

³⁰⁰ Jfr Paulsson & Rawding, s. 319.

³⁰¹ Detta uttalades uttryckligen av australiensiska High Court i *Esso/BHP v. Plowman*, se dom nr 26 i *Seven Hills*, 118 Fed. 55.

³⁰² Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 33, s. 38.

³⁰³ Se Paulsson & Rawding, s. 319.

³⁰⁴ Jfr Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 38.

inflytande. Att i dessa fall kontrollera och tillse att bevispersonerna iakttar sekretess kan föranleda särskilda svårigheter.³⁰⁵ Det kan inte förnekas att detta medför en viss risk att part avstår från att åberopa ett vittne eller en sakkunnig, eller ej förser ett åberopat vittne eller en åberopad sakkunnig med erforderlig information, i syfte att därigenom undvika respektive mildra de nyss nämnda kontrollproblemen. Denna risk skall emellertid inte överdrivas. En part som anser att ett vittne har stor betydelse för partens utsikter till framgång i tvisten torde normalt inte låta sig hindras av svårigheterna att kontrollera att vittnet iakttar sekretess. Dessutom finns ytterst en möjlighet för parten att i det enskilda fallet skydda sig genom att tillse att vittnet avger en särskild sekretessförbindelse till partens förmån. Jag har mot denna bakgrund stannat för lösningen att förse sekretessklausulen mellan avtalsparterna med en särskild föreskrift som ålägger parterna ansvar för att av respektive part åberopade bevispersoner iakttar sekretess. Det medges emellertid att frågan huruvida en sådan föreskrift bör inkluderas föranleder svåra avvägningsproblem.

5.3.6 Förslag på avtalstext

Mot bakgrund av de överväganden som i föregående avsnitt gjorts i fråga om sekretesspliktens subjektiva räckvidd, menar jag att modellklausulen bör förse med två stycken av följande lydelse.

6. Varje Part ansvarar för att Partens anställda, konsulter, styrelseledamöter och ombud, samt av Parten åberopade vittnen och sakkunniga, iakttar sekretessplikt motsvarande vad som krävs av Parterna. För åsidosättande av sekretess hänförligt till någon i den angivna personkretsen ansvarar Parten som om åsidosättandet vore utfört av Parten själv.
7. Skiljenämndens ledamöter är skyldiga att iaktta sekretessplikt motsvarande vad som krävs av Parterna. Part eller skiljemän som har att utse en skiljeman skall tillse att denne erhåller kännedom om denna föreskrift innan han accepterar skiljemannauppdraget.

Det kan i enklare avtal anses godtagbart att utelämna passusen om kommunikation av sekretessföreskriften rörande skiljemän. I dylika avtal kan det vidare, i förenklingssyfte, anses försvarligt att utelämna föreskrifterna om ansvar för anställda, konsulter, styrelseledamöter, ombud och bevispersoner. Parterna får i så fall förlita sig på dispositiv rätt i detta avseende, vilket i enlighet med vad som anförts i de föregående avsnitten föranleder viss osäkerhet. Följden av att bevispersoner ej uttryckligen regleras blir att något ansvar för åsidosättande av sekretess hänförligt till vittnen och sakkunniga inte kan komma i fråga.

³⁰⁵ Jfr Paulsson & Rawding, s. 320.

5.4 Undantag för särskilda situationer

5.4.1 Allmänt om behov av undantag

Den hittills föreslagna avtalstexten innefattar en strikt sekretessplikt som undantagslöst förbjuder att information inom sekretessobjektets ram avslöjas för den som i klausulens mening utgör tredje man. Parternas sekretessönskemål måste emellertid i vissa situationer vika för motstående intressen av större tyngd. Sekretessplikten måste således förses med undantag vilka adresserar dessa särskilda situationer.

De undantag som här aktualiseras kan vila på varierande rättslig grund. Vissa undantag har uttryckligt stöd i lagstiftning eller anses följa av allmänna principer eller grunderna för rättsordningen. Beträffande svensk rätt kan i detta sammanhang nämnas reglerna i 1 och 2 §§ FHL, vilka inom FHL:s tillämpningsområde inskränker parternas avtalsfrihet. Som närmare framgår av avsnitt 4.4 följer av 2 § FHL att endast *obehöriga* angrepp på företagshemligheter kan föranleda ansvar enligt lagen. Stadgandet kan således sägas innehålla ett tvingande undantag från avtalad sekretessplikt inom FHL:s tillämpningsområde, vilket medger vissa typer av avslöjanden som anses behöriga. I avsnitt 4.4.2 har vidare konstaterats att undantag ungefärligen motsvarande de som nämnts i samband med 2 § FHL även gäller utanför FHL:s tillämpningsområde, men då med stöd i grunderna för rättsordningen samt allmänna oskrivna principer. Beträffande engelsk rätt kan i detta sammanhang erinras om att den allmänna tystnadsplikt, som enligt engelsk rätt anses gälla i skiljeförfarande, enligt rättspraxis är försedd med ett flertal undantag (se avsnitt 3.1.1). Här handlar det således om undantag från sekretessplikten upprätthållna av *common law*, såsom denna utformats genom domstolarnas avgöranden.

I den mån undantag på nyss exemplifierat sätt har sin grund i lagstiftning eller följer av oskrivna principer kommer de att gälla även om de ej särskilt omnämns i den mellan parterna ingångna sekretessklausulen. Enligt min mening finns det trots detta anledning att ge uttryck för de laggrundade undantagen i avtalsbestämmelsen.³⁰⁶ Till stöd för denna uppfattning kan anföras att det får anses i viss mån osäkert dels vilka undantag som faktiskt upprätthålls av oskrivna principer och rättsordningens grunder, dels hur långt undantagen i fråga sträcker sig. Att undantagen uttryckligen anges i sekretessklausulen kan mot denna bakgrund förebygga tvister och främja förutsebarhet, vilket bör vara eftersträvansvärt sett ur partsperspektiv.³⁰⁷

³⁰⁶ Jfr Christou, s. 49 f.

³⁰⁷ Jag vill emellertid förse denna uppfattning med en reservation i ett visst avseende. Som framgått i avsnitt 4.4 följer av 1-2 §§ FHL bl.a. ett undantag som medger avslöjande av brottslig verksamhet och drastiskt allvarliga missförhållanden. Motsvarande undantag torde gälla utanför FHL:s tillämpningsområde. Detta undantag bör enligt min mening knappast anges i sekretessklausulen. Att uttryckligen i klausulen ange att brottslig verksamhet får

Utöver de undantag som vinner stöd i lag eller rättspraxis, synes i vissa särskilda situationer ytterligare undantag motiverade. Vill avtalsparterna införa sådana undantag från sekretessplikten krävs att avtalet förses med föreskrifter av sådant innehåll.

Den följande framställningen grundas på tanken att det är möjligt att utforma särskilda avtalsföreskrifter som specificerar de särskilda situationer då undantag från sekretessplikten kan åberopas. *Heuman* anser å andra sidan att det knappast är möjligt att tydligt och på ett lämpligt sätt avgränsa de fall då en part bör ha rätt att informera utomstående om förhållanden rörande skiljetvisten.³⁰⁸ Han förespråkar därför en mera obestämd reglering, som hanterar undantagssituationer genom att begränsa sekretessplikten till avslöjanden som är *opåkallade*.³⁰⁹ Jag medger att den av mig föreslagna modellen är förenad med en risk att avtalsskrivaren förbiser en viss speciell situation, som är svår att förutse men som borde föranlett ett undantag. Denna risk måste emellertid vägas mot de olägenheter som är förenade med en avtalsreglering som, i enlighet med Heumans linje, föreskriver ett mer allmänt undantag för avslöjanden som kan anses *behöriga* eller *påkallade*. Dessa olägenheter inkluderar otillräcklig vägledning för parterna, brist på förutsebarhet, och stor risk för tolkningstvister. Resultatet av en sådan avvägning bör vara att den risk som är förenad med min modell för avtalsskrivning är värd att ta för att främja stabilitet och förutsebarhet i parternas inbördes förhållande. Risken för förbiseenden bemöts lämpligen genom noggrannhet vid utformningen av undantagen. Eftersom risken ej helt kan elimineras synes det vidare lämpligt att överväga införandet av en särskild jämningsklausul i sanktionsregleringen (se avsnitt 5.5.3).

Mitt förslag innebär således att modellklausulen förses med ett särskilt stycke i vilket de undantag från sekretessplikten som är motiverade specificeras. Avtalsregleringen bör härvid utformas på ett sådant sätt att den kan åberopas oavsett vilket subjekt (part, skiljeman etc.) som befinner sig i den särskilda situation där ett frånsteg från sekretessplikten är påkallat.

Det bör åter påpekas att mina överväganden grundas på antagandet att sekretessklausulen är avsedd för större, komplexa avtal. I mindre avtal kan en detaljerad uppräknning av undantagssituationer framstå som mindre passande, varför en lösning av undantagsproblematiken i linje med Heumans förslag härvid är mera motiverad.

5.4.2 Samtycke från båda avtalsparterna

Undantag från sekretessplikten är otvivelaktigt motiverad i situationer då den person som avslöjar konfidentiell information först inskaffat båda

avslöjas kan ur partssynpunkt upplevas som närmast anstötligt eftersom det synes antyda en risk att endera parten skall hänge sig åt straffbart agerande.

³⁰⁸ Se *Heuman, Skiljemannarätt*, s. 672.

³⁰⁹ Se *ibid.*, s. 672 f.

parternas samtycke härtill. Under sådana omständigheter skulle undantag helt visst gälla även utan särskild avtalsreglering därom. Inom FHL:s tillämpningsområde följer undantaget ifråga av det förhållandet att lagen endast avser obehöriga angrepp, 2 § FHL. Ett avslöjande av en anförtrodd företagshemlighet som sker med motpartens samtycke är enligt lagens förarbeten inte är att betrakta som obehörigt.³¹⁰ Även utanför FHL:s tillämpningsområde måste gälla en allmän princip enligt vilken yppande av konfidentiell information som sker med båda parter samtycke inte är ansvarsgrundande.³¹¹ I engelsk rättspraxis förutsätts på motsvarande sätt förekomsten av ett undantag från den i skiljeförfarande gällande sekretessplikten för fall då båda parter givit sitt medgivande.³¹² Det saknas anledning att anta annat än att samma princip upprätthålls i samtliga här behandlade rättssystem.

Sekretessklausulen bör således förses med en föreskrift som klargör att sekretessplikten ej hindrar att konfidentiell information yppas om båda parter samtycke föreligger. Ett sådant samtycke kan vara uttryckligt eller underförstått.³¹³ Huruvida samtycke föreligger eller ej måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, med hänsynstagande till alla relevanta fakta.³¹⁴ Det diskuterade undantaget möjliggör inte bara att ena parten yppar information med den andras samtycke utan också att skiljemännen röjer information, t.ex. publicerar ett avgörande, efter att ha fått samtycke från båda parter.

En intressant fråga är om det för undantagets tillämplighet bör i sekretessklausulen uppställas ett krav att, utöver parterna, även skiljenämnden givit sitt samtycke till att informationen avslöjas. Ett av Paulssons & Rawdings klausulförslag förutsätter möjligheten att förse avtalsregleringen med ett uttryckligt sådant krav.³¹⁵ För egen del finner jag emellertid en sådan avtalsföreskrift föga befogad. Varför bör skiljenämnden tilläggas möjlighet att hindra att information rörande skiljeförfarandet röjs för utomstående i fall då båda avtalsparter samtycker till åtgärden? Skiljemännen har knappast ett eget berättigat intresse i upprätthållande av sekretessplikten, vilken får anses uppställd uteslutande med parternas önskemål i åtanke. Det är därför svårt att finna ändamålsskäl för ett krav på skiljenämndens medgivande.³¹⁶ Vidare är det enligt min mening tveksamt

³¹⁰ Se prop. 1987/88:155, s. 45, s. 47; bet. 1989/90:LU37, s. 35; Fahlbeck, s. 204.

³¹¹ Detta är enligt min mening en naturlig konsekvens av att parterna disponerar över avtalet och dess tillämpning. Jfr Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 135.

³¹² Se *Dolling-Baker*, domskälen, s. 899; *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*, domskälen, s. 147.

³¹³ Jfr prop. 1987/88:155, s. 45; Fahlbeck, s. 204. Jfr även *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*, domskälen, s. 147.

³¹⁴ Jfr prop. 1987/88:155, s. 45; Fahlbeck, s. 204.

³¹⁵ Se Paulsson & Rawding, s. 316.

³¹⁶ Möjligen skulle man kunna hävda att kravet på skiljenämndens medgivande utgör en garanti mot att erforderligt samtycke för offentliggörande inskaffas genom påtryckningar på motparten. Det synes emellertid tveksamt om en sådan garanti är erforderlig i kommersiella

om en föreskrift som kräver skiljenämndens medgivande kan upprätthållas rättsligt. Som en allmän princip gäller att avtalsparterna förfogar över avtalet.³¹⁷ De kan således ändra eller upphäva avtalet även i strid med dess innehåll, och de förfogar även över dess tillämpning. De bör därför när som helst kunna komma överens om att frångå kravet på skiljenämndens medgivande. Om parterna är ense om att viss information skall få yppas för tredje man bör således, oberoende av vad sekretessklausulen föreskriver, skiljenämnden inte kunna hindra dem i detta avseende. En föreskrift som kräver skiljenämndens medgivande synes således sakna rättslig betydelse.³¹⁸ För det fall FHL äger tillämpning strider en sådan föreskrift möjligen också mot den tvingande bestämmelsen i 2 § FHL. Min slutsats är således att ett kumulativt krav på skiljenämndens medgivande ej bör införas.

5.4.3 Upplyningsplikt grundad på lag

Undantag från den avtalsgrundade sekretessplikten är onekligen befogat i fall då konfidentiell information måste röjas till uppfyllelse av en på lag grundad upplyningsplikt. Även detta undantag gäller oberoende av huruvida avtalet innehåller föreskrift därom eller ej. Inom FHL:s tillämpningsområde följer detta av att det inte anses obehörigt enligt 2 § FHL att yppa företagshemligheter till uppfyllelse av en lagstadgad skyldighet att lämna ut uppgifter.³¹⁹ Samma princip bör dock gälla även utanför FHL och kan vidare antas generellt accepterad i ett internationellt perspektiv.³²⁰ Mot denna rättsliga bakgrund förses sekretessklausuler rutinmässigt med en föreskrift som bekräftar undantaget för lagstadgad upplyningsplikt.³²¹ En sådan avtalsföreskrift kan lämpligen ges en allmän formulering och behöver knappast uttryckligen exemplifiera de olika fall av lagstadgad upplyningsplikt som kan komma ifråga. Det finns dock anledning att i den följande framställningen kort, och utan anspråk på fullständighet, beröra några olika situationer som kan aktualisera tillämpning av det diskuterade undantaget.

Upplyningsplikt som är relevant i samband med avtal om sekretess i skiljeförfarande kan till att börja med följa av lagstiftning om extern redovisning. Enligt svensk rätt är som bekant aktiebolag och flera andra företag skyldiga att avge årsredovisning, innehållande information om

relationer av det slag vi här diskuterar. Tillräckligt skydd torde följa av att ett ”samtycke” som genereras genom regelrätt tvång enligt allmänna rättsprinciper bör sakna verkan.

³¹⁷ Se härom Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 135.

³¹⁸ Enda undantaget härifrån vore om avtalsföreskriften kunde ses som en form av tredjemansavtal till skiljemännens förmån, vilket dessutom gjorts oåterkalleligt genom en utfästelse gentemot skiljemännen. Jfr *ibid.*, s. 139 f. Dessa krav är emellertid normalt inte uppfyllda i fall då en föreskrift av diskuterat slag förekommer.

³¹⁹ Se prop. 1987/88:155, s. 45; bet. 1989/90:LU37, s. 35; Fahlbeck, s. 204.

³²⁰ Jfr t.ex. Bernstein m.fl., s. 196; Dessemontet, s. 312; Smit, *Case-note*, s. 299 f.

³²¹ Jfr Christou, s. 51 f; Lego Andersen, s. 304.

företagets verksamhet, ställning och resultat.³²² Årsredovisningen är offentlig och därmed tillgänglig för aktieägare, borgenärer, kunder, konkurrenter och andra intressenter. Det kan inte uteslutas att de uppgifter som företagen är skyldiga att tillkänna i den offentliga redovisningen kan innefatta information som enligt avtal om sekretess i skiljeförfarande är underkastad tystnadsplikt. Sålunda skall exempelvis den i årsredovisningen ingående förvaltningsberättelsen innehålla upplysningar om förhållanden som är viktiga för bedömningen av företagets ställning och resultat samt sådana händelser av väsentlig betydelse för företaget som har inträffat under räkenskapsåret eller efter dess slut (6 kap. 1 § andra stycket, första och andra punkterna ÅRL). Det är tänkbart att ett företag enligt dessa stadganden är skyldigt att tillkänna exempelvis förhållandet att ett större skiljeförfarande inletts, uppgiften att en för företaget betydelsefull skiljedom av visst innehåll avkunnats eller omständigheter vilka företaget fått del av i samband med skiljeförfarandet.³²³ I sådana situationer är det nu diskuterade undantaget från den avtalade sekretessplikten tillämpligt.

Konflikt kan också tänkas uppstå mellan den avtalade sekretessplikten och upplysningsplikt grundad på associationsrättslig lagstiftning. Det är härvid i först hand upplysningskyldighet mot den juridiska personens ägare som kan komma ifråga. Således har delägare i handelsbolag enligt 2 kap. 5 § BL rätt att granska bolagets räkenskaper och få kännedom om bolagets angelägenheter. Detta måste också omfatta förhållanden relaterade till ett pågående skiljeförfarande. I aktiebolag är upplysningsplikten mot ägare mindre långtgående. Visserligen har varje aktieägare en lagstadgad frågerätt enligt 9 kap. 22 § ABL. Detta lagrum ålägger styrelsen och VD att, på begäran av aktieägare, vid bolagsstämma lämna upplysningar om förhållanden som kan inverka på bedömningen av ett ärende på dagordningen eller förhållanden som kan inverka på bedömningen av bolagets ekonomiska situation.³²⁴ Stadgandet medger dock undantag för fall

³²² Se 6 kap. 1 § BFL; ÅRL; lag (1995:1559) om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag; lag (1995:1560) om årsredovisning i försäkringsföretag.

³²³ Jfr Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 672. I doktrin och uttalanden från bokföringsnämnden berörs visserligen inte skiljetvister direkt. Det framgår däremot att upplysningskyldigheten omfattar affärshändelser såsom ingångna avtal av väsentlig betydelse för företaget. Typiskt sett torde utgången av skiljetvister kunna vara av lika stor betydelse för ett företag som ett ingånget avtal. Mot denna bakgrund bör den nämnda upplysningskyldigheten kunna innefatta skiljetvister och deras utfall. Det torde också stå klart att ett företag som en följd av sin medverkan i skiljeförfarandet kan få del av information av det slag som anses omfattas av skyldigheten att lämna uppgifter i förvaltningsberättelsen. Det förhållandet att uppgifterna är känsliga för företaget ger ej automatiskt dispens från upplysningskravet. Endast i enstaka fall kan företagets ledning underlåta att redovisa ett förhållande med hänsyn till att en öppen redovisning skulle vara uppenbart oförsvarlig. Se BFN U 96:6; Andersson & Söderquist, s. 136 ff.; Knutsson, s. 249 ff. Även i *Esso/BHP v. Plowman* uppmärksammades möjligheten av konflikt mellan redovisningsregler och sekretess i skiljeförfarande, se domskälen, s. 245.

³²⁴ Om frågerätten samt utländska rättssystemens reglering av motsvarande problematik, se Johansson, s. 391 ff. Se även Rodhe, *Aktiebolagsrätt*, s. 246 ff. Aktieägare i fåmansaktiebolag tillerkänns i 9 kap. 24 § ABL utöver den gängse frågerätten en rätt att ta del av räkenskaper och andra handlingar som rör bolagets verksamhet.

då styrelsen inte anser att upplysning kan lämnas utan väsentlig skada för bolaget.³²⁵ Styrelsen har därför i praktiken relativt stora möjligheter att undgå utlämnande av uppgifter. Det bör dock uppmärksammas att styrelsen anses ha en lydnadsplikt mot bolagsstämman.³²⁶ Om begäran om upplysning framställs av en majoritet på bolagsstämman, torde därför bolagsledningen normalt ej kunna undandra sig att besvara de framställda frågorna.³²⁷ Den i doktrinen framhållna principen att styrelsen ej får verkställa ett bolagsstämmobeslut som innebär ett uppenbart åsidosättande av bolagets intressen lämnar dock även här ett visst utrymme för styrelsen att vägra lämna den aktuella upplysningen.³²⁸ Om samtliga aktieägare i bolaget förenar sig i en begäran om upplysningar kan den nämnda principen, som är uppställd i minoritetens intresse, emellertid inte åberopas, med följd att upplysningarna obetingat måste utlämnas.³²⁹ Enligt min mening har därför ett moderbolag alltid rätt att kräva upplysning från sitt helägda dotterbolag.

Vad sålunda anförts visar att situationer kan uppstå då omständigheter vilka omfattas av avtal om sekretess i skiljeförfarande måste utlämnas till aktieägare enligt associationsrättsliga regler. Även upplysningskyldighet mot annan än ägare kan aktualiseras enligt associationsrättslig lagstiftning. Sålunda är t.ex. revisor enligt 10 kap. 7 § ABL berättigad att erhålla upplysningar från styrelse och VD. I samtliga nu nämnda fall får upplysningskyldigheten anses följa av lag, varför det diskuterade undantaget från den avtalade sekretessplikten äger tillämpning.

En annan kategori av fall i vilka undantaget för lagstadgad upplysningsplikt äger tillämpning rör situationer då statlig myndighet med stöd av lag kräver information av enskilda företag. Ett exempel härpå är de långtgående befogenheter som enligt flertalet rättsordningar tilläggs konkurrensrättsliga tillsynsmyndigheter. För svensk rätts del gäller härvid 45 § KL som ger Konkurrensverket rätt att bl.a. ålägga företag att tillhandahålla uppgifter, handlingar eller annat, om det behövs för att verket skall kunna fullgöra sina åligganden enligt lagen. Med uppgifter avses såväl muntliga som skriftliga upplysningar och ett åläggande att tillhandahålla handlingar kan avse varje form av skriftligt material, inklusive avtal och korrespondens.³³⁰ Konkurrensverket bör ha möjlighet att ålägga ett företag att tillhandahålla information relaterad till ett pågående eller avslutat skiljeförfarande,

³²⁵ Om undantaget och tillvägagångssättet vid åberopande därav, se Johansson, s. 397 ff.; Rodhe, *Aktiebolagsrätt*, s. 246 f.

³²⁶ Styrelsens skyldighet att följa de föreskrifter som meddelas av bolagsstämman föreskrevs uttryckligen i 92 § i 1944 års aktiebolagslag. Motsvarande bestämmelse står ej att finna i ABL, men det framgår av lagens förarbeten att styrelsens lydnadsplikt mot bolagsstämman består även efter ABL:s ikraftträdande. Se prop 1975:103, s. 236; Nial, s. 334.

³²⁷ Se Johansson, s. 408 f., varav också framgår att inställningen är annorlunda i tysk, dansk och finsk rätt.

³²⁸ Se *ibid.*, s. 409. Principen att styrelsen ej får verkställa ett bolagsstämmobeslut vars verkställighet uppenbart åsidosätter bolagets intressen framhålls av Nial, s. 335 f, men anses av Rodhe, *Aktiebolagsrätt*, s. 245, knappast ha någon självständig betydelse.

³²⁹ Se Johansson, s. 409 f. Jfr Nial, s. 336; Rodhe, *Aktiebolagsrätt*, s. 245.

³³⁰ Se Carlsson m.fl., s. 364.

exempelvis utväxlade inlagor, framlagd bevisning eller skiljedomen som sådan, i den mån skiljeförfarandet tangerar konkurrensrättsliga frågor eller aktualiserar omständigheter av konkurrensrättslig betydelse. Att företaget är underkastat avtalad sekretessplikt är inte tillräckligt för att undgå ett sådant åläggande.³³¹ Vidare har Konkurrensverket enligt 47 § KL rätt att, under vissa förutsättningar och efter domstolstillstånd, genomföra undersökningar hos företag, varvid enligt 51 § KL bl.a. affärshandlingar kan bli föremål för granskning. Liknande befogenheter för tillsynsmyndigheter återfinns även inom skatteområdet. Vad gäller svensk rätt kan nämnas 3 kap. 5 § TL som ger skattemyndigheten rätt att förelägga en skattskyldig person att lämna uppgift, visa upp handling eller lämna över en kopia av handling som behövs för kontroll av den skattskyldiges självdeklaration eller annars för hans taxering. Den som i de berörda situationerna, och i andra fall då myndigheter utnyttjar lagstadgade befogenheter att kräva upplysningar, tvingas lämna ut information som omfattas av den avtalade sekretessen, kan åberopa undantaget för lagstadgad upplysningsplikt.³³²

Det nu diskuterade undantaget måste också anses omfatta fall av lagstadgad vittnesplikt.³³³ Att vittna i rättegångsmål är, i vart fall enligt svensk rätt, en allmän medborgerlig skyldighet.³³⁴ Det förhållandet att det presumtiva vittnet är underkastad en avtalsgrundad tystnadsplikt är därvid ej i sig en tillräcklig grund för att frånslipa vittnesplikten.³³⁵ Visserligen stadgas i RB 36 kap. 6 § en rätt för vittne att vägra avge utsaga varigenom yrkeshemlighet skulle uppenbaras. Denna bestämmelse torde i många fall kunna åberopas i situationer då vittnet är underkastad avtalad sekretessplikt. Lagrummet ger emellertid föga stöd om den konfidentiella informationen inte kan kvalificeras som yrkeshemlighet i lagens mening. Vidare får skyddet för yrkeshemligheter vika om rätten finner att det föreligger synnerlig anledning att höra vittnet. Trots förekomsten av RB 36 kap. 6 § kan det således tänkas att en person som är underkastad avtalsgrundad sekretess tvingas att såsom vittne avslöja konfidentiell information. Om någon av parterna till den här föreslagna sekretessklausulen, eller någon för vilken parten svarar, tvingas att på detta sätt röja konfidentiell information rörande skiljeförfarandet, kan undantaget för lagstadgad upplysningsplikt åberopas till grund för ansvarsfrihet. På samma sätt kan en skiljeman som hörs som vittne rörande skiljeförfarandet, t.ex. i en klanderprocess, undgå ansvar med hänvisning till det diskuterade undantaget.³³⁶

³³¹ Visserligen gäller undantag för handlingar som omfattas av advokatsekretess (54 § KL) och uppgifter vilka utgör företagshemligheter av teknisk natur (55 § KL). Något generellt undantag för avtalad sekretessplikt finns emellertid inte.

³³² Jfr Lego Andersen, s. 304; Smit, *Expert Report*, s. 298.

³³³ Jfr Lego Andersen, s. 304. Enligt förarbetena till FHL likställs vittnesplikt med andra fall av lagstadgad upplysningsplikt. Se prop. 1987/88:155, s. 45; bet. 1989/90:LU37, s. 35; Fahlbeck, s. 204.

³³⁴ Se Ekelöf IV, s. 164.

³³⁵ Jfr *ibid.*, s. 183.

³³⁶ Jfr Hassler & Cars, s. 79; Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 37.

Utöver de hittills identifierade fallen kan tänkas andra situationer i vilka konflikt uppstår mellan å ena sidan den avtalade sekretessplikten rörande ett pågående skiljeförfarande och å andra sidan en skyldighet att lämna uppgifter grundad på lag. I samtliga dessa situationer kan sekretesssubjektet med framgång åberopa det nu diskuterade undantaget.

5.4.4 Upplysningsplikt grundad på avtal

Upplysningsplikt behöver inte, såsom i de situationer vilka behandlats i föregående avsnitt, ha sin grund i lagstiftning. Det kan också tänkas att en person genom avtal åtar sig att under i avtalet angivna förutsättningar lämna upplysningar till avtalsmotparten eller någon annan. En sådan avtalsgrundad upplysningsplikt kan otvivelaktigt komma i konflikt med ett avtal om sekretess i skiljeförfarande. En part som är bunden såväl av ett avtal om upplysningsplikt som av ett avtal om sekretessplikt riskerar att hamna i en situation där det är omöjligt för honom att uppfylla båda avtalsförpliktelseerna samtidigt. Om avtalet om upplysningsplikt uppfylles åsidosättes avtalet om sekretessplikt och vice versa. Fråga uppkommer hur sådana fall av oförenliga avtal bör behandlas.

Generellt giltiga uttalanden i frågan är svåra att finna. En variant av problemet har dock ställts på sin spets i den arbetsrättsliga kontexten. AD hade således i AD 1977 nr 14 att ta ställning till ett fall i vilket en arbetsgivare förbundit sig i ett kollektivavtal med ett fackförbund att utge s.k. granskningsarvode, trots att han tidigare förbundit sig i ett kollektivavtal med en annan arbetstagarorganisation att inte utge något sådant arvode. AD uttalade härvid att den först lämnade utfästelsen skulle fullgöras efter sitt innehåll, utan hänsyn till den senare utfästelsen. Huruvida arbetsgivaren kunde bli skadeståndsskyldig för att han åsidosatte den senare utfästelsen, som i och för sig ansågs giltig, berodde enligt AD på huruvida den enligt den senare utfästelsen berättigade parten varit i ond tro beträffande existensen av den tidigare lämnade utfästelsen. Även om den berättigade parten varit i god tro synes AD mena att skadeståndet inte borde uppgå till sådant belopp att den senare utfästelsen praktiskt sett blev gällande.

Man frågar sig om AD:s avgörande skall anses äga generell giltighet eller om de tillämpade principerna skall anses begränsade till arbetsrättsliga sammanhang, i synnerhet fall där de oförenliga avtalen är kollektivavtal.³³⁷ För egen del vill jag anbefalla försiktighet i försöken att formulera en allmän avtalsrättslig regel på grundval av resonemangen i AD 1977 nr 14. Det är svårt att se varför tidsprioritet skall vara avgörande för vilken av förpliktelseerna som skall fullgöras, om båda avtalen i och för sig är

³³⁷ Adlercreutz behandlar problemet med oförenliga avtal och refererar härvid till det nämnda avgörandet. Såvitt jag förstår tar han dock inte ställning till om de tillämpade principerna bör tillerkännas generell giltighet. Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 285 f.

giltiga.³³⁸ En sådan princip är enligt min mening motiverad endast om man kan anse att det senare avtalet är ogiltigt, vilket förutsätter en särskild ogiltighetsgrund för fall då avtal ingås i strid mot avtal. Huruvida en sådan generell ogiltighetsgrund föreligger får anses högst tveksamt. Om det senare avtalet anses giltigt är det också svårt att förstå varför ett eventuellt skadestånd till den person som blir utsatt för ett avtalsbrott skall begränsas. Den part som åtagit sig oförenliga förpliktelser förtjänar knappast något särskilt skydd i detta avseende.

Fall av oförenliga avtal bör enligt min mening lösas utifrån antagandet att båda avtalen i och för sig äger giltighet. Lösningen bör då följa av allmänna avtalsrättsliga principer, i synnerhet principen att avtal skall hållas (*pacta sunt servanda*).³³⁹ Om en avtalspart ställs i en situation där han inte kan följa sitt åtagande enligt ett avtal utan att samtidigt bryta ett annat avtal bör den förpliktade parten i praktiken kunna välja vilket avtal som skall fullföljas.³⁴⁰ Den av hans motparter som till följd av detta val blir utsatt för ett kontraktsbrott är berättigad till skadestånd, såvida inte den förpliktade parten kan åberopa någon grund för ansvarsfrihet enligt de rättsregler som är tillämpliga på avtalstypen ifråga. Det förhållandet att kontraktsbrottet föranletts av ett konkurrerande avtal kommer härvid normalt inte att vara tillräckligt för ansvarsfrihet.³⁴¹ Resultatet blir annorlunda om något av de konkurrerande avtalen innehåller ett undantag som tillåter att avtalet sätts åsido om en konkurrerande förpliktelse enligt ett annat avtal föreligger. I sådant fall är oförenligheten mellan avtalen skenbar och den förpliktade kan undgå påföljder genom att utnyttja nämnda undantagsbestämmelse. Det kan inte uteslutas att en sådan undantagsbestämmelse i vissa fall kan anses underförstått avtalad, t.ex. i fall då borgenären vid ingående av det senare avtalet kände till det tidigare ingångna oförenliga avtalets existens.³⁴²

Det synes motiverat att delvis förekomma den diskuterade problematiken genom att förse sekretessavtal med undantag för fall då konkurrerande

³³⁸ Möjligen kan principen ha skäl för sig i fall då talan avser naturfullgörelse. En sådan talan skulle i så fall inte kunna föras med framgång beträffande den senast ingångna förpliktelsen, om den förpliktade åberopade sin tidigare förpliktelse som försvar.

³³⁹ Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 39 f., tycks företräda en liknande uppfattning.

³⁴⁰ Den förpliktade parten bör således ha möjlighet att välja att åsidosätta det avtal vars kontraktsbrott är förenat med minst ingripande konsekvenser. Rent praktiskt synes det svårt att upprätthålla en princip om tidsprioritet. Anta att A först ingår ett avtal med B om sekretess och därefter ingår ett avtal med C om upplysningsplikt. A bestämmer sig sedan för att till uppfyllelse av avtalet med C avslöja en omständighet som omfattas av sekretessavtalet med B. Om B får reda på detta i förhand kan han måhända vinna framgång med en förbudstalan grundad på avtalet. Normalt vet dock B inte på förhand att A tänker avslöja informationen. När A väl avslöjat informationen står det redan klart att avtalet med C uppfyllts medan avtalet med B åsidosatts. En regel om tidsprioritet synes mot denna bakgrund ha ett ringa praktiskt värde.

³⁴¹ Beroende på avtalstyp ser de tillämpliga rättsreglerna och förutsättningarna för skadeståndsansvar olika ut. Ansvarsförutsättningarna kan dessutom variera med hänsyn till hur det enskilda avtalets villkor formulerats.

³⁴² Jfr AD:s resonemang om betydelsen av god respektive ond tro i AD 1977 nr 14. Jfr även Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 39 f.

upplysningsplikt föreligger enligt ett annat avtal. Ett sådant undantag bör dock inte ges generell räckvidd, eftersom ett sekretessavtal som medger undantag för all konkurrerande avtalsgrundad upplysningsplikt alltför enkelt kan kringgås. Den part som vill yppa konfidentiell information för en viss tredje man kan nämligen med stöd av ett sådant generellt undantag undgå ansvar för brott mot sekretessplikten genom att låta överlämnandet av information föregås av slutandet av ett avtal med mottagaren, genom vilket sekretesssubjektet åtar sig upplysningsplikt. Undantaget för fall av konkurrerande avtalsgrundad upplysningsplikt bör således begränsas till fall i vilka det synes motiverat att ge motparten tillåtelse att uppfylla den avtalade upplysningsplikten. För övriga fall får konkurrensproblematiken lösas utifrån de överväganden som framställts ovan, varvid den här föreslagna sekretessklausulen gör anspråk på giltighet oberoende av motstående avtalsförpliktelser. Skulle avtalspart åsidosätta den avtalade sekretessen för att fullgöra upplysningsplikt enligt avtal som inte faller in under det medgivna undantaget, skall således enligt sekretessklausulens bestämmelser sanktioner inträda.

Ett första undantag som bör övervägas rör börsnoterade företag. Börsbolag är, såväl i Sverige som internationellt, underkastade långtgående informationsplikt, i syfte att alla intressenter på aktiemarknaden skall få tillgång till kurspåverkande information och ges möjlighet att handla på lika villkor.³⁴³ För bolag vars aktier är noterade vid OM Stockholmsbörsen är härvid det noteringsavtal som vid noteringstillfället ingåtts mellan bolaget och börsen av grundläggande betydelse. Enligt noteringsavtalets punkt 1a utfäster sig bolaget att informera om bolaget och dess verksamhet i den omfattning och på det sätt som närmare framgår av bilaga 1 till avtalet. Det närmare innehållet i den sålunda åtagna upplysningsplikten kan ej behandlas här. Det finns dock anledning att kort beröra den s.k. generalklausulen, vilken återfinns i bilaga 1, punkt 26. Här föreskrivs en skyldighet för bolaget att offentliggöra beslut eller händelser som i icke oväsentlig grad är ägnade att påverka den bild av bolagets situation som skapats av tidigare offentliggjord information eller på annat sätt påverka värderingen av bolagets noterade fondpapper. Denna vidsträckta upplysningsskyldighet anses bl.a. kunna aktualiseras beträffande avtal av större betydelse och myndighets- och domstolsbeslut.³⁴⁴ Även en skiljedom, eller omständigheter knutna till skiljeförfarandet, kan ha en sådan icke oväsentlig betydelse för bolagets ställning och resultat att upplysningsskyldighet enligt generalklausulen aktualiseras.³⁴⁵ Det kan således tänkas fall då avtalad sekretess avseende skiljeförfarande kommer i konflikt med förpliktelserna under noteringsavtalet.

³⁴³ Beträffande grundtanken bakom informationsskyldigheten, jfr *Börsregler*, s. 21; Samuelsson, s. 81 f. Förekomsten av EG-rättsliga direktiv gör att långtgående informationsplikt för börsbolag upprätthålls i samtliga EU-stater, se V. Edwards, s. 228 ff.

³⁴⁴ Se *Börsregler*, s. 40.

³⁴⁵ Jfr Jarvin, s. 160.

Måhända faller emellertid dessa situationer in under det i föregående avsnitt behandlade undantaget för lagstadgad upplysningsplikt. En generellt hållen plikt för börsbolag att offentliggöra upplysningar om verksamheten och fondpapperen som är av betydelse för bedömningen av kursvärdet, föreskrivs i 5 kap. 3 § första stycket tredje punkten samt 6 kap. 2 § första stycket tredje punkten lag (1992:543) om börs- och clearingverksamhet. Finansinspektionen har med stöd i bemyndigande utfärdat föreskrifter vilka preciserar informationsplikten.³⁴⁶ Mycket talar därför för att ett offentliggörande av information i enlighet med noteringsavtalet kan härledas från en laggrundad upplysningsplikt. Det kan dock inte uteslutas att noteringsavtalets detaljerade reglering i något fall skulle kunna anses gå utöver lagens krav. Avtalets preciserade regler om t.ex. tidpunkt och form för offentliggörande av kursrelevanta data,³⁴⁷ kan knappast härledas från lagstiftningen. Vidare kan regleringens struktur se annorlunda ut vid utländska börser. Mot denna bakgrund kan det inte hållas för säkert att utlämnande av upplysningar i enlighet med de särskilda informationsförpliktelser som enligt noteringsavtal åvilar börsbolag alltid kan anses *nödvändigt* för att uppfylla *laggrundad* upplysningsplikt. I fall då endera eller båda avtalsparterna är börsbolag synes det således motiverat att förse sekretessavtal med ett särskilt undantag från sekretessplikten, specifikt inriktat på upplysningsplikt grundad på noteringsavtal.³⁴⁸

En annan situation av oförenliga avtalsförpliktelser i vilken undantag från sekretessplikten torde vara motiverat rör sekretesssubjektets förhållande till försäkringsgivare. Ett företag kan tänkas vara avtalsmässigt förpliktat att hålla försäkringsgivaren underrättad om händelser som ökar risken för försäkringsfall, i syfte att försäkringsgivaren skall kunna rätt bedöma värdet av försäkrade risker.³⁴⁹ Att ett företag är instämt som svarande i en eller flera skiljetvister kan vara av intresse för företaget försäkringsgivare och aktualisera den avtalade upplysningsplikten.³⁵⁰ För att undvika konflikt mellan å ena sidan den avtalade sekretessplikten rörande skiljeförfarandet och å andra sidan upplysningsplikt mot försäkringsgivare, synes det lämpligt att förse sekretessklausulen med ett särskilt undantag för upplysningsplikt grundad på försäkringsavtal.

En ytterligare situation som motiverar undantag för avtalad upplysningsplikt rör fall då någon ställt säkerhet för det rätta fullgörandet av det huvudavtal i vilket skiljeklausulen och den därtill kopplade sekretessklausulen ingår.³⁵¹

³⁴⁶ Finansinspektionens föreskrifter om inregistrering av fondpapper m.m. (FFFS 1995:43). Föreskrifterna innehåller i 15 § ett stadgande ungefärligen motsvarande noteringsavtalets generalklausul.

³⁴⁷ Jfr Samuelsson, s. 95.

³⁴⁸ Jfr Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 672.

³⁴⁹ Se Jarvin, s. 160. Jfr *ESSO/BHP v. Plowman*, domskälen, s. 245. Möjligen kan man för svensk rätts del härvid diskutera lagstadgad upplysningsplikt, jfr 46 § lag (1927:77) om försäkringsavtal.

³⁵⁰ Jfr Jarvin, s. 160. Även när försäkringstagaren agerar som kärande kan motsvarande överväganden aktualiseras. Jfr Lew, s. 284.

³⁵¹ Om detta fall, se Jarvin, s. 160.

Det handlar således om situationer då en tredje person, C, ställt säkerhet för A:s förpliktelser mot B. Säkerheten i fråga kan vara exempelvis borgen, exportkreditgaranti eller tredjemanspant.³⁵² Det kan tänkas att A härvid är avtalsmässigt förpliktad mot C att underrätta denne om omständigheter av betydelse för huruvida säkerhetens ianspråktagande kommer att aktualiseras. En sådan underrättelseplikt kan tänkas innefatta det förhållandet att en ansvarstalan mot A inletts inför skiljenämnd. Det torde därför vara motiverat att i dylika situationer förse sekretessklausulen med ett undantag för upplysningsplikt grundad på avtal med person som ställt säkerhet för huvudavtalets rätta fullgörelse.

Vilka undantag som i sekretessklausulen bör medges för fall av avtalsgrundad upplysningsplikt är i stor utsträckning beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Det är inte möjligt att i en modellklausul, avsedd för allmän användning, ta slutlig ställning till hur avtalet bör utformas i detta hänseende. Detta är istället en fråga som ombuden måste ägna uppmärksamhet vid avtalsskrivningen i det enskilda fallet. Härvid är det inte alltid nödvändigt att inkludera de undantag som diskuterats ovan. Om de kontraherande företagen varken är eller kan antas bli noterade vid börs är undantaget för noteringsavtal t.ex. onödigt. Vidare kan, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, andra undantag vara motiverade. Jag föreställer mig t.ex. att ett sekretesssubjekt i vissa fall kan vara underkastad upplysningsplikt mot kreditgivare i enlighet med låneavtalet, vilken kan komma i konflikt med sekretessplikten avseende skiljeförfarande. Även i detta avseende kan ett undantag vara motiverat. Att frågan om undantag från avtalsgrundad upplysningsplikt måste ägnas särskild uppmärksamhet vid avtalsskrivning markeras i modellklausulen genom att undantagen i fråga placeras inom hakparantes.

5.4.5 Möjlighet att vända sig till domstol och exekutiva myndigheter

De procedurregler som är tillämpliga på skiljeförfarandet medger i viss utsträckning att parterna, eller i vissa fall skiljemännen, vänder sig till allmän domstol i frågor relaterade till skiljeförfarandet. Det förefaller rimligt att dessa möjligheter skall kunna utnyttjas utan hinder av den sekretessplikt som följer av den föreslagna sekretessklausulen. Möjligen gäller ett sådant undantag från sekretessplikten även utan särskild avtalsbestämmelse därom. HD uttalade i *Bulbank* att ”ifall det i och för sig finns skäl för en tystnadsplikt, torde en sådan kunna gälla utan att utgöra hinder för part att utnyttja de möjligheter att vända sig till domstol som lagen medger ...”.³⁵³ Det konstaterades vidare att ”[e]n sådan situation föreligger ... när parter har träffat ett särskilt avtal om tystnadsplikt”.³⁵⁴ HD:s domskäl ger således klart stöd för att ett dylikt undantag i vart fall upprätthålls i svensk rätt. Att

³⁵² Angående fallet med exportkreditgaranti, jfr Lew, s. 284 f.

³⁵³ Domskälen, s. 551.

³⁵⁴ Ibid.

samma undantag gäller enligt övriga här behandlade rättssystem är antagligt, men måhända osäkert.³⁵⁵ Undantaget framstår under alla omständigheter som motiverat, varför det lämpligen bör komma till uttryck i avtalet.

Vilka möjligheter parter och skiljemän har att vända sig till domstol varierar från fall till fall, beroende på innehållet i de tillämpliga förfaranderegler. Utgångspunkten är härvid de regler som finns i den nationella lag om skiljeförfarande som äger tillämpning på förfarandet. Parterna kan emellertid ha avtalat att ett visst skiljedomsreglemente skall styra förfarandet. I den mån de således valda skiljedomsreglerna behandlar frågan om möjligheter att vända sig till domstol i anslutning till förfarandet kommer dessa regler att vara avgörande. Slutligen kan tänkas att parterna, i den mån principen om partsautonomi tillåter det, inbördes överenskommit vad som skall gälla i den aktuella frågan. I det följande skall endast kort beröras de möjligheter att vända sig till domstol som medges av LSF och UML.³⁵⁶

Part har till att börja med, utan hinder av att parternas tvist enligt skiljeavtal skall slitas av skiljenämnd, möjlighet att vända sig till domstol för beslut i fråga om kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder (4 § tredje stycket LSF, art. 9 UML). Erkännandet av en sådan möjlighet synes närmast ofrånkomligt, eftersom skiljenämndens egna beslut om säkerhetsåtgärder inte kan verkställas tvångsvis.³⁵⁷

Vidare har part möjlighet att begära att domstol utser skiljeman, i fall då den som har att göra detta inte handlar inom föreskriven tid (14 § tredje stycket, 15 § LSF, art. 11.3, 11.4 UML). Om en skiljeman avgår eller skiljs från uppdraget skall, i vissa fall, domstol på ansökan av part utse ny skiljeman (16 § LSF).³⁵⁸ Domstol kan också i vissa situationer på begäran av part pröva frågan om entledigande av skiljeman (10 § tredje stycket, 17 § LSF, art. 13.3, 14.1 UML). Att domstol i de nu nämnda situationerna kan anlitas får anses motiverat utifrån önskemålet att proceduren skall kunna genomföras på ett smidigt sätt.

Part kan vid domstol väcka talan i frågan om det finns ett giltigt och på en viss tvist tillämpligt skiljeavtal, såväl före som efter det att ett skiljeförfarande inletts.³⁵⁹ Att ett skiljeförfarande pågår hindrar således inte att frågan om skiljenämndens behörighet ställs under domstols prövning (2 § LSF). Enligt UML tycks dock frågan om skiljenämndens behörighet, sedan

³⁵⁵ High Courts domskäl i *ESSO/BHP v. Plowman* (s. 245) antyder att ett motsvarande undantag gäller enligt australiensisk rätt. Jfr även Bond, s. 280; Boyd, s. 269. Fallet *Aita c. Ojeh* (se avsnitt 3.3.1) kan måhända anses antyda motsatt slutsats vad gäller fransk rätt, med beaktande av att den ansvarsgrundande omständigheten i fallet var just det förhållandet att en klandertalan fördes. Det bör dock uppmärksammas att talan fördes vid en uppenbart obehörig domstol. Fallet utesluter därför ingalunda att motsvarande undantag accepteras även i fransk rätt.

³⁵⁶ Jfr även Jarvin, s. 162 ff.

³⁵⁷ Se Kvarn & Olsson, s. 59 f.

³⁵⁸ Art. 15 UML innehåller härvidlag en avvikande reglering.

³⁵⁹ Se Kvarn & Olsson, s. 60 ff.

skiljeförfarandet inletts, endast kunna ställas under domstols prövning sedan en behörighetsinvändning ogillats av skiljenämnden (art. 16.3 UML).

Vidare har en part möjlighet att efter tillstånd från skiljenämnden ansöka hos domstol om att ett vittne eller en sakkunnig skall höras under ed eller en part höras under sanningsförsäkran (26 § LSF, art. 27 UML). Part kan också på samma sätt erhålla editionsförelägganden. Att part på detta sätt måste ges en möjlighet att få domstols assistans i fråga om bevisupptagning synes, i likhet med vad som anförts ovan rörande säkerhetsåtgärder, närmast ofrånkomligt. Anledningen härtill är att skiljenämnden varken får ta upp ed eller använda tvångsmedel för att inskaffa begärd bevisning (25 § tredje stycket LSF).

Slutligen finns vissa möjligheter att i domstol angripa skiljenämndens avgöranden.³⁶⁰ Någon möjlighet att överklaga skiljedomen på materiell grund finns visserligen inte.³⁶¹ En skiljedom kan dock i vissa sällsynt förekommande fall vara ogiltig, t.ex. såsom stridande mot ordre public (33 § LSF). Det krävs inte att en part för talan vid domstol för att en skiljedom skall vara ogiltig,³⁶² men om en sådan talan förs är hovrätten behörig instans (43 § LSF). En skiljedom kan vidare bli föremål för klandertalan vid hovrätt, vilket kan leda till att skiljedomen upphävs om vissa i lagen angivna allvarliga formella fel kan konstateras (34 § LSF). Härutöver har såväl parterna som skiljemännen möjlighet att vid tingsrätt föra talan mot skiljedomen i vad avser frågan om ersättning till skiljemännen (41 § LSF).

I vart och ett av de nu nämnda fallen kan part eller skiljeman som vänder sig till domstol åberopa det diskuterade undantaget från den avtalade sekretessplikten. Det förhållandet att omständigheter knutna till skiljeförfarande offentliggörs i samband med domstolens prövning,³⁶³ ger således inte upphov till ansvar enligt sekretessklausulen. Detta föranleder samtidigt berättigade farhågor om risk för missbruk. Det kan t.ex. inte helt uteslutas att en part väcker klandertalan på väldigt svaga grunder, i det enda och otillbörliga syftet att utan hinder av sin sekretessplikt skapa offentlighet kring tvisten.³⁶⁴ För att motverka sådant otillbörligt agerande bör

³⁶⁰ Angående UML:s reglering av denna fråga, se art. 34 UML.

³⁶¹ Se Kvarn & Olsson, s. 116.

³⁶² Se *ibid.*, s. 117.

³⁶³ Domstolsförhandlingar är som bekant normalt offentliga, RB 5 kap. 1 § första stycket. Vid bevisupptagning enligt 26 § LSF gäller dock sekretess beträffande uppgifter om affärs- och driftförhållanden, om en part begär det och det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den som uppgiften rör lider skada, 8 kap. 17 § tredje stycket SekrL. Förhandlingarna kan då, enligt RB 5 kap. 1 § andra stycket, hållas inom stängda dörrar. Se Cars, s. 124. Även i andra fall kan domstolssekretess föreligga beträffande uppgifter om affärs- och driftförhållanden, men då förutsätts det att det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs, 8 kap. 17 § första stycket SekrL. Jfr *ibid.*, s. 61; Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 672.

³⁶⁴ Jfr *Aita c. Ojje*.

sekretessklausulen uppställa som krav för undantagets tillämplighet att det framstår som skäligen befogat att vända sig till domstol.³⁶⁵

Det finns anledning att i detta sammanhang också beröra ett annat befogat undantag från den avtalade sekretessplikten. Sedan skiljenämnden meddelat sin slutliga skiljedom och däri förpliktat ena parten att till motparten fullgöra viss prestation kan den vinnande parten stöta på problem i verkställighetshänsen. Det är ingalunda säkert att den förlorande parten frivilligt fullgör den prestation som skiljenämndens fullgörelsedom avser. Den enligt domen berättigade parten måste då ha möjlighet att få avgörandet verkställt genom exekutiv myndighets försorg. En svensk skiljedom fungerar som exekutionstitel (UB 3 kap. 1 §, 15-18 §§) och kan således ligga till grund för verkställighetsåtgärder. Även en utländsk skiljedom kan normalt verkställas i Sverige efter ansökan hos Svea hovrätt (53 och 56 §§ LSF). Det finns, till följd av den s.k. New York-konventionens breda anslutning, även goda möjligheter att erhålla verkställighet av en skiljedom i andra jurisdiktioner.³⁶⁶ Utnyttjande av de nämnda möjligheterna till verkställighet riskerar emellertid att komma i konflikt med den avtalade sekretessplikten rörande skiljeförfarandet. En förlorande part skall rimligen inte kunna undslippa fullgörande genom att stödja sig på den överenskomna sekretessplikten. Det är således motiverat att i sekretessklausulen medge undantag från sekretessplikten för att möjliggöra verkställighet.³⁶⁷ Eftersom genomdrivande av verkställighetsåtgärder onekligen innebär ett visst intrång i skiljeförfarandets förtrolighet är det dock motiverat att begränsa undantaget till fall då verkställighet genom exekutiv myndighets försorg verkligen är påkallad. Sekretessklausulen bör således uppställa som krav för undantagets tillämplighet att den förpliktade vägrat frivillig fullgörelse.

5.4.6 Andra tänkbara undantag

Ett annat motiverat undantag från avtalad sekretessplikt relaterad till skiljeförfarande är kopplat till fall av företagsförvärv. Större företagsköp föregås i allmänhet av omfattande undersökningar, s.k. due diligence. Härvid kräver köparen i allmänhet att få reda på vilka skiljetvister och domstolsprocesser målobjektet är involverat i.³⁶⁸ Köparen kräver måhända också att få ta del av inlagor och annat relaterat material.³⁶⁹ Att på detta sätt förse en utomstående med insyn i skiljeförfarandet är knappast förenligt med den avtalade sekretessplikten. Från ändamålssynpunkt får det emellertid anses godtagbart och tillrädligt att i dylika situationer röja skiljeförfarandet

³⁶⁵ Det medges att en sådan föreskrift kan ge upphov till bedömningsvårigheter. Om man inte helt vill urgröpa sekretessplikten tycks dock en dylik kvalifikation svårfrånkomlig.

³⁶⁶ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Jfr Kvart & Olsson, s. 23.

³⁶⁷ Sannolikt gäller ett sådant undantag även utan särskild avtalsföreskrift. Jfr Boyd, s. 269; Cars, s. 69; Jarvin, s. 164.

³⁶⁸ Se Jarvin, s. 160. Jfr Derains & Schwartz, s. 263 f.

³⁶⁹ Se Jarvin, s. 160.

för den presumtive köparen.³⁷⁰ Det är därför motiverat att förse den avtalade sekretessplikten med ett särskilt avtalat undantag för yppande av konfidentiell information som är påkallat i samband med due diligence i försäljningssituationer i vilka parten eller partens rörelse utgör köpeobjekt.

Den i engelsk rätt upprätthållna principen om sekretess i skiljeförfarande är enligt rättspraxis försedd med ett undantag för fall då det är skäligen nödvändigt (*reasonably necessary*) för att fastställa eller skydda en parts rättigheter mot tredje man, att konfidentiell information avslöjas i syfte att understöda en talan eller ett försvar.³⁷¹ Enligt engelsk rätt kan således inte bara skiljedomen utan också material som framlagts i skiljeförfarandet i dylika situationer avslöjas utan domstolsbeslut och utan att brott mot tystnadsplikten anses föreligga. Det får anses oklart huruvida ett sådant undantag erkänns enligt svensk rätt och enligt övriga här behandlade rättssystem, i fall då parterna överenskommit om sekretess i skiljeförfarande. Något positivt stöd för att ett sådant undantag upprätthålls även utan särskild avtalsföreskrift därom står ej att finna.³⁷² Det förtjänar dock nämnas att de organisationer vars skiljedomsreglementen på ett mera utförligt sätt reglerar frågan om sekretess, d.v.s. LCIA och WIPO (se avsnitt 5.6), uttryckligen försett sekretessreglerna med undantag som täcker fall då avslöjande är nödvändigt för att tillvarata rättigheter mot tredje man.³⁷³ Det måste också stå klart att ett undantag av detta slag kan vara motiverat.

Flera situationer kan tänkas vilka aktualiserar behov av det diskuterade undantaget. Man kan t.ex. tänka sig att en avtalspart som i en skiljedom förpliktats att betala ett större skadestånd ämnar vända sig mot sin försäkringsgivare för att erhålla ersättning under ett försäkringsavtal. För att genomdriva rättigheterna mot försäkringsgivaren kan det härvid vara nödvändigt att för försäkringsgivaren yppa skiljedomen och omständigheter vilka framkommit under skiljeförfarandet. Ett annat exempel är fallet att parten A med B ingått avtal, innehållande en skiljeklausul, genom vilket A ställt säkerhet för en förpliktelse åvilande C. Om A i en skiljetvist med B förpliktas prestera i enlighet med sitt åtagande bör han kunna åberopa skiljedomen och i skiljetvisten framkomna omständigheter mot C, i syfte att utöva regressrätt. Ett ytterligare exempel rör fall där A är inblandad i två på varandra följande skiljetvister med olika motparter, men där samma bevisning aktualiseras. Om ett vittne som hörts i den första skiljetvisten inte

³⁷⁰ Jfr *ibid*.

³⁷¹ Se *Hassneh Insurance; Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate, Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*. Jfr även Bernstein m.fl., s. 196; Sutton m.fl., s. 236. Huruvida undantaget även gäller för det fall uttryckligt avtal om sekretess ingåtts framgår dock ej klart.

³⁷² Det kan möjligen hävdas att ett avslöjande av information i situationer av diskuterat slag inte är obehörigt, vilket inom FHL:s tillämpningsområde skulle innebära att påföljder enligt lagen ej kan komma ifråga, 2 § FHL. Jfr Fahlbeck, s. 205, som dock talar om fallet att företagshemlighet röjs för att tillvarata rättigheter mot den av sekretessen skyddade näringsidkaren.

³⁷³ WIPO Arbitration Rules art. 75 (iii); LCIA Rules art. 30.1. Även Paulsson & Rawding, s. 316, inkluderar ett dylikt undantag i ett av sina klausulförslag.

kan medverka i den andra skiljetvisten eller lämnar uppgifter som strider mot de som lämnats i den första tvisten, bör A kunna åberopa bevisningen från det första skiljeförfarandet. I samtliga nu nämnda fall utgör den avtalade sekretessplikten hinder för det påkallade agerandet, såvida inte sekretessklausulen förses med ett undantag för fall då avslöjande är nödvändigt för att skydda eller genomdriva rättigheter mot tredje man. De nämnda situationerna utgör endast några exempel av flera tänkbara på fall där skiljenämndens avgöranden eller i skiljeförfarandet framlagt material kan behöva åberopas för att göra gällande rättigheter mot utomstående. Mot denna bakgrund når jag slutsatsen att det är motiverat att förse sekretessklausulen med ett särskilt undantag för situationer då avslöjande av konfidentiell information är nödvändigt för att skydda eller genomdriva rättigheter mot annan än avtalsparterna.³⁷⁴

För att sekretessplikten enligt den föreslagna sekretessklausulen skall vara effektiv måste det vara möjligt för part som anser att sekretessåtagandet åsidosatts att föra talan härom inför behörigt organ. Vilket organ som härvidlag är behörigt behandlas i avsnitt 5.5.4. Den där genomförda utredningen visar att det kan vara nödvändigt att föra en sådan talan inför en nykonstituerad skiljenämnd samt att civilprocessuella säkerhetsåtgärder kan utverkas vid allmän domstol. Sekretessklausulen bör förses med ett undantag som medger sådan talan utan hinder av sekretessplikten.

Slutligen måste ett tänkbart undantag av mer omfattande räckvidd diskuteras. Mason CJ framhöll i *Eso/BHP v. Plowman* att det kan finnas omständigheter under vilka tredje män och allmänheten har ett legitimt intresse av att veta vad som förevarit i ett skiljeförfarande.³⁷⁵ Om det, i strid med vad domstolen kommit fram till, fanns en allmän princip om sekretess i skiljeförfarande, skulle den enligt Mason CJ vara försedd med ett ”public interest”-undantag. Det har i litteraturen indikerats att australiensisk rätt sannolikt upprätthåller ett sådant undantag även i fall av avtalad sekretess.³⁷⁶ Det finns emellertid inget stöd för att ett motsvarande undantag skulle gälla enligt svensk rätt eller enligt övriga här behandlade rättssystem.³⁷⁷ Jag kan inte heller finna skäl för att införa ett dylikt undantag avtalsvägen. Det diskuterade undantaget fungerar till utomståendes förmån och torde vara av ringa intresse från partssynpunkt, förutsatt att avtalsparterna är kommersiella aktörer utan offentligrättsliga anknytningar. Ett avtalsgrundat undantag för fall då röjande av konfidentiell information är av ”allmänt intresse” skulle vidare införa ett osäkerhetsmoment i parternas inbördes förhållande och

³⁷⁴ Det medges att räckvidden av ett sådant undantag är något oklar, vilket minskar den förutsebarhet som eftersträvats vid klausulens utformning. Med tanke på det behov som illustrerats genom nyss nämnda exempel har jag emellertid svårt att se att ett undantag av diskuterat slag kan undvaras. Det bör poängteras att undantaget är begränsat till fall då yppande verkligen är nödvändigt för tillvaratagande av rättigheterna ifråga.

³⁷⁵ Se domskälen, s. 247.

³⁷⁶ Se Rogers & Miller, s. 342, med referens till ett senare australiensiskt avgörande.

³⁷⁷ Terminologin har visserligen förekommit i engelsk rättspraxis, men då har undantaget givits en annan och snävare betydelse. Se *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*, domskälen, s. 148.

markant minska förutsebarheten i sekretessklausulens tillämpning. Det kan därför normalt inte anses lämpligt att förse sekretessklausulen med ett undantag av nu diskuterat slag.³⁷⁸

5.4.7 Förslag på avtalstext

Efter en omfattande analys av tänkbara undantag och deras tillämpning kan följande förslag till avtalstext framläggas.

4. Åtagandet i första stycket skall inte utgöra hinder för att konfidentiell information yppas i den mån
 - a) båda Parterna har samtyckt därtill;
 - b) det är nödvändigt för att uppfylla upplysningsplikt, vilken grundas på lag, [avtal om notering vid börs, försäkringsavtal, eller avtal med person som ställt säkerhet för Parts förpliktelser enligt Avtalet];
 - c) det är nödvändigt för att Part eller skiljenämndens ledamöter skall kunna, i fall då det är skäligen befogat, utnyttja de möjligheter att vända sig till allmän domstol vilka ges i de procedurregler som skiljeförfarandet följer;
 - d) det är nödvändigt för att genom exekutiv myndighets försorg erhålla verkställighet av skiljedom eller beslut som den förpliktade vägrat uppfylla frivilligt;
 - e) det är skäligen påkallat som ett led i förhandlingar om försäljning av Parten eller Partens rörelse (due diligence);
 - f) det är nödvändigt för att skydda eller genomdriva rättigheter mot annan än Part; eller
 - g) det är nödvändigt för att Part skall kunna inför behörigt organ föra talan i fråga om åsidosättande av åtaganden enligt denna paragraf.

Som anförts i avsnitt 5.4.1 är en detaljerad reglering i enlighet med vad som nyss föreslagits mindre passande vid enklare avtal där sekretessklausulen förutsätts vara kort och komprimerad. I sådana fall kan en kortare uppräknings, med ett avslutande generellt undantag för fall då avslöjande är skäligen påkallat, försvaras. Det bör dock uppmärksammas att en sådan lösning medför sämre förutsebarhet och större risk för tolkningstvister.

5.5 Sanktioner

5.5.1 Ersättningskyldighet vid avtalparts kontraktsbrott

En väsentlig fråga rör vilka sanktioner som aktualiseras då part åsidosätter sina skyldigheter enligt sekretessklausulen. Frågan gäller såväl de fall då part själv yppar konfidentiell information hänförlig till skiljeförfarandet för tredje man som de fall då någon för vilken parten ansvarar enligt avtalet gör

³⁷⁸ För det fall australiensisk rätt äger tillämpning undslipper man sannolikt inte undantaget. Det kan i detta specialfall vara motiverat att i klagande syfte låta undantaget komma till uttryck även i sekretessklausulen.

sig skyldig till motsvarande beteende. Det saknas anledning att skilja på dessa fall i sanktionshänseende.

I brist på avsaknad av särskild avtalsreglering av sanktionsfrågan torde den primärt aktuella påföljden vara skadeståndsskyldighet. Enligt svensk rätt följer detta, i de fall FHL äger tillämpning, direkt av 6 § FHL (se avsnitt 4.4.1). Även utanför FHL:s tillämpningsområde ger brott mot avtal om tystnadsplikt, enligt allmänna avtalsrättsliga principer, upphov till skadeståndsanspråk för den förfördelade avtalsparten.³⁷⁹ Det kan antas att motsvarande principer gäller enligt övriga här behandlade rättssystem.³⁸⁰ Att skadestånd utgör den primärt aktuella påföljden vid brott mot sekretessplikt är emellertid förenat med särskilda svårigheter. Det är vid denna typ av avtalsförpliktelser ofta svårt för den skadelidande parten att bevisa uppkommen skada och dennas storlek.³⁸¹ Dessa svårigheter kan medföra att utdömda skadestånd är otillräckliga, såväl i reparationshänseende som i preventionshänseende.³⁸² En möjlighet som bör övervägas är därför att förse avtalet med en särskild vitesklausul kopplad till sekretessplikten.

Med vitesklausul avser jag en avtalsbestämmelse som anger att ett visst belopp, vilket antingen framgår direkt av klausulen eller kan beräknas på grundval av däri fastlagda riktlinjer, skall utgå vid kontraktsbrott.³⁸³ De fördelar som är förenade med att införa en vitesklausul kopplad till den avtalade sekretessplikten i skiljeförfarande är flera. De problem som är förenade med bevisföring rörande skadans storlek elimineras genom en sådan klausul, eftersom den part mot vilken kontraktsbrott begåtts inte behöver visa att han lidit en skada motsvarande det fastställda vitesbeloppet.³⁸⁴ Möjligheten att få ersättning förbättras härmed, vilket främjar reparationsintresset.³⁸⁵ Att skadan och dess storlek ej behöver diskuteras underlättar också tvistlösningen mellan parterna, och kan främja möjligheterna att nå en uppgörelse i godo.³⁸⁶ Att part kan på förhand bedöma effekterna av ett kontraktsbrott främjar vidare förutsebarhet, vilket i sig är eftersträvansvärt i kommersiella relationer. Att vitesklausulen är oberoende av utredningssvårigheter kopplade till liden skada medför slutligen att den bättre än skadeståndssanktionen fyller en preventiv funktion som påtryckningsmedel att iaktta sekretessplikten.³⁸⁷ Jag finner det mot denna bakgrund lämpligt att förse den föreslagna sekretessklausulen med särskilda avtalsföreskrifter om vite vid åsidosättande av sekretessplikten.

³⁷⁹ Jfr Fahlbeck, s. 230; Hellner, s. 109; Jarvin, s. 159.

³⁸⁰ Beträffande fransk rätt, jfr *Aita c. Ojeh*.

³⁸¹ Se Berglund, s. 42; Bryde Andersen, s. 634; Jarvin, s. 159.

³⁸² Jfr Berglund, s. 42; Bryde Andersen, s. 634. Inom FHL:s tillämpningsområde skall dock, vid bestämmande av skadestånd, hänsyn tas även till den skadelidandes intresse av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse, se 9 § FHL. Jfr skadeståndsbestämningen i NJA 1998 s. 633.

³⁸³ Jfr Olsen, s. 22 f.

³⁸⁴ Jfr Berglund, s. 42; Bryde Andersen, s. 634.

³⁸⁵ Jfr Olsen, s. 30.

³⁸⁶ Jfr *ibid*.

³⁸⁷ Jfr *ibid*.

Vitesbeloppet bör enligt min mening i det enskilda avtalet bestämmas till en nivå som parterna finner lämplig utifrån hänsynstagande till den förväntade skadan vid avtalsbrott och intresset av att tillskapa ett tillräckligt påtryckningsmedel.³⁸⁸ I enskilda fall kan tänkas att den skada som åsamkas part vid motpartens åsidosättande av sekretessplikten klart överstiger det sålunda fastställda vitesbeloppet. Det synes lämpligt att avtalet medger den skadelidande parten möjlighet att i dylika situationer erhålla skadestånd som överstiger det avtalade vitet, förutsatt att den större skadan kan bevisas.³⁸⁹

En vitesklausul av diskuterat slag äger i princip giltighet under svensk rätt. Det kan dock tänkas att vitesbestämmelsen i enskilda fall, med hänsynstagande till vitesbeloppets storlek, den inträffade skadan, parts intresse av klausulen och övriga omständigheter, anses oskälig och på denna grund jämkas enligt 36 § AvtL.³⁹⁰ Med beaktande av att avtalsparterna är kommersiella aktörer, bör dock utrymmet härför vara begränsat. Under engelsk rätt är en klausul av diskuterat slag giltig endast om den är att klassificera såsom en föreskrift om "liquidated damages" och ej som en föreskrift om "penalty".³⁹¹ För att detta krav skall vara uppfyllt krävs att vitesbeloppet motsvarar en genuin förhandsuppskattning av den skada som uppstår vid ett eventuellt kontraktbrott. För det fall engelsk rätt äger tillämpning måste parterna ha dessa riktlinjer i åtanke vid utformning av vitesbestämmelsen.

En kvarstående fråga är vilka ansvarsförutsättningar som måste vara uppfyllda för att ersättningsskyldighet skall inträda. Givetvis krävs att någondera parten gjort sig skyldig till kontraktbrott, d.v.s. åsidosatt sina förpliktelser under sekretessklausulen. Mer osäkert är om det härutöver krävs att den avtalsbrytande parten varit oaktsam. Inom FHL:s tillämpningsområde gäller enligt 6 § FHL som förutsättning för skadeståndsansvar att sekretesssubjektet röjt företagshemligheten uppsåtligt eller av oaktsamhet (se avsnitt 4.4.1). Sannolikt gäller ett motsvarande krav på oaktsamhet för skadeståndsansvar vid brott mot sekretessavtal som faller utanför FHL:s tillämpningsområde och således regleras av allmänna avtalsrättsliga principer.³⁹² Inställningen i utländska rättssystem kan i detta

³⁸⁸ Som framhålls av Lego Andersen, s. 304, kan parterna kan också, om de så önskar, välja att bestämma vitesbeloppet genom angivande av ett visst intervall.

³⁸⁹ Jfr *ibid.* I avsaknad av en uttrycklig föreskrift som medger skadelidande part skadestånd utöver vitet bör vitesklausulen möjligen anses exklusiv i förhållande till skadestånd, vilket skulle innebära att vitesbeloppet sätter en övre gräns för den skadelidandes ersättning. En sådan lösning gäller i engelsk rätt, se Olsen, s. 48. Sannolikt är inställningen i svensk rätt densamma, jfr *ibid.*, s. 135 ff. En annan annorlunda inställning tycks dock gälla i tysk rätt, se *ibid.*, s. 62 f.

³⁹⁰ Jfr den omfattande framställningen i Olsen, s. 93 ff.

³⁹¹ Om vitesklausuler i engelsk rätt, se *ibid.*, s. 43 ff. Även i tysk rätt godtas klausuler av diskuterat slag, men verkningarna tycks variera beroende på om klausulen skall kvalificeras som vite eller normerat skadestånd. Om tysk rätt, se *ibid.*, s. 56 ff.

³⁹² Jfr Hellner, s. 201; Nicander, s. 36.

avseende tänkas variera.³⁹³ I allmänhet torde det väl inte vara något problem att konstatera att oaktsamhet ligger den avtalsbrytande parten till last. Det kan emellertid tänkas fall där den skadelidande parten har svårigheter att motbevisa ett påstående från den avtalsbrytande parten att information yppats av misstag. Denna problematik kan visserligen lösas genom en ändamålsenlig placering av bevisbördan. En enklare lösning synes emellertid vara att stryka kravet på oaktsamhet.³⁹⁴ Bestämmelsen i 6 § FHL utgör, liksom de allmänna principer som gäller utanför FHL:s tillämpningsområde, dispositiv rätt, varför det är möjligt att avtalsvägen överge kravet på oaktsamhet.³⁹⁵ Mycket talar för att, enligt svensk rätt, redan det förhållandet att parterna infört en ovillkorad vitesklausul innebär att kravet på oaktsamhet avtalats bort.³⁹⁶ För att undanröja tvivel härom är det dock påkallat att förse klausulen med en uttrycklig avtalsföreskrift om att ansvaret inte förutsätter oaktsamhet.

5.5.2 Andra sanktioner vid avtalsparts kontraktsbrott

Utöver vite eller skadestånd kan vid avtalsbrott från endera partens sida ytterligare påföljder aktualiseras. Enligt allmänna avtalsrättsliga principer finns till att börja med en rätt till hävning om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse.³⁹⁷ Denna princip anses tillämplig även vid sekretessavtal, varvid framförallt allvarliga fall av förtroendemisbruk kan tänkas utgöra grund för hävning.³⁹⁸ Hävning framstår emellertid som en olämplig påföljd vid åsidosättande av åtaganden om sekretess i skiljeförfarande. Enligt den inom skiljedomsrätten etablerade separabilitetsdoktrinen skall skiljeavtalet alltid behandlas som ett separat avtal vid bedömning av dess giltighet (se 3 § LSF, Art 16.1 UML). Således uppstår den ytterst komplexa frågan om till vilket avtal klausulen om sekretess i skiljeförfarande hör. Om sekretessklausulen tillhör huvudavtalet bör en eventuell hävning avse detta avtal. Om sekretessklausulen å andra sidan tillhör skiljeavtalet, vilket placeringen i kontraktet antyder, bör en eventuell hävning avse detta avtal, med följd att tvister mellan parterna därefter skall prövas inför domstol.³⁹⁹ Slutligen kan man möjligen tänka sig en partiell hävning, avseende enbart parternas sekretessåtagande. I åtminstone de två första fallen måste det ifrågasättas om brott mot tystnadsplikten verkligen är ett sådant väsentligt avtalsbrott som krävs för att hävning skall kunna ske.⁴⁰⁰ Att tillåta hävning synes under alla omständigheter innebära att konsekvenserna av ett brott mot tystnadsplikten

³⁹³ Enligt engelsk rätt torde något krav på oaktsamhet ej gälla, jfr Olsen, s. 51. Enligt tysk rätt gäller vid underlåtenhetsförpliktelser sanktionerade genom avtalsvite sannolikt ett krav på oaktsamhet, men med omvänd bevisbörda, jfr *ibid.*, s. 57.

³⁹⁴ Det torde i många fall vara svårt nog att styrka att motparten åsidosatt sekretessplikten, jfr Jarvin, s. 159.

³⁹⁵ Jfr Fahlbeck, s. 163, s. 224.

³⁹⁶ Jfr diskussionen i Olsen, s. 202 ff.

³⁹⁷ Jfr Hellner, s. 109.

³⁹⁸ Se Fahlbeck, s. 230.

³⁹⁹ Jfr *Bulbank* (se avsnitt 2.1.2).

⁴⁰⁰ Jfr Cars, s. 103 f. Jfr dock Heuman, s. 35.

blir alltför långtgående och drastiska. Det är därför befogat att genom en uttrycklig föreskrift i sekretessklausulen utesluta möjligheten till hävning.⁴⁰¹

Vidare bör part enligt svensk rätt ha möjlighet att föra talan om naturafullgörelse av den underlåtenhetsförpliktelse som enligt sekretessklausulen åvilar motparten. Det alternativ som härvid står till buds är en negativ fullgörelsetalan, vilken vid bifall resulterar i en förbudsdom.⁴⁰² En sådan talan upptas om svaranden redan gjort sig skyldig till brott mot sekretessklausulen och det finns en risk för upprepning. Talan kan också föras i fall då något sekretessbrott ännu inte begåtts om det för käranden är av vikt att svaranden ej åsidosätter sin sekretessplikt och det dessutom förekommer särskild anledning att svaranden kommer att göra sig skyldig till ett sådant åsidosättande.⁴⁰³ En meddelad förbudsdom är exigibel, men kan verkställas endast genom att kronofogdemyndighet ålägger den förpliktade, normalt vid vite, att iakttaga förbudet, UB 16 kap. 12 §, 2 kap. 15 §.⁴⁰⁴ Allmän domstol anses också ha rätt att redan i domen meddela verkställighetsföreskrifter genom att förelägga svaranden vid vite att följa förbudsdomen.⁴⁰⁵ Inom FHL:s tillämpningsområde finns ett uttryckligt stadgande i 11 § FHL som medger att domstol vid vite förbjuder någon som angripit en företagshemlighet att utnyttja eller röja företagshemligheten. Part som för en förbudstalan måste emellertid räkna med att det kan dröja avsevärd tid innan en slutlig förbudsdom föreligger. I avvaktan på ett slutligt avgörande kan den förfördelade parten erhålla ett vitesförbud såsom säkerhetsåtgärd enligt RB 15 kap 3 §, förutsatt att de i lagrummet uppställda

⁴⁰¹ Jfr Bagner, *Fundamental Principle*, s. 248.

⁴⁰² Jfr Ekelöf II, s. 120; Fitger, s. 13:16. På liknande sätt bör man enligt engelsk rätt kunna utverka en *injunction* för att avhålla motparten från publicering av konfidentiell information, jfr Bernstein m.fl., s. 194.

⁴⁰³ Förutsättningarna för upptagande av förbudstalan är delvis omstridda. I doktrinen har uttryckts olika uppfattning i frågan hur man skall tillse att en person tillåts föra förbudstalan endast om svaranden givit anledning till en sådan talan eller det eljest finns skäl att tillåta talan. Vad som anförs i detta arbete överensstämmer med den av Larsson förfäktade uppfattningen. Larsson, s. 466 f., menar att tillåtligheten av en förbudstalan skall bedömas enligt RB 13 kap. 1 §. Ett anspråk skall härvid anses förfallet först då svaranden vid åtminstone ett tillfälle brustit i passivitet och fara för upprepande föreligger. Om anspråket inte påstås på detta sätt förfallet kan talan ändå upptas med stöd av RB 13 kap. 1 § fjärde punkten, om det för käranden är av vikt, att svaranden ej åsidosätter sin underlåtenhetsförpliktelse, samt särskild anledning förekommer att denna kommer att undandra sig sagda förpliktelse. Ekelöf anser å andra sidan att RB 13 kap. 2 § och det där uttryckta förfångsrekvisitet bör tillämpas vid förbudstalan, se Ekelöf II, s. 121. Lösningarna torde i många fall leda till samma resultat. Om problematiken, se även Fitger, s. 13:16. Om talan förs inför skiljenämnd finns dock inte några uttryckliga hinder mot att tillåta fullgörelseyrkanden i större utsträckning än RB:s regler medger, se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 334. I vad mån de nyss nämnda talförutsättningarna äger giltighet även vid förbudstalan i skiljeförfarande får således anses osäkert. Eftersom samma ändamålsskäl gör sig gällande oavsett om förbudstalan förs inför domstol eller skiljenämnd förefaller det dock motiverat att i båda fallen upprätthålla samma krav för talans upptagande.

⁴⁰⁴ Jfr Ekelöf II, s. 120.

⁴⁰⁵ Se NJA 1981 s. 1129; Ekelöf I, s. 185; Fitger, s. 13:5; Westberg, s. 433 f. Något särskilt yrkande om vite erfordras ej, se NJA 1981 s. 1129; Westberg, s. 431 ff.

kraven härför är uppfyllda. Inom FHL:s tillämpningsområde finns en liknande möjlighet till vitesförbud såsom säkerhetsåtgärd enligt 13 § FHL.

Lagen (1985:206) om viten, som är generellt tillämplig i fråga om viten som föreläggs av myndighet om inte annat följer av vad som är särskilt föreskrivet, anses enligt rättspraxis utgå från att föreläggande av vite med avseende på juridisk person allt efter omständigheterna kan riktas mot den juridiska personen som sådan eller mot dess ställföreträdare eller mot båda.⁴⁰⁶ Följden härav synes vara att ett vitesförbud, även i nu diskuterad situation, kan riktas direkt mot avtalspartens ställföreträdare, förutsatt att detta är nödvändigt för att vitesförbudet skall vara effektivt. Denna rättsliga möjlighet tycks vila på processuella snarare än civilrättsliga grunder.

Det förhållandet att sekretessklausulen sanktionerats genom en föreskrift om avtalsvite anses inte i sig hindra att part utnyttjar de nyss nämnda möjligheterna att föra talan om naturafullgörelse.⁴⁰⁷ Det kan dock tänkas att man oöverlagt ifrågasätter om en avtalspart verkligen har något intresse av en förbudsdom som ålägger motparten att vid vite iakttä sin sekretessplikt. Motparten är ju redan enligt avtalet vid vite förpliktad därtill. Man måste emellertid uppmärksamma en väsentlig skillnad mellan det vite som föreläggs av domstol eller kronofogdemyndighet och det vite som regleras i avtalet. Det av myndighet förelagda vitet är av exekutiv, offentlighetsrättslig karaktär och tillfaller vid utdömande staten. Avtalsvitet fungerar som ett privaträttsligt skadestånd och tillfaller vid utdömande den förfördelade avtalsparten. Vid närmare eftertanke framgår således att det ur preventionssynpunkt kan vara intressant för part att erhålla en förbudsdom mot motparten. Om motparten åsidosätter förbudsdomen riskerar han nämligen att det utdöms såväl offentlighetsrättsligt vite som privaträttsligt avtalsvite. Det kan måhända tyckas strängt mot motparten om såväl offentlighetsrättsligt som privaträttsligt vite utdöms. Vitesförbud anses emellertid vara ett komplement till skadestånd, inte ett alternativ.⁴⁰⁸ Eftersom ett skadestånd kan utgå oberoende av vitesförbudet bör detsamma gälla ett avtalat vitesbelopp.⁴⁰⁹ Det finns emellertid inget som hindrar att den part till vars förmån förbudsdomen gäller underlåter att föra talan om utdömande av det offentlighetsrättsliga vitet.

5.5.3 Behov av jämningsbestämmelse

Den föreslagna sekretessklausulen och dess sanktionsreglering innebär, såvitt hittills diskuterats, ett strikt ansvar för avtalspart att vid åsidosättande av förpliktelseerna under sekretessklausulen utge ett på förhand utgivet vitesbelopp, med undantag endast för vissa i klausulen explicit angivna situationer då ansvar ej inträder. Ett ansvar enligt dessa riktlinjer förefaller

⁴⁰⁶ Se NJA 1990 s. 338.

⁴⁰⁷ Se Olsen, s. 145 f.

⁴⁰⁸ Se Fahlbeck, s. 261.

⁴⁰⁹ Jfr Olsen, s. 149.

relativt strängt mot avtalsparterna, varför frågan aktualiseras om det måhända är motiverat att införa en möjlighet till jämkning i enskilda fall.

Skäl kan anföras till stöd för att en sådan jämningsklausul bör inkorporeras i sekretessklausulen. Som medgivits i avsnitt 5.4.1 medför den av mig valda tekniken för reglering av undantag från sekretessplikten en viss risk för förbiseende av relevanta undantagssituationer. Det kan således inte helt uteslutas att under avtalets tillämpning en situation uppkommer i vilken något undantag i avtalet inte står att finna, men där det trots allt synes ursäktligt att röja konfidentiell information rörande skiljeförfarandet. Eftersom ansvaret är strikt undgår inte den part som i en sådan situation röjer information ansvar. I dylika situationer tycks det befogat att det fastlagda vitesbeloppet i vart fall kan jämkas. Det vidsträckt definierade sekretessobjektet medför vidare att man kan tänka sig fall i vilka ett röjande av information visserligen strider mot sekretessplikten men ur skadesynpunkt är fullständigt harmlöst för motparten. Även i sådana fall torde en jämningsmöjlighet vara påkallad. Om svensk rätt är tillämplig kan det visserligen tänkas att erforderlig jämkning i något fall kan ske enligt 36 § AvtL. Utrymmet för tillämpning av detta lagrum är dock begränsat i kommersiella förhållanden. Min slutsats är därför att det möjligen kan anses befogat att införa en uttrycklig föreskrift i sekretessklausulen som medger att ersättningsbeloppet nedsättes om den avtalsbrytande parten kan visa att åsidosättandet är av ringa betydelse eller ursäktligt.

Jag vill påpeka att en sådan allmänt hållen föreskrift minskar den tidigare prisade förutsebarheten. De betänkligheter som är förenade härmed är emellertid mindre när den allmänt hållna föreskriften i fråga införs som en jämningsregel på sanktionsnivå än när, såsom Heuman föreslagit (se avsnitt 5.4.1), ett allmänt hållet undantag införs som en generell inskränkning av sekretessplikten. Det bör vidare påpekas att den angivna föreskriften är formulerad så att den endast äger tillämpning i undantagsfall. Parterna kan också om de så vill öka förutsebarheten genom att i klausulen ange att jämkning aldrig får ske under ett visst specificerat belopp. Trots dessa påpekanden vidgås att jämningsbestämmelsen ger upphov till viss osäkerhet. Det får därför ytterst lämnas till parterna att vid avtalskrivning i det enskilda fallet avgöra om man finner en jämningsföreskrift lämplig.

5.5.4 Behörig prövningsinstans

Framställningen har hittills behandlat vad som gäller i materiellt hänseende i fråga om påföljder vid avtalsbrott. Det återstår emellertid att beröra de processuella aspekterna, d.v.s. frågan hur den part som blivit utsatt för ett avtalsbrott skall gå tillväga för att komma till sin rätt. Det förutsätts härvid att parterna ej lyckas nå en uppgörelse i godo.

Huruvida den avtalade sekretessplikten åsidosatts och huruvida påföljder skall utdömas är frågor som rör tolkning och tillämpning av det mellan

parterna gällande avtalet. Tvister relaterade till sekretessklausulen omfattas således av avtalets skiljeklausul, såvida inte skiljeklausulen givits en osedvanligt inskränkt formulering eller försetts med ett särskilt undantag för tvister rörande sekretess i skiljeförfarande. Tvister av detta slag skall alltså avgöras av skiljenämnd, inte av allmän domstol.⁴¹⁰

Om den sekretessrelaterade tvisten uppkommer medan det skiljeförfarande som den konfidentiella informationen avser fortfarande pågår, bör part i vissa fall kunna framställa ett yrkande om vite och/eller skadestånd p.g.a. brott mot sekretessplikten redan i detta mål. Huruvida detta är möjligt beror på innehållet i de regler som styr förfarandet. För det fall LSF äger tillämpning torde part ofta, särskilt med hänsyn till att en gemensam handläggning med huvudfrågan kan vara påkallad, kunna föra in frågan om sekretesspliktens åsidosättande med stöd av 23 § andra stycket LSF.⁴¹¹ Det kan dock tänkas fall då skiljenämnden inte godtar att part framför yrkande i frågan om åsidosättande av sekretessplikten. En sådan vägran kan t.ex. vara motiverad om yrkandet allvarligt fördröjer huvudmålet eller skiljemännen själva är involverade i sekretessfrågan på ett sådant sätt att deras opartiskhet kan ifrågasättas. Om yrkandet ej tillåts i det pågående skiljeförfarandet återstår ingen annan möjlighet än att med stöd av skiljeklausulen påkalla ett nytt skiljeförfarande rörande just frågan om sekretesspliktens åsidosättande. Samma tillvägagångssätt måste tillgripas om det första skiljeförfarandet redan avslutats med slutlig skiljedom och skiljenämnden således är *functus officio*.⁴¹² Den tidigare skiljenämnden kan nämligen inte återuppta det avslutade förfarandet och på nytt träda i funktion.⁴¹³

Även en talan om fullgörelse in natura bör i princip endast kunna föras inför skiljenämnd.⁴¹⁴ Skiljenämnden har, till skillnad från domstol, inte möjlighet

⁴¹⁰ Jfr Smit, s. 301. Hanqvist, s. 118, uttalar att den förfördelade parten tvingas gå till domstol om skiljenämnden är *functus officio*. Detta kan emellertid inte vara riktigt. Eftersom tvisten omfattas av ett skiljeavtal är allmän domstol obehörig och skall avvisa talan på svarandens invändning, 4 § LSF.

⁴¹¹ Om denna regel, se Kvart & Olsson, s. 90 ff.

⁴¹² Jfr Reid, s. 54, s. 61. Jfr även 27 § 4 st LSF, art. 32 UML; Kvart & Olsson, s. 83.

⁴¹³ Jfr Kvart & Olsson, s. 83.

⁴¹⁴ I ljuset av färsk rättspraxis är detta emellertid ej helt säkert. Enligt svensk rätt får endast dispositiva tvistemål lämnas till avgörande av skiljemän. I NJA 2000 s. 435 I och II, två besynnerliga avgöranden som kan kritiseras på flera punkter, indikeras emellertid att ett mål i vilket kärandens talan avser ett med offentlighetsrättsligt vite sanktionerat förbud skall behandlas som indispositivt. Eftersom domstol enligt NJA 1981 s. 1129 anses oförhindrad att ålägga vite även utan särskilt yrkande därom bör en konsekvens av NJA 2000 s. 435 I och II vara att varje mål som avser förbudstalan skall behandlas som indispositivt. Den omtvistade saken är ju densamma och domstolen har samma möjligheter att förelägga vite oavsett om ett yrkande framställs i verkställighetsfrågan eller ej. Om en förbudstalan förenad med vitesyrkande ger upphov till ett indispositivt mål bör således detsamma gälla en förbudstalan utan vitesyrkande. Följden härav skulle emellertid vara att ett förbudsmål alltid är indispositivt och således aldrig skiljedomsrättsligt. En talan om fullgörelse av den negativa förpliktelsen under avtalet om sekretess i skiljeförfarande skulle således trots skiljeavtalet behöva föras vid domstol. Dessa konsekvenser framstår som orimliga. Måhända menar HD emellertid att det är just det faktum att ett yrkande framställs i vitesfrågan som gör målet indispositivt. Om ett sådant yrkande inte framställs skulle målet

att förelägga offentligrättsligt vite. Dock kan part, sedan en förbudsdom meddelats av skiljenämnden, söka verkställighetsåtgärder hos kronofogdemyndighet, varvid exekutivt vite kan föreläggas (se avsnitt 5.5.2). Vidare kan part, utan hinder av skiljeavtalet, vända sig till domstol för att erhålla beslut om säkerhetsåtgärd (se avsnitt 5.4.5).

5.5.5 Sanktioner vid skiljemäns åsidosättande av sekretessplikten

En skiljeman som åsidosätter sina förpliktelser i sekretesshänseende ådrar sig härigenom skadeståndsskyldighet.⁴¹⁵ Ett skadeståndanspråk i anledning av ett sådant sekretessbrott bör kunna framställas av båda parterna gemensamt eller endera av dem.⁴¹⁶ En förutsättning för framgång med en sådan talan är förstås att parterna lidit någon skada som står i adekvat orsakssamband med skiljemännens agerande. Jag har svårt att se att en annorlunda reglering av sanktionerna än vad som sålunda gäller enligt allmänna principer skulle vara påkallad. Framförallt torde de skäl som åberopats till stöd för införandet av en vitesklausul vad gäller parts avtalsbrott inte i samma utsträckning göra sig gällande i detta sammanhang. Någon särskild avtalsföreskrift i fråga om sanktioner vid skiljemäns åsidosättande av sekretessplikten torde således inte vara nödvändig.

En intressant fråga är vilken instans som är behörig att pröva en skadeståndstalan mot en skiljeman grundad på att skiljemannen åsidosatt sekretessen i skiljeförfarandet. Eftersom sekretessplikten enligt min mening följer av skiljemannaavtalet, vilket normalt saknar skiljeklausul, torde allmän domstol, snarare än skiljenämnd, vara behörig. Det är nämligen dels tveksamt om tvisten kan anses till sitt innehåll sådan att den omfattas av skiljeklausulen i avtalsparternas avtal, dels osäkert om skiljemannen såsom svarandepart i tvisten är bunden av nämnda skiljeklausul.⁴¹⁷

Det torde från partssynpunkt vara föga lämpligt att skiljedomen kan klandras av det skälet att skiljemännen åsidosatt sin tystnadsplikt. Avtalsregleringen av skiljemännens tystnadsplikt bör således inte utformas som en

således vara dispositivt. Det förefaller emellertid märkligt att ett yrkande i verkställighetsfrågan, vilket inte gäller den omtvistade saken, kan förvandla målet till ett mål "där förlikning om saken inte är tillåten". Även om man bortser från denna egendomlighet och accepterar att verkställighetsyrkandet i sig gör målet indispositivt, uppkommer problem i den nu diskuterade situationen. Kan part måhända framställa ett yrkande om vite vid en talan om fullgörelse av sekretessplikten och på grund av bristande skiljedomsförmåga hävda att allmän domstol är behörig instans? Detta synes knappast rimligt. Om problematiken, jfr Heuman, *Förbud*, s. 956 ff. Jag vill tillägga att jag för egen del finner det önskvärt att räckvidden av HD:s båda avgöranden begränsas till de lagrum som var aktuella i målet, d.v.s. 11 § FHL och 53 a § upphovsrättslagen.

⁴¹⁵ Se Cars, s. 69. Jfr *Arbitration in Sweden*, s. 82; Berglund, s. 35.

⁴¹⁶ Se Cars, s. 68.

⁴¹⁷ Om sekretessplikten emellertid, med stöd av principen om partsautonomi, anses följa direkt av parternas avtal finns större utrymme för att hävda att tvisten gäller tolkning och tillämpning av parternas avtal och således bör omfattas av skiljeklausulen.

behörighetsföreskrift, eftersom detta kan medföra att skiljedomen kan undanröjas i efterhand om det visar sig att en skiljeman inte under hela förfarandet uppfyllt den avtalade kvalifikationen att hemlighålla tvisten och därtill relaterade omständigheter.⁴¹⁸ Den föreslagna modellklausulen kan knappast tolkas som en sådan behörighetsföreskrift. Stycket om skiljemän innehåller dock även direktiv för tillvägagångssättet vid utseende av skiljeman, vars åsidosättande måhända skulle kunna utgöra grund för klandertalan.⁴¹⁹ Det bör mot denna bakgrund uttryckligen klargöras i sekretessklausulens stycke om skiljemän att åsidosättande därav ej skall utgöra grund för klander av skiljedom meddelad av skiljenämnden.

5.5.6 Förslag på avtalstext

De överväganden som gjorts i sanktionsfrågan motiverar att modellklausulen förses med ett särskilt stycke som reglerar påföljder i anledning av parternas brott mot sekretessklausulen. Vidare bör stycket om skiljemän kompletteras med en mening av det innehåll som diskuterats i föregående avsnitt.

5. Part som åsidosätter sina åtaganden enligt stycke 1-4 skall, även om uppsåt eller oaktsamhet ej kan läggas Parten till last, till den andra Parten utge ett vite om ## kronor i varje enskilt fall. Om den andra Parten kan visa att han lidit en skada som överstiger ett sålunda beräknat vite, har han rätt att utöver vitet erhålla skadestånd. [Ersättningsbeloppet kan jämkas nedåt, dock inte under ## kronor, om det visas att åsidosättandet är av ringa betydelse eller ursäktligt.] Att Part åsidosätter sina åtaganden skall inte utgöra grund för hävning av Avtalet eller del därav.
7. ... Underlåtenhet att iaktta bestämmelserna i detta stycke skall ej utgöra grund för ogiltighet eller upphävning av skiljedom meddelad av skiljenämnden.

För mindre avtal kan det, i linje med vad som framförts tidigare, anses försvarligt att påföljdsregleringen ges en förenklad utformning. De skäl som motiverar införandet av en vitesbestämmelse gör sig emellertid starkt gällande även i dessa fall.

5.6 Skiljedomsregler

5.6.1 Allmänt om betydelsen av skiljedomsreglementen

Avtalsparter kan, med stöd av principen om partsautonomi, i skiljeklausulen föreskriva att ett eventuellt skiljeförfarande skall följa något av de etablerade skiljedomsreglementen som finns att tillgå. Vissa av dessa

⁴¹⁸ Se Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 671.

⁴¹⁹ Jfr klandergrunden i 34 § första stycket, fjärde punkten LSF, vilken behandlas av Kvart & Olsson, s. 126 f.

skiljedomsreglementen (t.ex. UNCITRAL Arbitration Rules) är avsedda för ad hoc förfaranden. Flertalet skiljedomsreglementen har emellertid utarbetats av skiljedomsinstitut och är primärt avsedda för institutionella förfaranden som enligt parternas överenskommelse äger rum med institutionens biträde. Om parterna föreskrivit att handläggningen av ett skiljeförfarande skall följa ett visst skiljedomsreglemente, så kommer reglerna häri att fungera utfyllande och modifierande i förhållande till den tillämpliga nationella lagen.

Det förekommer att skiljedomsreglementen berör frågan om sekretessplikt relaterad till skiljeförfarandet.⁴²⁰ I den mån så är fallet kan den här föreslagna modellklausulen måhända synas delvis överflödig. Det finns således anledning att undersöka i vilken utsträckning en justering av klausulen, eller utelämnande därav, är påkallad med hänsyn till parternas val av skiljedomsreglemente. Relevanta utdrag ur de skiljedomsreglementen som behandlas i det följande står att finna i bilaga A.

5.6.2 Skiljedomsreglementen med ringa reglering av sekretessfrågan

De skiljedomsregler som tillhandahålls av *Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut*⁴²¹ saknar helt reglering av frågan om tystnadsplikt för parterna i tvisten.⁴²² Visserligen talas i § 9 och § 20 om iakttagande av sekretess. Dessa stadganden avser emellertid endast skiljedomsinstitutets respektive skiljemännens handläggning, inte parternas agerande.⁴²³ Det står mot denna bakgrund klart att behovet av en uttrycklig sekretessklausul relaterad till skiljeförfarande ingalunda bortfaller genom att skiljeklausulen förses med en föreskrift enligt vilken förfarandet skall följa institutets skiljedomsregler. En sekretessklausul motsvarande den av mig föreslagna modellklausulen bör således användas även i dessa fall. Möjligen kan dock stycket om skiljemäns sekretessplikt undvaras med beaktande av § 20 i skiljedomsreglementet. Detta förutsätter dock att man tolkar föreskriften att

⁴²⁰ En särskild fråga är om parterna genom att förse skiljeklausulen med en hänvisning till ett visst skiljedomsreglemente kan binda skiljemännen vid en i detta reglemente uttalad sekretessplikt. Av diskussionen i avsnitt 5.3.3 framgår att man kanske måste kräva ett åtminstone implicit förhandsgodkännande från skiljemännens sida av en sådan förpliktelse. När sekretessföreskriften finns i ett skiljedomsreglemente bör dock möjligen en skiljeman som åtar sig uppdraget vara bunden av skiljedomsreglementet i dess helhet, inklusive sekretessföreskriften, även om skiljemannen ej på förhand brytt sig om att ta reda på huruvida parterna i skiljeklausulen hänvisat till ett skiljedomsreglemente. Jfr Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 23 f.

⁴²¹ Regler för Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut. Antagna av Stockholms Handelskammare och i kraft fr.o.m. den 1 april 1999.

⁴²² Jfr Bagner, *Confidentiality Conundrum*, s. 22; Bagner, *Fundamental Principle*, s. 244; Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 671 f.

⁴²³ Heuman, *Tystnadsplikt*, s. 671 f., tycks ha förbisett § 20. Reid, s. 57, nämner möjligheten att stadgandet skulle kunna göra skiljenämnden benägen att utfärda riktlinjer i frågan om sekretess. Reid tycks mena att sådana riktlinjer skulle vara bindande för parterna.

skiljenämnden skall handlägga saken med iakttagande av sekretess såsom innefattande en generell tystnadsplikt för skiljemännen.

ICC Rules of Arbitration,⁴²⁴ d.v.s. de skiljedomsregler som tillhandhålls av Internationella Handelskammaren, innehåller vissa föreskrifter om sekretess. I samband med att nya regler utarbetades, vilka sedermera antogs år 1997, diskuterades införandet av en allmän bestämmelse om generell sekretessplikt för parterna.⁴²⁵ Generell sekretessplikt infördes dock aldrig, mycket beroende på svårigheterna att enas om vilka undantag från sekretessplikten som borde medges.⁴²⁶ Istället infördes i artikel 20(7) en föreskrift som ger skiljenämnden rätt att vidta åtgärder, företrädesvis meddela förelägganden, för att skydda affärshemligheter och konfidentiell information. Med stöd av denna bestämmelse kan skiljenämnden i lämplig utsträckning förordna om sekretess rörande inlagor, vittnesutsagor, skiljedomen och annan information relaterad till skiljeförfarandet.⁴²⁷ Den rättsliga betydelsen av ett sådant förordnande får emellertid anses osäker.⁴²⁸ Utöver artikel 20(7) bör nämnas att skiljedomsinstitutet, *ICC Court of Arbitration*, har att iakttä sekretess enligt sina stadgar och interna regler.⁴²⁹ Enligt min mening är de sålunda beskrivna föreskrifterna om sekretess ingalunda tillräckliga för att utesluta behovet av en uttrycklig sekretessklausul i parternas avtal. Sekretessplikt enligt artikel 20(7) inträder först efter förordnande av skiljenämnden och ett sådant förordnandes rättsverkan är vidare oklar. En sekretessklausul relaterad till skiljeförfarande är således motiverad oberoende av att skiljeklausulen hänvisar till *ICC Rules of Arbitration*.

*UNCITRAL Arbitration Rules*⁴³⁰ innehåller i artikel 32(5) en föreskrift enligt vilken skiljedomen endast får offentliggöras med båda parternas samtycke. I övrigt regleras frågan om sekretess överhuvudtaget ej i skiljedomsreglementet. Eftersom det från partssynpunkt önskvärda sekretessobjektet (se avsnitt 5.2.2) går utöver skiljenämndens slutliga avgörande i målet kan det inte råda någon tvekan om att behov av en särskild sekretessklausul i parternas avtal föreligger även då parterna överenskommit att förfarandet skall följa *UNCITRAL Arbitration Rules*. Någon justering av modellklausulen kan knappast heller sägas vara motiverad av det faktum att detta skiljedomsreglemente väljs.

⁴²⁴ Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce. I kraft fr.o.m. 1 januari 1998.

⁴²⁵ Se Craig m.fl., s. 313 f.

⁴²⁶ Se Derains & Schwartz, s. 12 f., s. 263 f.

⁴²⁷ Se *ibid.*, s. 264 f. Jfr Craig m.fl., s. 314.

⁴²⁸ Jfr Derains & Schwartz., s. 265.

⁴²⁹ Se *ICC Rules of Arbitration Appendix I*, artikel 6 samt *Appendix II*, artikel 1. Jfr Derains & Schwartz, s. 263; Hjerner m.fl., s. 127. Denna sekretessplikt gäller endast domstolens medlemmar och sekretariatet. Jfr *United States v. Panhandle*.

⁴³⁰ Antagna 15 december 1976.

Det skiljedomsreglemente för internationella skiljeförfaranden som tillhandahålls av *American Arbitration Association (AAA)*⁴³¹ innehåller två stadganden av särskild relevans för frågan om sekretess. I artikel 27(4) föreskrivs att en skiljedom endast får offentliggöras med parternas samtycke eller i enlighet med krav grundade på lag. Denna föreskrift torde rikta sig till såväl parterna som skiljemännen. I artikel 34 föreskrivs vidare en i objektivt hänseende generell sekretessplikt relaterad till skiljeförfarandet, riktad till skiljemännen samt administrerande skiljedomsinstitut. Däremot gäller bestämmelsen inte parterna.⁴³² Att skiljeförfarandet följer AAA:s skiljedomsreglemente är således normalt inte tillräckligt för att tillgodose parternas sekretessbehov, såsom det tidigare fastställts. En sekretessklausul motsvarande den av mig föreslagna modellklausulen är trots allt att rekommendera. Eftersom skiljemännen är underkastade en generell tystnadsplikt enligt AAA:s skiljedomsreglemente torde dock modellklausulens stycke om skiljemän kunna undvaras.

5.6.3 Skiljedomsreglementen med utförlig reglering av sekretessfrågan

*LCIA Rules*⁴³³ innehåller utförliga regler om sekretess i skiljeförfarande, vilka införts som en följd av den internationella osäkerhet som uppstod i kölvattnet av *Esso/BHP v. Plowman*. Parterna är enligt artikel 30.1 underkastade en generell sekretessplikt, som omfattar skiljenämndens avgöranden, material som skapats för skiljeförfarandet samt av parterna framlagda dokument. Undantag medges för avslöjanden som krävs för att uppfylla en rättslig skyldighet, för att skydda eller genomdriva en rättighet eller för att klandra en skiljedom. Skiljenämndens ledamöter är enligt artikel 30.2 skyldiga att iaktta sekretess beträffande vad som förevarit vid skiljenämndens överläggningar. De utförliga sekretessföreskrifterna innebär att en hänvisning i skiljeklausulen till *LCIA Rules* måhända kan sägas onödig göra införandet av en särskild sekretessklausul motsvarande den av mig föreslagna modellklausulen. Parter och ombud bör dock uppmärksamma att sekretessregleringen i *LCIA Rules* dels inte går lika långt som den förslagna modellklausulen, dels förbigår vissa frågor. Det kan sålunda konstateras att det blotta faktum att ett skiljeförfarande pågår inte tycks omfattas av sekretessobjektet i artikel 30.1. Vad gäller skiljenämndens ledamöter innebär artikel 30.2 endast en uttryckligt föreskriven sekretessplikt för skiljenämndens överläggningar. Skiljenämndens tystnadsplikt i övrigt regleras ej. Artikel 30 saknar vidare uttryckliga regler om ansvar för anställda, konsulter etc. Slutligen saknar artikel 30 helt reglering av sanktionsfrågan.

⁴³¹ The International Arbitration Rules of the American Arbitration Association. Såsom ändrade och ikraftträdde 1 november 2001.

⁴³² Jfr Bagner, *Confidentiality Conundrum*, s. 22; Bagner, *Fundamental Principle*, s. 245; A. Edwards, s. 94 f.

⁴³³ The Rules of the London Court of International Arbitration. Såsom ändrade och ikraftträdde fr.o.m. 1 januari 1998.

Det internationella skiljedomsreglemente som innehåller de mest utförliga reglerna om sekretess i skiljeförfarande är *WIPO Arbitration Rules*,⁴³⁴ ett skiljedomsreglemente avsett för skiljetvister inom det immaterialrättsliga området. Detaljerad reglering av frågan om sekretess återfinns i artiklarna 73-76. Artikel 73 ålägger till att börja med parterna en skyldighet att hemlighålla skiljeförfarandets existens. Parterna är vidare enligt artikel 74 skyldiga att iaktta sekretess beträffande skriftlig och annan bevisning som man får kännedom om uteslutande genom sitt deltagande i skiljeförfarandet. Slutligen skall parterna enligt artikel 75 behandla skiljedomen som konfidentiell. Parternas sekretessplikt enligt artiklarna 73-75 är försedd med ett antal vederbörligen angivna undantag. Skiljemännens och skiljedomsinstitutets tystnadsplikt regleras i artikel 76, som ålägger de nämnda subjekten att iaktta sekretess rörande skiljeförfarandet, skiljedomen samt bevisning som framlagts under förfarandet.

WIPO Arbitration Rules reglering av frågan om sekretess motsvarar till sitt innehåll i stor utsträckning den av mig föreslagna modellklausulen, även om strukturen och uppbyggnaden är en annan. Sekretessobjektet i skiljedomsreglementet tycks vara i det närmaste identiskt med sekretessobjektet i modellklausulen. I subjektivt hänseende omfattar skiljedomsreglementet, liksom modellklausulen, såväl parter som skiljemän. Part ansvarar enligt WIPO Arbitration Rules artikel 74(b), liksom enligt modellklausulen, för att av part åberopade vittnen som förses med insyn i materialet i skiljeförfarandet iakttar sekretess. En skillnad är dock att WIPO Arbitration Rules saknar uttryckliga regler om parts ansvar för anställda, konsulter m.fl. De i skiljedomsreglementet medgivna undantagen från sekretessplikten avviker vidare i viss utsträckning innehållsmässigt från de undantag som gäller enligt modellklausulen. Sålunda medger t.ex. WIPO Arbitration Rules artikel 73(b) att parternas identitet och begärt rättsmedel avslöjas för tredje man för att uppfylla en parten åvilande lojalitetsplikt. Det kan också konstateras att skiljedomsreglementets sekretessregler förbigår sanktionsfrågan. Sammantaget är det dock min uppfattning att WIPO Arbitration Rules innehåller en i många fall ändamålsenlig reglering av frågan om sekretess i skiljeförfarande. I den mån parterna i ett avtal inom det immaterialrättsliga området väljer att förse skiljeklausulen med en hänvisning till WIPO Arbitration Rules finner jag det således onödigt att komplettera skiljeklausulen med sekretessföreskrifter motsvarande den här föreslagna modellklausulen. Möjligen bör parterna dock överväga att reglera sanktionsfrågan, eftersom denna fråga ej besvaras av det valda skiljedomsreglementet.

⁴³⁴ The Arbitration Rules of the World Intellectual Property Organization.

5.6.4 Slutsatser beträffande betydelsen av skiljedomsreglementen

I de föregående avsnitten har de skiljedomsreglementen som får antas vara mest frekvent använda i svenska och internationella kommersiella skiljeförfaranden behandlats. Genomgången ger stöd för slutsatsen att det förhållandet att skiljeförfarandet följer ett skiljedomsreglemente sällan utesluter eller minskar behovet av en sekretessklausul motsvarande den här föreslagna modellklausulen. Även om skiljeklausulen hänvisar till *ICC Rules of Arbitration* eller *UNCITRAL Arbitration Rules*, torde således en sekretessklausul motsvarande modellklausulen vara motiverad. Om skiljeklausulen hänvisar till *Regler för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut* eller *AAA International Arbitration Rules* är likaledes en särskild sekretessklausul motiverad, men i dessa fall kan modellklausulens stycke om skiljemän, i det förra fallet med reservation för vad som anförs i avsnitt 5.6.2, strykas. Om skiljeklausulen hänvisar till *LCIA Rules* får parterna i det enskilda fallet ta ställning till om en särskild sekretessklausul kan undvaras. De bör härvid uppmärksamma att skyddet enligt *LCIA Rules* ej är lika långtgående som enligt den föreslagna modellklausulen. Om skiljeklausulen slutligen hänvisar till *WIPO Arbitration Rules* bortfaller behovet av en särskild sekretessklausul, med reservation för att parterna kan vilja reglera sanktionsfrågan. Vad gäller övriga skiljedomsreglementen får parterna i det enskilda fallet undersöka reglementets föreskrifter för att kunna bedöma hur behovet av en särskild sekretessklausul påverkas.⁴³⁵

⁴³⁵ Att en särskild sekretessklausul motsvarande modellklausulen krävs även om skiljeklausulen hänvisar till *ECE Arbitration Rules* framgår av *Bulbank* (se avsnitt 2.1.2). Se i övrigt sammanställningen hos Lew, s. 292 ff. Jfr även A. Edwards, s. 95.

6 Konklusioner och avslutande diskussion

6.1 Återknytning till arbetets syftesformulering

I avsnitt 1.2 angavs som primärt syfte för förevarande arbete att fylla det praktiska affärlivets behov av vägledning i frågan om sekretess i skiljeförfarande genom att tillhandahålla en praktisk inriktad handledning vilande på en grundlig rättslig analys. Det finns anledning att avsluta arbetet genom att återknytta till det sålunda formulerade syftet.

Arbetet sades för det första syfta till att utreda huruvida det är motiverat att komplettera skiljeklausuler i kommersiella avtal med särskilda sekretessklausuler specifikt relaterade till och skraddarsydda för skiljeförfarande.

Den genomförda undersökningen av gällande svensk rätt har visat att part i skiljeförfarande inte är underkastad en rättsligt sanktionerad sekretessplikt i avsaknad av särskilt avtal därom. För att säkerställa att tystnadsplikt åvilar båda parter i en eventuell skiljetvist är det således nödvändigt att förse avtalet med särskilda föreskrifter om sekretess. Undersökningen av gällande rätt i viktigare utländska rättssystem har visat ett mellan länderna divergerande rättsläge i frågan om sekretess i skiljeförfarande. Vidare är, i de rättssystem som erkänner en allmän tystnadsplikt för part i skiljeförfarande, de närmare gränserna härför osäkra. Om sekretess är viktigt för parterna är det således även i internationella sammanhang motiverat att ingå avtal om tystnadsplikt för part för att undanröja rättsosäkerhet. Undersökningen har vidare visat att det i allmänhet ligger i båda parter intresse vid tiden för avtalsslutet att ett eventuellt framtida skiljeförfarande skall präglas av avskildhet och förtrolighet. Utredningen ger också stöd för att det, utifrån ett ombudsperspektiv, normalt inte är tillrådligt att härvidlag förlita sig på affärlivets inneboende mekanismer och eventuell förekommande hederskodex. Inte heller bör man i allmänhet förlita sig på allmänna sekretessklausuler gällande avtalsrelationen som helhet. Den genomförda analysen ger således stöd för konklusionen att det ofta är motiverat att förse skiljeklausuler i kommersiella avtal med sekretessföreskrifter specifikt relaterade till och skraddarsydda för skiljeförfarande.

Vidare uppgavs i avsnitt 1.2 arbetet för det andra syfta till att utreda hur sekretessklausuler relaterade till skiljeförfarande lämpligen bör utformas för att fungera ändamålsenligt.

Utredningen har härvidlag resulterat i utförliga riktlinjer för parter och ombud. Undersökningen har visat att skriftlig form för sekretessklausulen inte är nödvändig men starkt att rekommendera. Det har vidare konstaterats att parterna vid utformningen av sekretessklausulen bör måna om tydlighet och klarhet, inte minst i förhållande till bestämningen av sekretessobjekt, sekretesssubjekt, undantag och sanktioner. Den genomförda ändamålsdiskussionen ger stöd för uppfattningen att en detaljerad utformning av sekretessklausulen ofta är att föredra. En ingående reglering ökar förutsebarheten och möjliggör en anpassning efter de särskilda förhållanden som gör sig gällande i samband med skiljeförfarande. Undersökningen har vidare visat att rättsläget i fråga om lagval är oklart och att det mot denna bakgrund är motiverat att förse sekretessklausulen med en uttrycklig föreskrift om tillämplig lag. Utredningen har också fastslagit att det finns inskränkningar i avtalsfriheten, men att, vad gäller svensk rätt, även avtal utanför FHL:s tillämpningsområde äger giltighet. Undersökningen har slutligen på ett ingående sätt behandlat de särskilda problem som måste övervägas vid den närmare utformningen av sekretessklausulen, såsom sekretessobjekt, otillåtna angrepp, sekretesssubjekt, undantag, sanktioner och betydelsen av tillämpligt skiljedomsreglemente. Dessa överväganden bör kunna tjäna som vägledning för det praktiska affärs- och rättslivets aktörer. De har också möjliggjort en konklusion i frågan hur en sekretessklausul relaterad till skiljeförfarande lämpligen bör utformas. Denna konklusion kommer till uttryck i den modellklausul som utarbetats löpande och läggs fram i sin helhet i nästföljande avsnitt.

6.2 Modellklausul

Den modellklausul som läggs fram i detta avsnitt bygger på de överväganden som gjorts i kapitel 5 och motsvarar de där framlagda delförslagen. Som klargjorts i avsnitt 1.3 har ambitionen varit att utarbeta en sekretessklausul som är internationellt gångbar, om än primärt anpassad till svenska rättsförhållanden. Denna ambition motiverar att modellklausulen tillhandahålls i en svenskspråkig och en engelskspråkig version. Närmast följer den svenskspråkiga versionen.

§ ## Åtagande om sekretess i skiljeförfarande

1. Parterna åtar sig att inte för tredje man yppa konfidentiell information relaterad till ett pågående eller avslutat skiljeförfarande enligt § ##.
2. Med tredje man avses varje person, fysisk eller juridisk, med undantag för
 - a) Parterna och deras ställföreträdare;
 - b) Parternas anställda och av Parterna anlidade konsulter, i den mån det är nödvändigt för dessa personer att känna till konfidentiell information;
 - c) Parternas ombud;
 - d) skiljenämndens ledamöter; samt
 - e) personer vilka i skiljeförfarandet åberopas som vittnen eller sakkunniga, i den mån det är nödvändigt för dessa att känna till konfidentiell information.

3. Med konfidentiell information avses
 - a) upplysning om att det pågår eller har pågått ett skiljeförfarande mellan Parterna, förutsatt att upplysningen är så preciserad att Parterna kan identifieras;
 - b) skriftlig eller muntlig bevisning, inklusive vittnesmål, vilken lagts fram inför skiljenämnden;
 - c) sakuppgifter som av Parterna anförts inför skiljenämnden, oavsett om detta skett muntligen eller skriftligen; samt
 - d) skiljenämndens avgöranden, oavsett om dessa meddelats i form av skiljedom eller beslut och oavsett om de avser den omtvistade saken, intermistiska åtgärder eller processuella frågor.

Information som är allmänt känd eller kommer till allmän kännedom på annat sätt än genom brott mot detta avtal skall inte anses utgöra konfidentiell information. Information av det slag som anges i punkterna b och c skall anses utgöra konfidentiell information endast i förhållande till personer vars kännedom om omständigheterna ifråga uppkommit uteslutande på grund av personens medverkan i skiljeförfarandet.

4. Åtagandet i första stycket skall inte utgöra hinder för att konfidentiell information yppas i den mån
 - a) båda Parterna har samtyckt därtill;
 - b) det är nödvändigt för att uppfylla upplysningsplikt, vilken grundas på lag, [avtal om notering vid börs, försäkringsavtal, eller avtal med person som ställt säkerhet för Parts förpliktelser enligt Avtalet];
 - c) det är nödvändigt för att Part eller skiljenämndens ledamöter skall kunna, i fall då det är skäligen befogat, utnyttja de möjligheter att vända sig till allmän domstol vilka ges i de procedurregler som skiljeförfarandet följer;
 - d) det är nödvändigt för att genom exekutiv myndighets försorg erhålla verkställighet av skiljedom eller beslut som den förpliktade vägrat uppfylla frivilligt;
 - e) det är skäligen påkallat som ett led i förhandlingar om försäljning av Parten eller Partens rörelse (due diligence);
 - f) det är nödvändigt för att skydda eller genomdriva rättigheter mot annan än Part; eller
 - g) det är nödvändigt för att Part skall kunna inför behörigt organ föra talan i fråga om åsidosättande av åtaganden enligt denna paragraf.
5. Part som åsidosätter sina åtaganden enligt stycke 1-4 skall, även om uppsåt eller oaktsamhet ej kan läggas Parten till last, till den andra Parten utge ett vite om ## kronor i varje enskilt fall. Om den andra Parten kan visa att han lidit en skada som överstiger ett sålunda beräknat vite, har han rätt att utöver vitet erhålla skadestånd. [Ersättningsbeloppet kan jämkas nedåt, dock inte under ## kronor, om det visas att åsidosättandet är av ringa betydelse eller ursäktligt.] Att Part åsidosätter sina åtaganden skall inte utgöra grund för hävning av Avtalet eller del därav.
6. Varje Part ansvarar för att Partens anställda, konsulter, styrelseledamöter och ombud, samt av Parten åberopade vittnen och sakkunniga, iakttar sekretessplikt motsvarande vad som enligt stycke 1-4 krävs av Parterna. För åsidosättande av sekretess hänförligt till någon i den angivna personkretsen ansvarar Parten enligt stycke 5 som om åsidosättandet vore utfört av Parten själv.
7. Skiljenämndens ledamöter är skyldiga att iaktta sekretessplikt motsvarande vad som enligt stycke 1-4 krävs av Parterna. Part eller skiljemän som har att utse en skiljeman skall tillse att denne erhåller kännedom om denna föreskrift innan han accepterar skiljemannauppdraget. Underlåtenhet att iaktta bestämmelserna

i detta stycke skall ej utgöra grund för ogiltighet eller upphävning av skiljedom meddelad av skiljenämnden.

8. Denna klausul skall ifråga om giltighet, verkan och tolkning vara underkastad svensk rätt.

Nedan följer så den engelskspråkiga versionen av modellklausulen. Det är visserligen inte tal om en ordagrann översättning av den svenskspråkiga versionen, men innehållsmässigt är klausulerna överensstämmande. Den engelskspråkiga versionen torde framförallt bli aktuell att använda i fall med internationell dimension, d.v.s. i första hand fall då endera parten, eller båda, är hemmahörande i annat land än Sverige. Val av tillämplig lag har av denna anledning lämnats till parterna.

Article ## Undertaking of confidentiality in arbitration

1. The Parties undertake to not disclose to any Third party Confidential Information related to an ongoing or ended arbitration under article ##.
2. Third Party shall mean any person, natural or juridical, with the exception of
 - a) the Parties and their legal representatives;
 - b) employees and consultants of the Parties, to the extent that it is necessary for them to have knowledge of Confidential information;
 - c) counsel for the Parties;
 - d) members of the arbitral tribunal; and
 - e) persons who in the arbitration proceedings are called as witnesses or experts, to the extent that it is necessary for them to have knowledge of Confidential information.
3. Confidential information shall mean
 - a) information that an arbitration between the Parties is ongoing or has taken place, provided the information is sufficiently precise to render identification of the Parties possible;
 - b) written or oral evidence given in the arbitration proceedings;
 - c) factual information put forward by the Parties in the arbitration proceedings, whether orally or in written statements; and
 - d) awards and other decisions of the arbitral tribunal, including orders of interim or conservatory measures and decisions in procedural questions.

Information which is known or become known in full detail to the public other than by breach of the Agreement shall not be considered as Confidential information. Information of the kind referred to under b and c above shall be considered as Confidential information only in relation to persons whose access to such information arises exclusively as a result of their participation in the arbitration.

4. Notwithstanding paragraphs (1-3), the Parties shall be free to disclose Confidential information to the extent that
 - a) both Parties have consented thereto;
 - b) it is necessary to fulfill an obligation to disclose, based on law, [stock exchange listing agreement or listing rules, contract of insurance or contract with person who has provided security or guarantee for the proper fulfilment by a Party of its obligations under the Agreement];
 - c) it is necessary in connection with bona fide legal proceedings before a state court initiated and conducted in accordance with the procedural rules governing the arbitration proceedings;

- d) it is necessary in connection with an action for enforcement of an award or other decision of the arbitral tribunal, brought before a competent authority following refusal of the obligee to perform voluntarily;
 - e) it is reasonably called for in connection with merger or acquisition negotiations in which the Party or the business of the Party is the object (due diligence);
 - f) it is necessary in order to protect or pursue legal rights against a person other than the Parties; or
 - g) it is necessary in order for a Party to be able to bring, before a competent body, an action regarding breach of confidentiality obligations under this article.
5. In the event that a Party should commit a breach of its obligations under paragraphs (1-4), the Party shall, even if intent or negligence cannot be proven, be liable to pay the other party liquidated damages of ## in each case. If the other Party proves that the actual injury corresponds to a greater amount than the agreed liquidated damages, the other Party may claim larger damages. [The damages may be adjusted to a smaller amount, however not below ##, if it is proven that the breach of confidentiality is clearly insignificant or excusable.] Breach of confidentiality obligations under this article shall not warrant termination of the Contract.
6. Each Party shall see to it that the employees, consultants and board members of the Party, counsel for the Party as well as witnesses and experts called by the Party, maintain confidentiality corresponding to what is required of the Parties under paragraphs (1-4). For breach of confidentiality attributable to any of the said persons, the Party in question shall be liable under paragraph (5) as if the breach was committed by the Party itself..
7. Members of the arbitral tribunal are obliged to maintain confidentiality corresponding to what is required of the Parties under paragraphs (1-4). A Party, an arbitrator or arbitrators, who is/are assigned the task of appointing a member of the arbitral tribunal, shall see to it that the prospective arbitrator is informed of the stipulations of this paragraph before accepting the appointment as arbitrator. Failure to comply with this paragraph shall not constitute grounds for invalidity of an award or setting aside an award made by the arbitral tribunal.
8. This article shall as to validity, effect and construction be governed by the substantive law of [...].

Som påpekats flera gånger tidigare är den sålunda föreslagna modellklausulen avsedd för större, komplexa avtal. För mindre och enklare avtal, samt avtal vars innehåll är sådant att sekretessfrågan anses mindre betydelsfull, kan en simplificerad, allmänt hållen sekretessklausul anses mera lämplig. En sådan klausul kan, i linje med de överväganden som kortfattat uttryckts i anslutning till delförslagen i kapitel 5, t.ex. utformas som ett tilläggsstycke i skiljeklausulen med följande lydelse.

Parterna åtar sig att inte för utomstående yppa konfidentiell information relaterad till ett pågående eller avslutat skiljeförfarande, annat än i den utsträckning båda Parterna har samtyckt därtill, det är nödvändigt för att uppfylla laggrundad upplysningsplikt eller det eljest är skäligen påkallat. Med konfidentiell information avses (a) upplysning om att det pågår eller har pågått ett skiljeförfarande mellan Parterna, förutsatt att upplysningen är så preciserad att Parterna kan identifieras, (b) bevisning som lagts fram inför skiljenämnden, (c) sakuppgifter som av Parterna anförts inför

skiljenämnden, samt (d) skiljenämndens avgöranden. Parts sekretessplikt skall dock inte omfatta information som är känd för Parten oberoende av Partens medverkan i skiljeförfarandet. Part som åsidosätter sitt åtagande enligt detta stycke skall till den andra Parten utge ett vite om ## kronor i varje enskilt fall. Skiljenämndens ledamöter är skyldiga att iakttä sekretessplikt motsvarande vad som krävs av Parterna.

Om även denna klausul anses alltför utförlig, med beaktande av avtalets utformning i övrigt, kan definitionen av sekretessobjektet helt utelämnas. Resultatet blir då följande.

Parterna åtar sig att inte för utomstående yppa något rörande ett pågående eller avslutat skiljeförfarande, annat än i den utsträckning båda Parterna har samtyckt därtill, det är nödvändigt för att uppfylla laggrundad upplysningsplikt eller det eljest är skäligen påkallat. Part som åsidosätter sitt åtagande enligt detta stycke skall till den andra Parten utge ett vite om ## kronor i varje enskilt fall. Skiljenämndens ledamöter är skyldiga att iakttä sekretessplikt motsvarande vad som krävs av Parterna.

Det bör uppmärksammas att en förenklad klausul av detta slag är förenad med flera nackdelar jämfört med den ovan föreslagna modellklausulen. Hänvisningen till "utomstående" i det grundläggande åtagandet öppnar för tolkningsproblem. Frånvaron av precision i bestämningen av sekretessobjektet leder till osäkerhet om sekretesspliktens omfattning. Undantagsregleringen är allmänt hållen vilket minskar förutsebarheten och ökar risken för tolkningstvister. Sanktionsregleringen är knapphändig och utesluter inte hävning som tänkbar påföljd. Vidare saknas avtalsreglering om åsidosättanden av sekretess hänförliga till anställda, konsulter och styrelseledamöter, vilket öppnar för rättsosäkerhet. Det är mot denna bakgrund viktigt att en simplificerad klausul av detta slag endast används i fall då det är motiverat med hänsyn till hur avtalet i övrigt är formulerat. För större, komplexa avtal bör normalt en avtalsreglering i linje med den föreslagna modellklausulen istället användas.

6.3 Slutord

Som påpekats vid flera tillfällen tidigare bör den föreslagna modellklausulen inte oreflekterat införas i ett avtal utan närmare överväganden. Ett antal ställningstaganden måste göras av parterna och deras ombud i det enskilda fallet. Det bör till att börja med hållas i minne att det undantagsvis kan tänkas att ett sådant fall är för handen, i vilket sekretess inte är motiverad ur partssynpunkt (se avsnitt 4.1.1). Även om något sådant undantagsfall inte finnes vara aktuellt kan tänkas att den föreslagna modellklausulen framstår som mindre passande eftersom avtalet är av enklare karaktär. Det kan också tänkas att avtalets innehåll är sådant att frågan om sekretess bedöms vara av mer begränsad betydelse. Parterna och ombuden bör i sådana situationer måhända välja en förenklad och mera allmänt hållen sekretessklausul. Även om den här föreslagna modellklausulen synes lämplig i det enskilda fallet, med hänsyn tagen till avtalets innehåll och omfattning, så återstår flera

överväganden. De särskilda problem som är förknippade med utformningen av undantagsbestämmelserna (se avsnitt 5.4) motiverar att parterna och deras ombud överväger huruvida den särskilda avtalssituationen i det individuella fallet kan påkalla ytterligare undantag. Framförallt bör uppmärksamhet härvid ges frågan om undantag för upplysningsplikt grundad på avtal, varvid varje part bör begrunda huruvida han är eller kan tänkas bli bunden av avtalsgrundad uppgiftsskyldighet som är i konflikt med den i modellklausulen föreskrivna sekretessplikten. Parterna och deras ombud bör också uppmärksamma sanktionsfrågan. Det kan tänkas att man finner det motiverat att, till skillnad från modellklausulen, begränsa högsta möjliga ersättning till det fastställda vitesbeloppet. Huruvida man vill inkludera en jämningsbestämmelse eller ej är vidare, som poängterats i avsnitt 5.5.3, en fråga som måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Slutligen måste parterna bestämma ett vitesbelopp som är lämpligt utifrån avtalsrelationens närmare förhållanden. Ett antal överväganden, av mer eller mindre betydelsefull art, kan således vara påkallade i det enskilda fallet.

Överväganden av parter och ombud i frågan om sekretess i skiljeförfarande kommer således att vara nödvändiga trots förekomsten av på förhand utarbetade modeller för avtalsreglering. Att frågan om avtalsreglering av sekretess i skiljeförfarande uppmärksammas i ett arbete som detta och att en modellklausul utarbetas för framtida användning, kan dock förhoppningsvis öka medvetenheten om den aktuella problematiken i affärlivet i allmänhet och bland aktörer i kommersiella skiljeförfaranden i synnerhet.⁴³⁶ Parter och ombud kan förmås inse vikten av att uppmärksamma frågan om sekretess i skiljeförfarande redan vid upprättande av det avtal som innehåller skiljeklausulen. Det är också min förhoppning och förmodan att den i detta arbete föreslagna modellklausulen härvid kan underlätta för parter och ombud genom att tjäna som utgångspunkt för avtalsskrivningen.

⁴³⁶ Jfr Bagner, *Confidentiality Conundrum*, s. 23.

Bilaga A Utdrag ur skiljedomsreglementen

Regler för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut

§ 9 Institutets handläggning

Institutets handläggning skall ske opartiskt, ändamålsenligt, snabbt och med iakttagande av sekretess.

§ 20 Skiljenämndens handläggning

Skiljenämnden skall handlägga saken opartiskt, ändamålsenligt, snabbt och med iakttagande av sekretess. Parterna skall beredas tillfälle att i behövlig omfattning utföra sin talan.

Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce

Article 20(7)

The Arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidential information.

Appendix I, Article 6 Confidentiality

The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to the materials submitted to the Court and its Secretariat.

UNCITRAL Arbitration Rules

Article 32(5)

The award may be made public only with the consent of both parties.

The International Arbitration Rules of the American Arbitration Association

Article 27(4)

An award may be made public only with the consent of all parties or as required by law.

Article 34

Confidential information disclosed during the proceedings by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the administrator. Unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award.

The Rules of the London Court of International Arbitration

Article 30 Confidentiality

- 30.1 Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain - save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority.
- 30.2 The deliberations of the Arbitral Tribunal are likewise confidential to its members, save and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12 and 26.
- 30.3 The LCIA Court does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal.

The Arbitration Rules of the World Intellectual Property Organization

Article 73 Confidentiality of the Existence of the Arbitration

(a) Except to the extent necessary in connection with a court challenge to the arbitration or an action for enforcement of an award, no information concerning the existence of an arbitration may be unilaterally disclosed by a party to any third party unless it is required to do so by law or by a competent regulatory body, and then only

(i) by disclosing no more than what is legally required, and

(ii) by furnishing to the Tribunal and to the other party, if the disclosure takes place during the arbitration, or to the other party alone, if the disclosure takes place after the termination of the arbitration, details of the disclosure and an explanation of the reason for it.

(b) Notwithstanding paragraph (a), a party may disclose to a third party the names of the parties to the arbitration and the relief requested for the purpose of satisfying any obligation of good faith or candor owed to that third party.

Article 74 Confidentiality of Disclosures Made During the Arbitration

(a) In addition to any specific measures that may be available under Article 52, any documentary or other evidence given by a party or a witness in the arbitration shall be treated as confidential and, to the extent that such evidence describes information that is not in the public domain, shall not be used or disclosed to any third party by a party whose access to that information arises exclusively as a result of its participation in the arbitration for any purpose without the consent of the parties or order of a court having jurisdiction.

(b) For the purposes of this Article, a witness called by a party shall not be considered to be a third party. To the extent that a witness is given access to evidence or other information obtained in the arbitration in order to prepare the witness's testimony, the party calling such witness shall be responsible for the maintenance by the witness of the same degree of confidentiality as that required of the party.

Article 75 Confidentiality of the Award

The award shall be treated as confidential by the parties and may only be disclosed to a third party if and to the extent that

(i) the parties consent, or

(ii) it falls into the public domain as a result of an action before a national court or other competent authority, or

(iii) it must be disclosed in order to comply with a legal requirement imposed on a party or in order to establish or protect a party's legal rights against a third party.

Article 76 Maintenance of Confidentiality by the Center and Arbitrator

(a) Unless the parties agree otherwise, the Center and the arbitrator shall maintain the confidentiality of the arbitration, the award and, to the extent that they describe information that is not in the public domain, any documentary or other evidence disclosed during the arbitration, except to the extent necessary in connection with a court action relating to the award, or as otherwise required by law.

(b) Notwithstanding paragraph (a), the Center may include information concerning the arbitration in any aggregate statistical data that it publishes concerning its activities, provided that such information does not enable the parties or the particular circumstances of the dispute to be identified.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop. 1979/80:2 Del A, med förslag till sekretesslag m.m.

Prop. 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter.

Prop. 1975:103 med förslag till ny aktiebolagslag, m.m.

Bet. 1988/89:LU30

Bet. 1989/90:LU37

SOU 1983:52, Företagshemligheter. Betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter.

SOU 1995:65, Näringslivets tvistlösning.

Bokföringsnämndens uttalande 96:6. Förvaltningsberättelsens innehåll. (BFN U 96:6).

Rättsfall

Sverige

NJA 1981 s. 1129 [avsnitt 5.5.2, 5.5.4].

NJA 1990 s. 338 [avsnitt 5.5.2].

NJA 1998 s. 633 [avsnitt 4.4.1, 5.5.1].

NJA 2000 s. 435 I och II [avsnitt 5.5.4].

NJA 2000 s. 538 [avsnitt 2.1.2 m.fl.].

AD 1977 nr 14 [avsnitt 5.4.4].

England

Dolling-Baker v. Merrett and others, [1991] 2 All ER 890 (C.A.).

Hassneh Insurance Co. Of Israel and others v. Steuart J. Mew [1993] 2 Lloyd's Rep. 243 (QB).

Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate [1995] 1 Lloyd's Rep. 272.

Ali Shipping Corp v Shipyard Trogir, [1998] 2 All ER 136 (C.A.).

USA

United States v. Panhandle Eastern Corp. 118 F.R.D. 346 (D.Del. 1988).

Australien

Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman, (1995) 11 *Arbitration International* 235.

Frankrike

Aita c. Ojjeh, Cour d'appel de Paris 1er ch. suppl., 18 fevrier 1986, *Recueil Dalloz-Sirey* 1987.2.339.

Litteratur

Böcker och monografier

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 11:e uppl. (Lund: Juristförlaget i Lund, 2000) [citat: Adlercreutz, *Avtalsrätt I*].

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt II*, 5:e uppl. (Lund: Juristförlaget i Lund, 2001) [citat: Adlercreutz, *Avtalsrätt II*].

Andersson, Sten & Söderquist, Bengt, *Års- och koncernredovisning. En kommentar till redovisningsreglerna* (Stockholm: Publica/Norstedts Juridik, 1996) [citat: Andersson & Söderquist].

Arbitration in Sweden (Stockholm: Stockholm Chamber of Commerce, 1977) [citat: *Arbitration in Sweden*].

Bernstein, Ronald, m.fl., *Handbook of Arbitration Practice*, 3:e uppl. (London: Sweet & Maxwell/The Chartered Institute of Arbitrators, 1998) [citat: Bernstein m.fl.].

Berglund, Hans, *Företags sekretesskydd – särskilt genom avtal* (Stockholm: Liber Förlag, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet, 1982) [citat: Berglund].

Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 5:e uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 1999) [citat: Bogdan].

de Boissésou, Matthieu, *Le droit français de l'arbitrage interne et international* (GNL-éditions, 1990) [citat: de Boissésou].

Bryde Andersen, Mads, *Praktisk Aftaleret* (Köpenhamn: Christian Ejlers' Forlag, 1995) [citat: Bryde Andersen].

Bucher, Andreas & Tschanz, Pierre-Yves, *International Arbitration in Switzerland* (Basel och Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1989) [citat: Bucher & Tschanz].

Börsregler.Handledning till noteringsavtal och listningskrav 2001 (OM Stockholmsbörsen AB, 2001) [citat: Börsregler].

Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik & Ulriksson, Magnus, *Konkurrenslagen. En kommentar* (Stockholm: Norstedts Juridik, 1999) [citat: Carlsson m.fl.].

Cars, Thorsten, *Lagen om skiljeförfarande. En kommentar* (Stockholm: Fakta Info Direkt, 1999) [citat: Cars].

Cheshire, G. C., Fifoot, C. H. S. & Furmston, M. P., *The Law of Contract*, 8:e uppl. (London: Butterworths, 1972) [citat: Cheshire m.fl.].

Christou, Richard, *Boilerplate: Practical Clauses*, 1:a uppl. (London: Longman Law, Tax and Finance, 1990) [citat: Christou].

Derains, Yves & Schwartz, Eric A., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* (Haag/London/Boston: Kluwer Law International, 1998) [citat: Derains & Schwartz].

Edelstam, Henrik, *Sakkunnigbeviset. En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet* (Uppsala: Iustus Förlag, 1991) [citat: Edelstam].

Edwards, Vanessa, *EC Company Law* (Oxford: Clarendon Press, 1999) [citat: V. Edwards].

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång. Första häftet*, 7:e uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 1990/1997) [citat: Ekelöf I].

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång. Andra häftet*, 8:e uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 1996) [citat: Ekelöf II].

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång. Fjärde häftet*, 6:e uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 1992/1995) [citat: Ekelöf IV].

Fahlbeck, Reinhold, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet. Kommentarer m.m. till lagen 1990 om skydd för företagshemligheter* (Stockholm: Norstedts Juridik, 1992) [citat: Fahlbeck].

Fitger, Peter, *Rättegångsbalken. Del 1* (Stockholm: Norstedts Juridik, 2001) [citat: Fitger].

Guest, A.G., m.fl. (red.), *Chitty on Contracts*, 25:e uppl. (London: Sweet & Maxwell, 1983) [citat: Guest m.fl.].

Hassler, Åke & Cars, Thorsten, *Skiljeförfarande*, 2:a uppl. (Stockholm: Norstedts Förlag, 1989) [citat: Hassler & Cars].

Helgesson, Christina, *Affärshemligheter i samtid och framtid* (Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Jure AB, 2000) [citat: Helgesson].

Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktetsrätt, 2:a häftet, Allmänna ämnen*, 3:e uppl. (Stockholm: Juristförlaget/Norstedts Juridik, 1996) [citat: Hellner].

Heuman, Lars, *Skiljemannarätt* (Stockholm: Norstedts Juridik, 1999) [citat: Heuman, *Skiljemannarätt*].

Hjerner, Lars A.E., Jarvin, Sigvard & Bagner, Hans, *Internationella handelskammarens skiljedomsregler*, 2:a uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 2001) [citat: Hjerner m.fl.].

Johansson, Svante, *Bolagsstämma* (Stockholm: Juristförlaget, 1990) [citat: Johansson].

Knutsson, Margit, *Årsredovisningslagen. En kommentar* (Stockholm: Juristförlaget/Norstedts Juridik, 1996) [citat: Knutsson].

Kvart, Johan & Olsson, Bengt, *Tvistlösning genom skiljeförfarande. En presentation av den nya lagen om skiljeförfarande* (Stockholm: Norstedts Juridik, 1999) [citat: Kvart & Olsson].

Källenfors, E Peter & Svensson, Johan M, *Skyddet för företagshemligheter – det nya rättsläget*, Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, nr 60 (Stockholm: Juristförlaget, 1991) [citat: Källenfors & Svensson].

Lego Andersen, Eigil, *Kontrakter om Virksomhedskøb* (Köpenhamn: G.E.C Gads Forlag, 1991) [citat: Lego Andersen].

Lindskog, Stefan, *Förhandlingsspelet. Om affärsförhandling och kontraktsskrivning* (Stockholm: Norstedts Förlag, 1989) [citat: Lindskog].

Maier, Hans Jakob, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit. Ein handbuch der deutschen und internationalen Schiedsgerichtspraxis* (Herne/Berlin: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1979) [citat: Maier].

Meyer, Bettina, *Der Schiedsgutachtervertrag. Eine untersuchung des rechtlichen Verhältnisses zwischen Schiedsgutachtern und Parteien mit vergleichenden Ausführungen zum Schiedsrichtervertrag* (München: Verlag V. Florentz, 1995) [citat: Meyer].

Olsen, Lena, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, ny utg. (Stockholm: Nerenius & Santérus Förlag, 1993) [citat: Olsen].

Ramberg, Jan (under medverkan av Hultmark, Christina), *Allmän avtalsrätt*, 4:e uppl. (Stockholm: Juristförlaget, 1995/1996) [citat: Ramberg].

Real, Gustav K. L., *Der Schiedsvertrag. Inhalt und rechtliche Regelung im deutschen Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken* (Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1983) [citat: Real].

Rodhe, Knut, *Obligationsrätt* (Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1956) [citat: Rodhe, *Obligationsrätt*].

Rodhe, Knut (bearb. av Sandström, Jan och Skog, Rolf), *Aktiebolagsrätt*, 18:e uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 1999) [citat: Rodhe, *Aktiebolagsrätt*].

Samuelsson, Per, *Information och ansvar. Om börsbolagens ansvar för bristfällig informationsgivning på aktiemarknaden* (Stockholm: Norstedts Juridikförlag, 1991) [citat: Samuelsson].

Schütze, Rolf A., Tscherning, Dieter & Wais, Walter, *Handbuch des Schiedsverfahrens. Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2:a uppl. (Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1990) [citat: Schütze m.fl.].

Schöldström, Patrik, *The Arbitrator's Mandate. A Comparative Study of Relationships in Commercial Arbitration under the Laws of England, Germany, Sweden and Switzerland* (Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Jure AB, 1998) [citat: Schöldström].

Sutton, David St. John, Kendall, John & Gill, Judith, *Russell on arbitration*, 21:e uppl. (London: Sweet & Maxwell, 1997) [citat: Sutton m.fl.].

Westberg, Peter, *Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1* (Lund: Juristförlaget i Lund, 1988) [citat: Westberg].

Wiklund, Holger, *God advokatsed* (Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1973) [citat: Wiklund].

Uppsatser och artiklar

Bagner, Hans, "Confidentiality – A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration", i (2001) 18 *Journal of International Arbitration* 2, s. 243-249 [citat: Bagner, *Fundamental Principle*].

Bagner, Hans, "The Confidentiality Conundrum in International Commercial Arbitration", i (2001) 12 *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 1, s. 18-23 [citat: Bagner, *Confidentiality Conundrum*].

Bond, Stephen, "Expert Report of Stephen Bond Esq (in *Esso/BHP v. Plowman*)" i (1995) 11 *Arbitration International* 3, s. 273-281 [citat: Bond].

Born, Gary B., "Drafting arbitration agreements", i *International Commercial Litigation*, June 1999, s. 15-20 [citat: Born].

Collins, Michael, "Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings" i (1995) 11 *Arbitration International* 3, s. 321-336 [citat: Collins].

Dessemondet, François, "Arbitration and Confidentiality", i (1996) 7 *The American Review of International Arbitration* 3-4, s. 299-318 [citat: Dessemondet].

"Editorial: The Decision of the High Court of Australia in *Esso/BHP v. Plowman*" i (1995) 11 *Arbitration International* 3, s. 231-233 [citat: *Editorial*].

Edwards, Amy, "Confidentiality in Arbitration: Fact or Fiction?" i (2001) 4 *International Arbitration Law Review* 3, s. 94-95 [citat: A. Edwards].

- Fortier, L. Yves, "The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality" i (1999) 15 *Arbitration International* 2, s. 131-139 [citat: Fortier].
- Gaillard, Emmanuel, "Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international" i *Recueil Dalloz-Sirey* (1987) 1, s. 153-156 [citat: Gaillard].
- Hanqvist, Dan, "Ur askan I elden? Valet mellan rättegång och skiljeförfarande", i *Svensk juristtidning* 1998, s. 110-133 [citat: Hanqvist].
- Heuman, Lars, "Kan ett fullgörelseläggade eller förbud meddelat av skiljemän vitessanktioneras?", i *Juridisk tidskrift* 2000/01, s. 956-962 [citat: Heuman, *Förbud*].
- Heuman, Lars, "Tystnadsplikt och underlåtenhet att ställa säkerhet i skiljetvist" i *Juridisk tidskrift* 2000/01, s. 662-685 [citat: Heuman, *Tystnadsplikt*].
- Jarvin, Sigvard, "Sekretess i svenska och internationella skiljeförfaranden", i *Juridisk tidskrift* 1996/97, s. 149-170 [citat: Jarvin].
- Karnell, Gunnar, "Skiljedom i immaterialrättstvister – tankar kring ett specialiserat skiljedomsinstitut" i *Festskrift till Jan Ramberg* (Stockholm: Juristförlaget/Norstedts Juridik AB, 1996), s. 293-306 [citat: Karnell].
- Larsson, Sven, "Fullgörelsetalan", i Hessler, Henrik (red.), *Festskrift till Per Olof Ekelöf* (Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1972) [citat: Larsson].
- Lew, Julian D.M., "Export report of Dr. Julian D.M. Lew (in *Esso/BHP v. Plowman*)" i (1995) 11 *Arbitration International* 3, s. 283-295 [citat: Lew].
- Lindskog, Stefan & Unger, Sven, "Publicering av skiljedomar", i *Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund* 1982, s. 11-17 [citat: Lindskog & Unger].
- Mangård, Nils, "Arbitration and the Judiciary", i *Svensk juristtidning* 1980, s. 103-114 [citat: Mangård].
- Neill, Partrick, "Confidentiality in Arbitration", i (1996) 12 *Arbitration International* 3, s. 287-317 [citat: Neill].
- Nial, Håkan, "Till frågan om kompetensfördelningen mellan stämman och styrelse i aktiebolag", i Grönfors, Knut, Hellner, Jan & Persson, P.G. (red.), *Festskrift till Knut Rodhe: studier i krediträtt och associationsrätt* (Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1976), s. 329-346 [citat: Nial].

Nicander, Hans, "Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden" i *Juridisk tidskrift* 1995/96, s. 31-49 [citat: Nicander].

Paulsson, Jan & Rawding, Nigel, "The Trouble with Confidentiality", i (1995) 11 *Arbitration International* 3, s. 303-320 [citat: Paulsson & Rawding].

Ramberg, Göran, "Utformningen av skiljeklausuler", i *Ny Juridik* 4:1997, s. 33-47 [citat: G. Ramberg].

Reid, Gregory, "Confidentiality – an Algorithm", i *Stockholm Arbitration Report* 2000:1, s. 53-61 [citat: Reid].

Reid, Gregory & Greenwood, Lucy, "Observations by Gregory Reid and Lucy Greenwood: A clarificatory judgment? The decision in *Bulbank*", i *Stockholm Arbitration Report* 2000:2, s. 155-160 [citat: Reid & Greenwood].

Rogers, Andrew & Miller, Duncan, "Non-Confidential Arbitration Proceeding", i (1996) 12 *Arbitration International* 3, s. 319-345 [citat: Rogers & Miller].

Smit, Hans, "Case-note on *Esso/BHP v. Plowman* (Supreme Court of Victoria)", i (1995) 11 *Arbitration International* 3, s. 299-301 [citat: Smit, *Case-note*].

Smit, Hans, "Confidentiality in Arbitration", i (1995) 6 *The American Review of International Arbitration* 1, s. 61-64 [citat: Smit, *Confidentiality*].

Smit, Hans, "Expert Report of Professor Hans Smit (in *Esso/BHP v. Plowman*)" i (1995) 11 *Arbitration International* 3, s. 297-298 [citat: Smit, *Expert Report*].

Skiljedomsreglementen m.m.

Regler för Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut. Antagna av Stockholms Handelskammare och i kraft fr.o.m. den 1 april 1999.

Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce. I kraft fr.o.m. 1 januari 1998.

The Arbitration Rules of the World Intellectual Property Organization.

The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (American Arbitration Association, American Bar Association).

The International Arbitration Rules of the American Arbitration Association. Såsom ändrade och ikraftträdde 1 november 2001.

The Rules of the London Court of International Arbitration. Såsom ändrade och ikraftträdde fr.o.m. 1 januari 1998.

UNCITRAL Arbitration Rules. Antagna 15 december 1976.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985).