



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karolina Mattsson

Medling som
konfliktlösningsmetod
i kommersiella tvister
-särskilt om medlingsprocessen

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Peter Westberg

Processrätt

HT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
1 INLEDNING	2
1.1 Bakgrund och problemformuleringar	2
1.2 Syfte, metod och material	3
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Disposition	4
2 TEORIER	6
2.1 Inledning	6
2.2 Rättvisa	6
2.3 Rättssäkerhet	7
2.4 Effektivitet	8
3 MEDLINGENS HISTORIA	10
3.1 Från traditionell till modern medling	10
3.2 Modern medling	11
3.3 Medling i Sverige	13
3.4 Slutsats	13
4 MEDLING I SVERIGE IDAG	14
4.1 Medlingens förekomst	14
4.2 Göteborgsklausulerna	16
4.3 Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut	17
4.4 Slutsats	18
5 REGELSTYRD MEDLING	19
5.1 Medling enligt rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st	19
5.2 Medling enligt Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut samt Göteborgsklausulerna	21

5.3	Slutsats	23
6	MEDLING I JÄMFÖRELSE MED RÄTTEGÅNG, FÖRLIKNING OCH SKILJEFÖRFARANDE	25
6.1	Rättegång och förlikning	25
6.2	Skiljeförfarande	26
6.3	Vad skiljer medling från skiljeförfarande och rättegång?	27
6.4	Slutsats	28
7	MEDLING SOM KONFLIKTLÖSNINGSMETOD	29
7.1	Medlingsprocessens tillvägagångssätt	29
7.2	Medlarens roll	30
7.3	Juridiskt ombud och/eller experthjälp	32
7.4	Vilka typer av tvister är lämpliga för medling?	33
7.5	Vad talar för respektive mot medling inom kommersiella tvister?	34
7.5.1	För medling	34
7.5.2	Mot medling	35
7.6	Min definition av medling	36
7.7	Tvisten	37
7.7.1	Konfliktdiagnos	37
7.7.2	Presentation av tvisten	38
7.8	Kommentar	39
8	MEDLINGSPROCESSEN	41
8.1	Inledning	41
8.2	Förberedande fas	41
8.2.1	Allmänt om den förberedande fasen	41
8.2.2	Den förberedande fasen i min medlingsprocess	44
8.3	Problemidentifierande fas	47
8.3.1	Allmänt om den problemidentifierande fasen	47
8.3.2	Den problemidentifierande fasen i min medlingsprocess	49
8.4	Problemlösningsfas	49
8.4.1	Allmänt om problemlösningsfasen	49
8.4.2	Problemlösningsfasen i min medlingsprocess	52
8.5	Förhandlingsfas	52
8.5.1	Allmänt om förhandlingsfasen	52
8.5.2	Förhandlingsfasen i min medlingsprocess	54

8.6	Avtalsfas	56
8.6.1	Allmänt om avtalsfasen	56
8.6.2	Avtalsfasen i min medlingsprocess	58
8.7	Slutsats	58
9	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH ANALYS	60
9.1	Slutsatser	60
9.1.1	Medling som konfliktlösningsmetod	60
9.1.2	Medlingsprocessen	61
9.2	Analys	64
9.2.1	Analys utifrån begreppen rättvisa, rättssäkerhet och effektivitet	64
9.2.2	Rättvisa	64
9.2.3	Rättssäkerhet och effektivitet	66
9.2.4	Avslutning	67
BILAGA A		69
LITTERATURFÖRTECKNING		75

Sammanfattning

Konflikter förekommer överallt i vårt samhälle. Om en konflikt behandlas på rätt sätt kan den vara en drivande kraft till utveckling som öppnar upp nya möjligheter. Det här arbetet beskriver hur man kan lösa konflikter med medling som konfliktlösningsmetod. Medlingsprocessen redogörs för ur såväl ett teoretiskt som praktiskt perspektiv. Min avsikt är att utforska medlingens potentiella värde som konfliktlösningsmetod.

Uppsatsens första del beskriver inledningsvis medling utifrån ett samhällsligt perspektiv. Här redogörs bland annat för dess historia, dess förekomst inom rättsväsendet samt de privata alternativ som finns genom Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut och Göteborgsklausulerna. Vidare görs här även en jämförelse mellan medling, rättegång, skiljeförfarande och förlikning.

I uppsatsens andra del beskrivs medling som konfliktlösningsmetod mer ingående. Här behandlas bland annat olika medlingsmetoder och medlarens roll. Medlaren kan vara exempelvis förhandlare, expert, möjliggörare, samtals-ledare och tillhandahållare av spelplan. Vidare redogörs här för frågan om nödvändigheten av att ha tillgång till ett juridiskt ombud, samt eventuellt behov av experthjälp. Därefter presenteras vilka typer av tvister som lämpar sig för medling, samt fördelarna och nackdelarna med medling inom kommersiella tvister. Den andra delen avslutas med min egen personliga definition av medling avseende kommersiella tvister, samt en presentation av den konkreta konflikt jag har valt att använda mig av för att illustrera hur en medlingsprocess kan gå till. Konflikten utspelar sig mellan två företag inom byggbranschen och har uppstått genom att parterna har olika uppfattning kring hur en specifik klausul i deras gemensamma återförsäljaravtal ska tolkas.

Den tredje delen fokuserar helt på medlingsprocessen, som beskrivs ur både teoretiskt och praktiskt perspektiv. Medlingsprocessen är uppbyggd av fem olika faser. Dessa utgörs av en förberedande fas, en problemlösningsfas, en förhandlingsfas samt en avtalsfas. Faserna beskrivs först allmänt, och därefter ger jag vid varje fas förslag på hur det skulle kunna se ut i den konkreta tvisten.

Uppsatsen avslutas med sammanfattande slutsatser och analys. Här redogörs för mina övergripande slutsatser om medling och medlingsprocessen som konfliktlösningsmetod, en jämförelse görs även med förlikningsförfarandet, skiljeförfarandet samt rättegångsprocessen. Därefter analyseras medling som konfliktlösningsmetod i förhållande till begreppen rättvisa, rättssäkerhet och effektivitet, vilka definierats i uppsatsen genom det inledande teorikapitlet.

1 Inledning

1.1 Bakgrund och problemformuleringar

Konflikter eller tvister förekommer dagligen i vårt samhälle. De uppstår bland annat som en naturlig och oundviklig följd av all affärsverksamhet. En konflikt får ofta parterna att känna sig sårbara och defensiva. Men konflikter kan även ge människor tillfälle att utvecklas och att tränas i respekt och omtanke för varandra. Det är kanske därför det kinesiska skriftspråket använder samma tecken för att beskriva kriser som att beskriva möjligheter. Vi lever idag i ett kunskapssamhälle där företag och organisationer lägger stor vikt vid individens lärande och utveckling. Detta borde medföra att behovet av något mer än bara en lösning på problemet ökar. En konflikt som hanteras på ”fel” sätt kan leda till stora kostnader och sammanbrott av affärsmissiga relationer, medan en konflikt som behandlas på ”rätt” sätt kan vara en drivkraft till utveckling. Det är väsentligt att parterna förmår hantera sina konflikter konstruktivt så att tid och pengar kan sparas samt relationer utvecklas och fördjupas. Medling är en konfliktlösningsmetod där ”ägandet” av konflikten samt rätten att avgöra tvisten stannar hos parterna. Det måste rimligtvis vara parterna som innehar mest kunskap om den aktuella konflikten - således bör det också vara de som är bäst lämpade att fatta beslutet angående hur tvisten ska lösas. Medför medling, med hänsyn till detta, en möjlighet att hantera konflikter konstruktivt?

De tvistelösningsförfaranden som svenskt näringsliv har haft tillgång till en längre tid är de som rättegångsbalken och lagen om skiljeförfarande erbjuder. De långa väntetiderna i domstol är idag besvärade, kanske särskilt i affärstvister. Tvister med relativt litet omfång tål ofta inte heller kostnaderna i ett ordinärt skiljeförfarande. De tvistande parterna borde därför ha mycket att vinna på förenklade, effektiva, tvistelösningsmetoder, som kan medföra vinster både för enskilda och samhället. Vilket värde har medling som alternativ konfliktlösningsmetod i detta hänseende?

Oavsett om parterna är involverade i affärer av engångskaraktär eller av fortlöpande, långsiktig karaktär, är behovet av anpassade och välfungerande konfliktlösningsystem stort. Medling är en konfliktlösningsmetod som inte i första hand använder sig av juridiska regler och argument för att lösa en konflikt. Juridiska regler, rättigheter och skyldigheter finns emellertid alltid att tillgå som en sista konfliktlösningsmetod. Det måste därför vara rimligt att anta att parterna har kännedom om sitt juridiska läge. Att medling i första hand fokuserar på intressen och behov tror jag emellertid inte behöver stå i motsättning till detta. Kring detta verkar det dock råda delade meningar i litteraturen. Vissa författare anser att det finns risk att parterna med vetskap om sitt juridiska läge riskerar att låsa fast sig i de juridiska positionerna. Andra däremot verkar se sådan vetskap som en tillgång. Dessa författare

anser att det är först när parterna är medvetna om sitt juridiska läge som förutsättningar finns att lämna detta och istället fokusera på att skapa mervärde. När medlingen avser kommersiella tvister där företag är inblandade, tror jag dock att medlaren alltid bör utgå ifrån att parterna har vetskap om sitt juridiska läge. Kan denna vetskap fungera som ett incitament till att välja medling i fall där det juridiska läget tyder på osäkerhet angående utsikterna till framgång? Är det vidare möjligt att en part, väl medveten om sina relativt goda juridiska utsikter, väljer medling, eftersom relationen med motparten är mycket betydelsefull?

1.2 Syfte, metod och material

Mitt syfte med uppsatsen är att undersöka medlingens potential och eventuella värde som konfliktlösningsmetod. Är eller bör medling vara ett alternativ till rättegång, skiljeförfarande och förlikning? Mitt syfte är vidare att utreda och beskriva hur medlingsprocessen kan se ut i kommersiella tvister.

Min metod har varit att själv anta medlarrollen och ”agera” medlare för att närmare kunna utforska medlingsprocessen och testa den på ett konkret fall. Målet är *dels* att granska medlingsprocessen såväl praktiskt som teoretiskt *dels* att utforma ett eget lösningsförslag till tvisten. För att göra detta har jag använt mig av all den kunskap som jag tagit del av genom medlingslitteraturen, men även de kunskaper jag fått genom min utbildning i juridik vid Lunds universitet samt mina studier i konfliktlösning vid Göteborgs universitet. Det lösningsförslag jag kommit fram till i den konkreta tvisten gör därmed inte något anspråk på att vara fulländat. Vidare har min metod även bestått i att analysera medlingslitteraturen utifrån ett rättsäkerhets-, rättvise- och effektivitetsperspektiv. Jag vill härvid undersöka huruvida medling och medlingsprocessen lever upp till kraven på rättvisa, rättsäkerhet och effektivitet. Dessa torde utgöra rättsstatens krav på de i nuläget mest använda tvistelösningsformerna rättegång, skiljeförfarande och förlikning. Det är därför, enligt min mening, relevant att analysera dessa begrepp i förhållande till medling som konfliktlösningsmetod.

Det finns i princip bara en rättskälla när det gäller medling och det är litteraturen. Rättsreglerna på området är mycket få både i Sverige och utomlands. Beträffande litteraturen så är denna i huvudsak skriven i USA, England och Australien. Den bygger främst på annan litteratur, egna erfarenheter från medling och undervisning, samt kontakter med andra praktiserande medlare. En varning bör göras för att det i en del av medlingslitteraturen förekommer mycket reservationslösa frälsarambitioner. Den relativt knapphändiga litteratur som finns på svenska är emellertid enligt min mening mer objektiv. Här kan särskilt framhållas Bengt Lindells och Jan Normans böcker på området. Vidare anser jag att den danska litteraturen av Hans Boserup och Susse Humle är mycket bra. Jag har även läst en del litteratur kring förhandling, eftersom det är en integrerad del av medlingsprocessen, och här vill jag särskilt rekommendera Eric M.

Runessons båda böcker. Vidare har jag även tagit del av ett flertal artiklar på området. Här kan bland annat nämnas en mycket intressant debatt som fördes i Dagens industri under våren 1998. Det material kring medling och ADR (Alternative Dispute Resolution) som finns på Internet är mycket omfattande och av varierande kvalitet, så här bör man iaktta ett stort mått av källkritik. På grund av min avgränsning har jag främst använt mig av information från svenska och nordiska sidor, vilka enligt min mening är bra.

1.3 Avgränsningar

De förekommer idag ett flertal former för alternativ tvistelösning, eller ADR som det kallas i den internationella litteraturen. Min avsikt är emellertid inte att beskriva alla de former som har utvecklats på området¹. Jag har valt att avgränsa mig till medling, eftersom det är den metod som verkar vara mest aktuell för Sverige, och som även en tid har varit på stark framväxt i Norden. Inom området för medling har jag avgränsat mig till dispositiva tvistemål och där främst inom kommersiella tvister.

1.4 Disposition

Jag inleder med ett kort teoriavsnitt där jag definierar de rättvise-, rättssäkerhets- och effektivitetsbegrepp, vilka jag sedan använder som analysverktyg i sista delen av uppsatsen.

Därefter består uppsatsen av tre delar. Den inledande delen är till största delen deskriptiv och har för avsikt att öka förståelsen för medlingens historia och förekomst idag. Vidare beskrivs här medling inom ramen för rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st, Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut samt Göteborgsklausulerna. Den första delen avslutas med en jämförelse av medling i förhållande till förlikning, skiljeförfarande och rättegång.

Den andra delen fokuserar på medling som konfliktlösningsmetod. Här beskrivs bland annat medlarens roll, frågan huruvida parterna bör ha juridiskt ombud eller inte, vilka typer av tvister som lämpar sig för medling samt vad som talar för och vad som talar mot medling inom kommersiella tvister. Den andra delen avslutas därefter med min definition av medling, samt en presentation av den tvist som jag valt att använda mig av under den tredje delens medlingsprocess.

Den avslutande tredje delen inriktas helt på medlingsprocessen i kommersiella tvister. Processen är uppdelad i fem faser: en förberedande fas, en problemidentifierande fas, en problemlösningsfas, en förhandlingsfas och slutligen en avtalsfas. Under varje fas redogörs först för hur det kan se

¹ För mera övergripande information om dessa se Norman, Jan, Medling och andra typer av ADR, 1991 samt Lindell, Bengt, Alternativ tvistelösning 2000.

ut generellt sett, därefter dras paralleller till den konkreta tvisten och ges förslag på hur det skulle kunna se ut där. I slutet av processavsnittet presenteras mitt lösningsförslag till den konkreta tvisten. Uppsatsen avslutas därefter med sammanfattande slutsatser och analys.

2 Teorier

2.1 Inledning

Många samhällsekonomiskt önskvärda avtalsmöjligheter går till spillo därför att den förhandlingsposition som intas av den andre parten uppfattas som ledande till en oskälig eller orättvis uppdelning av avtalets totala värde. En part kan avvisa ett förslag som ligger över hans reservationspris bara därför att han riskerar att förlora i självrespekt eller inför kommande eventuella förhandlingar.

Vad är en rimlig/rättvis lösning? Vilken roll spelar egentligen juridiken och antaganden om en eventuell rättslig utgång? Vad är effektivt? Hur tillgodoses rättssäkerhet i processen och lösningen? Hur förhåller sig rättvisa, effektivitet och rättsäkerhet till varandra då det gäller medling?

Är det rationellt att följa rättsreglerna i en rättsstat? Och är det i så fall också målrationellt att handla normrationellt det vill säga är det mest effektiva medlet att uppnå ett mål att följa lagen? Krävs det att rättstillämpningen alltid sker på ett öppet sätt, där alla relevanta skäl för och emot måste redovisas i domskälen? Eller går det att upprätthålla kravet på rättssäkerhet ändå?

För att kunna svara på ovanstående frågor eller åtminstone förstå dem bättre krävs definitioner av begreppen rättvisa, rättssäkerhet och effektivitet. Avsikten med detta kapitel är därför inte att svara på ovanstående frågor utan att mycket kortfattat klargöra hur jag ser på begreppen, utifrån ett antal rättsfilosofers mening. Anledningen till att jag tar upp frågorna här överhuvudtaget är för att illustrera problematiken som jag sedan kommer att återkomma till i analysen.

2.2 Rättvisa

Rättvisa är ett kontroversiellt begrepp, som används på många olika sätt. Vad som är rättvist är inte alltid lätt att avgöra. Rättvisa kan i princip ta sig lika många olika former som antalet tillfrågade människor. Det kan till exempel handla om rättvisa i form av ökad personlig frihet, maximerad samhällsnytta eller lycka, maximerande av välfärd eller minskade klassklyftor.

Traditionellt föreligger en distinktion mellan formell och materiell rättvisa. Formell rättvisa innebär att lika fall skall behandlas lika och olika fall skall behandlas olika. Formell rättvisa kräver helt enkelt att regler skall följas och att uppställda kriterier inom regeln skall tillämpas i enlighet därmed. Materiell rättvisa definieras istället av de kriterier som en regel uppbyggs av.

Kriterierna syftar till att avgöra hur värden som exempelvis materiella resurser, möjligheter, rättigheter och skyldigheter skall fördelas.

Eftersom rättvisebegrepp är av subjektivt värde har jag mer eller mindre godtyckligt valt två olika kriterier nämligen nytta och frivillighet.²

Grundbulten i den klassiska utilitarismen är nyttoprincipen. Denna princip föreskriver ett krav på att välfärden skall maximeras. En handling anses vara god om den bidrar till att maximera den totala samhällsnyttan. Man måste då företa en konsekvensvärdering av de eventuella handlingsalternativ man ställs inför, och välja den handling eller det beslut som sannolikt har de bästa konsekvenserna, det vill säga ökar den totala välfärden. Eftersom utilitarismen bara är inriktad på att maximera välfärden bekymrar den sig inte om hur välfärden fördelas. Följaktligen är det godtagbart att omfördela från en person A till en annan person B, om B kan få det så mycket bättre att dennes nytta överväger A:s skada. På argumentet att de avgörande rättvisefrågorna är fördelningsfrågor svara utilitarismen genom att det är bara genom att åberopa nyttohänsyn som man kan förklara varför fördelningsfrågor överhuvudtaget har någon betydelse.³

Det andra kriteriet bygger på Nozicks teorier och innebär att en fördelning är rättvis om den har tillkommit genom frivilliga byten och någons suveränitet inte har kränkts. Det innebär att bara för det att det är en lika fördelning behöver den inte vara rättvis.⁴

Rättvisa kräver en avvägning mellan olika rättvisepprinciper och värden. Det vanliga sättet att kritisera orättvisa beslut är ju att påpeka att vissa relevanta hänsyn inte beaktats.⁵ En slutgiltig bedömning måste antagligen grunda sig på en sammanvägning av alla hänsyn som är relevanta i det ifrågavarande konkreta fallet.⁶

2.3 Rättssäkerhet

Rättssäkerhet handlar i hög grad om förutsebarhet. Att en rättsordning bör vara förutsebar och stabil kan motiveras med möjligheten att upprätthålla medborgarnas likhet inför lagen, samt en möjlighet för dem att planera sina liv. Mot önskan att rättsordningen skall vara stabil, en stabilitet som skapas genom lagstiftning, finns kravet på flexibilitet vid tillämpningen. En strikt formell tillämpning av lagen får inte ske på bekostnad av möjligheten att tillgodose medborgarnas materiella intressen. Flexibilitet är nödvändigt för att uppnå så rättvisa avgöranden som möjligt.⁷

² N.Simmonds, Juridiska principfrågor: rättvisa, gällande rätt och rättigheter, 1988, s. 95.

³ N.Simmonds, Juridiska principfrågor: rättvisa, gällande rätt och rättigheter, 1988, s. 25-27.

⁴ R. Nozick, Anarki, stat och utopi, 2001, s. 206-208.

⁵ A. Peczenik, Vad är rätt?, 1995, s. 428.

⁶ A. Peczenik, Vad är rätt?, 1995, s. 411.

⁷ A. Peczenik, Vad är rätt?, 1995, s. 43-45.

Formell rättssäkerhet föreligger när maktutövning och rättsskipning uppvisar en hög grad av förutsägbarhet. För detta krävs det att det finns klara och tydliga rättsregler som efterföljs så att rättsliga beslut blir förutsebara med stöd av lagen. Många rättsteoretiker betraktar rättssäkerhet som identiskt eller nästan identiskt med förutsägbarhet. Rättssäkerheten förlorar emellertid sin poäng om beslutsfattarna agerar orättvist eller oetiskt.⁸

Här talar man därför om materiell rättssäkerhet. Med det menas att man gör en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på rättsnormerna baserade förutsägbarheten och andra etiska värden, främst rättvisa. Detta medför en dynamik där en ökning av beaktandet av den i lagen förankrade förutsebarheten kan leda till ett minskat beaktande av andra etiska värden.⁹

Symbolen för rättstaten är domstolen, ett formbundet organ som har till uppgift att tolka gällande rätt. Den offentliga sektorn är emellertid idag också en ekonomisk aktör som lyder under företagsmässiga krav på effektivitet. Juristen ser till rättskällor, lagar, paragrafer och beviskrav. Företagens värld består av kostnader, intäkter, produkter och marknadsföring. Här uppstår därför en avvägning mellan rättsstatens och effektivitetens krav.¹⁰

Rättssäkerheten betonar den noggranna och omsorgsfulla prövningen av varje ärende. Effektiviteten ser till ändamålet mer än formen och premierar snabba, flexibla och resultatriktade lösningar.¹¹

2.4 Effektivitet

Effektivitet kan beskrivas som ”måluppfyllelse” det vill säga att vara effektiv är att uppfylla vissa mål. I vissa sammanhang används ordet effektivitet om uppfyllandet av ett mål men i de flesta sammanhang avses två eller flera mål.¹²

Endimensionell effektivitet hänför sig till uppfyllandet av ett enda mål exempelvis som i det här fallet att lösa tvister. Här går att dra paralleller till utilitarismen vars moralmaxim, som tidigare nämnts, är att man skall maximera summan av all nytta. Av det följer att alla mål blir reducerbara till ett enda: den maximala produktionen av nytta.¹³ Mångdimensionell effektivitet är en form av pareto-effektivitet. Effektivitet behöver nämligen inte bara innefatta direkt mätbara mål utan även olika värden kan utgöra

⁸ SOU 1999:58, Löser juridiken demokratis problem?, s. 22.

⁹ A. Peczenik, Vad är rätt?, 1995, s. 60-63.

¹⁰ O. Petersson, Rättsstaten, 1996, s.106f.

¹¹ O. Petersson, Rättsstaten, 1996, s. 108.

¹² Ds Fi 2001:42, Rättvisa och effektivitet - en idéanalys, s. 29.

¹³ Ds Fi 2001:42, Rättvisa och effektivitet - en idéanalys, s. 30.

dimensioner i effektivitetsanalysen.¹⁴ Effektivitet med avseende på en viss uppsättning mål är då uppfylld om och endast om, inget av målen skulle kunna uppnås i högre grad utan att något av de andra skulle uppnås i lägre grad. Till sist finns även en form av tvådimensionell effektivitet nämligen kostnadseffektivitet. Här finns två mål dels att hålla nere kostnaden, dels att maximera produktionen av en vara eller tjänst exempelvis tillhandahållandet av konfliktlösningar.¹⁵

Utgångspunkten för ekonomer eller ekonomiska aktörer torde vara det fundamentala ekonomiska problemet som innebär att människorna har begränsade resurser men obegränsade behov/intressen. På grund av de begränsade resurserna ställs de därför hela tiden inför val. Vilket val som görs beror i sin tur på vad alternativkostnaden är. Alternativkostnaden kan då sägas vara det bästa bortvalda alternativet.¹⁶

Från samhällets synpunkt är det ofta viktigare att uppnå maximal välfärd. Detta uppnås i kraft av samhällsekonomisk effektivitet det vill säga genom en optimal användning av samhällets resurser. Ett sätt att tillgodose detta på är att uppfylla det så kallade paretokriteriet då en resursallokering är effektiv (paretooptimal) när ingen kan få det bättre utan att någon annan får det sämre.¹⁷

¹⁴ Ds Fi 2001:42, Rättvisa och effektivitet - en idéanalys, s. 9.

¹⁵ Ds Fi 2001:42, Rättvisa och effektivitet - en idéanalys, s. 30-31.

¹⁶ M. Parkin mfl, Economics, 1997, s. 8.

¹⁷ R. Cooter, T. Ulen, Law & Economics, 1999, s. 44.

3 Medlingens historia

3.1 Från traditionell till modern medling

Medling som tvistelösningsform är antagligen lika gammal som mänskligheten själv. Det är en av de äldsta och mest kraftfulla metoderna för tvistelösning. Så länge människor har levt i samhällen har konflikter mellan invånarna funnits och försök gjorts att lösa dem genom intervention av andra samhällsmedborgare.

Att medling har pågått ända sedan människan började gruppera sig i samhällen gör att det finns en mängd olika sätt att medla inom olika kulturer och samhällen. Historiska och tvärkulturella studier av medling har inte gjorts i någon större utsträckning. Det är därför svårt att göra precisa generaliseringar av olika medlingsformer. Man kan dock urskilja främst två paradigmer; den så kallade traditionella medlingen som förekommit sen urminnes tider, samt den moderna medlingen som främst växt fram i USA de senaste årtiondena.¹⁸

Idag handlar medling till stor del om att skapa nya värden. För att lyckas med detta måste man gå bortom den traditionella medlingens teknik, vilken främst bygger på att frambringa kompromisser och istället använda den moderna medlingens tekniker och tankesätt. Det som skiljer traditionell medling från modern medling är främst de olika sociala sammanhang som de förekommer i samt vilken roll och ställning tredjepart har. Modern medling innebär framförallt att ”ägandet” av konflikten ligger hos parterna. Medlarens roll är att assistera parterna i deras framtagande av en lösning. Traditionell medling karaktäriseras däremot av en dominant tredjepart, som ofta har en hög ställning i gruppen. Exempel på traditionell medling som konfliktlösningsform finns så tidigt som 3000 år f Kr i bland annat Egypten. En vilja att få parterna att göra upp i godo fanns även i dåtidens Grekland och Rom. Där använde man sig av det juridiska systemet genom institutionaliserad medling och skiljedom för att lösa civila tvister. Det är emellertid den informella varianten av medling som har varit den mest spridda tvistelösningsformen. Denna har även haft en mycket viktig funktion i form av social kontroll i samhällena. Ofta var tredjepart en respekterad samhällsmedborgare, vars funktion inte bara var att hjälpa parterna att lösa konflikten, utan också att representera samhällets värden och normer samt intresset av att upprätthålla harmoni, ordning och respekt för lagarna. Vanligtvis gick det till så att tredjepart lyssnade till båda sidorna och sedan lade fram ett kompromissförslag. Detta var inte så mycket inriktat på individuell rättvisa som på att återställa harmoniska relationer. Tredjeparts sociala status och auktoritet, de samhälliga värden som uttryckts i dennes förslag och den kollektiva pressen för att återupprätta social

¹⁸ C. Bühring-Uhle, Traditional Mediation VS. Modern Mediation, 2001, s.1.

harmoni skapade ett starkt incitament till att acceptera den föreslagna kompromissen.¹⁹

Idag är processen mer influerad av moderna konflikt- och förhandlingsteorier. Det handlar inte längre enbart om att acceptera ett lösningsförslag från tredje part, fokus ligger snarare på att hjälpa parterna att själva hitta sin lösning på tvisten. I linje med modern förhandlingsteori ligger tyngdvikten nu på de individuella parternas intressen och behov. Det är inte längre det sociala trycket eller beaktandet av gemensamma samhällliga värden som gör att man accepterar ett lösningsförslag. Nu avgörs det istället utifrån en analys av kostnadsfördelar för respektive part. Därvid jämförs olika lösningsförslag med varandra samt med konsekvenserna av att en lösning inte kommer till stånd. I stället för att hitta en kompromiss som gör parterna potentiellt lika olyckliga, söker medlaren nu efter rena ”vinna-vinna” lösningar som ska ge båda parterna en bättre lösning.

Erfarenhet, integritet och klokhet var kännetecknande för en traditionell medlare. Dessa egenskaper är fortfarande nödvändiga, men inte tillräckliga för en medlare av idag. För att kunna generera en lösning som fullt ut realiserar de värden och som tar tillvara den potential som en konflikt innebär, krävs det även att medlaren är förtrogen med ”konsten” och ”vetenskapen” kring moderna förhandlings och konfliktteorier, vilket kräver både träning och erfarenhet.²⁰

3.2 Modern medling

Den moderna medlingen och utvecklingen av alternativa tvistelösningsmetoder startade på allvar i samband med the Pound Conference i USA 1976. Syftet med konferensen var att diskutera det stora missnöje som fanns kring de långa handläggningstiderna och de höga processkostnaderna i landets domstolar. Som ett resultat av konferensen bildades tre så kallade ”Neighbourhood Justice Centers”, med uppgift att utreda i vilken mån medling kunde användas för att lösa tvister. Försöket blev lyckat och fler center bildades, vilket även genererade en utveckling av fler former av alternativa tvistelösningsmetoder. Medling började efterhand användas för att lösa alla typer av konflikter i samhället: inom familj, skolor, organisationer, företag och andra civila mål.²¹

I USA kan man urskilja fyra olika synsätt på medling, nämligen The Satisfaction Story, The Social Justice Story, The Transformation Story och The Oppression Story. Dessa beskriver hur medlingen uppfattas och används i samhället, men också hur medlingsrörelsen vuxit fram.²²

¹⁹ C. Bühring-Uhle, Traditional Mediation VS. Modern Mediation, 2001, s. 1-2.

²⁰ C. Bühring-Uhle, Traditional Mediation VS. Modern Mediation, 2001, s. 2-3.

²¹ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 9-10.

²² R. Bush, J. Folger, The promise of mediation, 1994, s. 16-18.

The Satisfaction Story ser medling som ett verktyg för att tillfredställa mänskliga behov. Då medling bygger på flexibilitet, informalitet och samförstånd så öppnas det upp möjligheter för att omvandla ett ställningskrig mellan parterna till ett försök att gemensamt hitta en lösning. Denna blir intressebaserad, vilket anses innebära att den har en högre kvalitet än ett domstolsavgörande. Dessutom är medling en snabb och billig metod, vilket medför besparingar både för den enskilde och staten. Avslutningsvis ligger det även ett värde i att lösningar skapade i samförstånd innebär mindre psykiska påfrestningar på parterna.²³

Enligt den åsiktsriktning som kallas *The Social Justice Story* är medling ett kraftfullt instrument för att samla individer kring gemensamma intressen. Medling är viktigt för att bygga upp starkare strukturer i samhället och därmed starkare samhällen. Svaga och utsatta grupper kan genom intressebaserad medling gå ihop och kräva sin rätt. Genom att gå samman kommer man inte i händerna på någon annan och blir inte lika beroende. Rättsreglerna är härvid inte det centrala, men kan utvidga argumentationsbasen vilket medför att dessa grupper på ett bättre sätt kan hävda sina intressen.²⁴

The Transformation Story bygger delvis på de två redan nämnda åsiktsgrupperna genom att den betonar inverkan på både individ och samhälle. Det som betonas är emellertid medlingens betydelse för den individuella utvecklingen – individens transformation. Medling bygger på att parterna själva ska ta ansvar för tvistens lösning, processen är till för att bygga upp deras självförtroende, självtillit och självkänsla. Resultatet blir att parterna kommer att förstå varandra bättre, vilket i slutändan leder till ett bättre samhälle med mer harmoniska människor.²⁵

Företrädare för *The Oppression Story* menar att det visserligen låg goda avsikter bakom införandet av medling som konfliktlösningsinstrument. Genom sin stora utbredning har medlingen emellertid blivit ett farligt instrument eftersom den ökar möjligheterna för den starke att vinna på den svages bekostnad. Detta på grund av att medlingen är informell och bygger på att samförstånd ska nås och inte på processuella regler och materiell rätt. Till skillnad från rättegång leder detta till orättvisa lösningar. Medling sker utan någon kontroll mot gällande rätt och utan jämförelse med hur liknande fall har lösts, därmed tas inte heller någon hänsyn till allmänna intressen. Istället privatiseras problem som borde lösas i av samhällets inrättade organ.²⁶

²³ R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation*, 1994, s. 18-20.

²⁴ R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation*, 1994, s. 20-22.

²⁵ R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation*, 1994, s. 22-24.

²⁶ R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation*, 1994, s. 25.

3.3 Medling i Sverige

I Sverige används medling främst inom arbetsrättsliga tvister, vid arrende-, bostadsrätt- och hyrestvister samt för vissa upphovsrättstvister. Medling förekommer även på familjerättens område genom den familjerådgivning som kommunerna är skyldiga att tillhandahålla. Slutligen används i dag också medling vid brott enligt lagen (2002:445) om medling med anledning av brott, som trädde i kraft den 1 juli 2002. Medling vid brott skiljer sig dock väsentligt från medling i tvistemål. Det finns i brottmål ingen konflikt som det i egentlig mening går att förhandla om. Kränkningen har redan skett genom brottet. Gärningsmannen kan visserligen erbjuda kompensation och denna kan man förhandla om, men det går inte att förhandla om själva kränkningen. Förhandlingsutrymmet är därför mycket begränsat.

Att medling valts som konfliktlösningsform inom det arbetsrättsliga och upphovsrättsliga området beror främst på att de tvister som uppstår här måste kunna lösas snabbt eftersom de annars kan orsaka stora skador. När det gäller tvister om hyra och arrende är skälet i huvudsak ett annat, nämligen att det rör sig om bestående nära relationer, vilka bäst löses i samförstånd. Detta gäller i ännu större utsträckning tvister på familjerättens område. När det gäller medling inom förmögenhetsrättsliga tvister så har det hittills använts ganska sällan i Sverige, men man kan ana en viss ökning och utveckling även på detta område i dag, vilket uppsatsen kommer att visa.²⁷

3.4 Slutsats

Som vi har sett ovan finns det flera olika sätt att betrakta medlingen och dess funktion. I litteraturen går det ofta att sluta sig till att författarna är företrädare för ett av ovanstående tankesätt. Detta utgör enligt min mening ett problem, eftersom den aktuella författarens synsätt ofta utmålas som den ”sanna” beskrivningen av medlingsrörelsen. När man emellertid placerar de olika synsätten bredvid varandra kan man konstatera att medling är divergerande och pluralistisk. Vad de olika synsätten har gemensamt är emellertid att medlingen är fokuserad på att lösa problem och nå fram till uppgörelser.

De fyra ovanstående beskrivna synsätten kan emellertid inte bara används för att beskriva vilken medlingens funktion *är*, utan också för att argumentera för vilken den *bör* vara. Oavsett vilken beskrivning vi väljer att tro på beträffande medlingsrörelsen, så har vi ett val när vi utformar framtiden och vi måste då besluta oss för vilket som är det viktigaste målet med medling.

²⁷ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 14-15.

4 Medling i Sverige idag

Röster höjs av och till för en mer frekvent användning av medling i vanliga förmögenhetsrättsliga tvister. Enligt Lindell tycks det allmänna intrycket vara att användningen av medling faktiskt har ökat på området.²⁸

Söderlund är däremot av en annan uppfattning. Han menar att medling är ett sällan använt förfarande inom ramen för affärstvister. Anledningarna till detta kan vara flera tror han och hänvisar bland annat till att svenska företag i allmänhet är prestigelösa och pragmatiska i sitt sätt att hantera kommersiella konflikter. Detsamma kan sägas om de svenska advokaterna som ser till klientens bästa och aktivt lotsar dem förbi potentiellt destruktiva, rättsliga förfaranden. De advokater som hävdar att ”rätt ska vara rätt” och uppmuntrar klienten till en rättstvist är dessbättre undantagsfall. Samtidigt påpekar han dock att obekantskapen med medlingsinstitutet i företagsvärlden säkert kan vara en orsak till dess sällsynthet.²⁹

4.1 Medlingens förekomst

Hur väl bekanta är då domare och advokater med medling? I en undersökning gjord 1999 av Jan Norman framgår bland annat hur väl advokater och domare känner till medling och hur mycket de använder sig av den. På frågan ”Känner du till medling?” svarade 100 % av domarna ja och 95 % av advokaterna. Vidare ställdes frågan ”Har du verkat som medlare utanför rätten?”, varvid 17 % av domarna svarade ja och 26 % av advokaterna. Frågan ”Känner du andra som medlat?” besvarades med ja av 86 % av domarna och 71 % av advokaterna. När frågan gällde ”Hur många medlingar har du deltagit i per år” blev svaret att 73 % av domarna inte deltagit i någon, 27 % hade deltagit i färre än tio och 0 % i fler än tio. Motsvarande siffror för advokaterna var att 43 % inte deltagit i några, 54 % i färre än tio och 3 % i fler än tio. Ett helt annat svar blev det på frågan ”Skulle du själv vilja använda medling i större utsträckning?”. Här svarade 82 % av domarna ja och 72 % av advokaterna. Vissa av frågorna var av naturliga skäl bara riktade till advokaterna. En av dessa avsåg frågan ”Har du någon gång tagit upp frågan om alternativet medling – inom eller utom domstolen – med ditt motpartsombud?”. Svaret blev att 58 % sa sig ha gjort detta, 38 % uppgav att de aldrig gjort det medan 4 % uppgav att de gjorde det ofta. På frågan ”Har du någon gång föreslagit en klient medling?” blev svaret istället ja i 65 % av fallen och nej i 35 %. Däremot svarade 35 % ja och 65 % nej på frågan ”Har du någonsin föreslagit eller föreslagits att ta in en klausul om medling vid tvist, i ett avtal?”. På den avslutande frågan ”Tror du att medling har en framtid i Sverige?” svarade 84 % av domarna och 85 % av advokaterna ja.³⁰

²⁸ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 16.

²⁹ C. Söderlund, Tvister i affärlivet, 2000, s.65-66.

³⁰ J. Norman, Enkät angående förekomsten och användningen av medling, 1999.

En mycket aktuell debatt kring val av tvistelösningsform för företag ägde rum i Dagens Industri under våren 1998. En rad advokater, jurister och andra bransch-kunniga förde där en diskussion och gav uttryck för sin syn på medling och dess förekomst i Sverige.³¹

Artikelserien inleds med en diskussion kring huruvida det är bäst att lösa konflikter genom skiljeförfarande eller rättegång. Det dröjer emellertid inte länge förrän medling kommer in i bilden och diskussionen övergår till dess tillämpning, fördelar och förekomst. Advokat Lennart Skogsberg skriver i en artikel att det i Sverige finns en tydlig tendens till att tvister i näringslivet allt oftare och allt tidigare går till medling. Han menar även att parterna är nöjda med resultatet efter en medling och kan fortsätta jobba framåt. Skulle parterna inte förlikas finns ändå en positiv effekt av medlingen genom att den ofta bidrar till att förtydliga vad tvisten avser samt att irrelevant bevisning tas bort. Detta bidrar till att förkorta en eventuell senare handläggning i en domstol eller skiljenämnd. Skogsberg avslutar sin artikel med att fråga sig varför inte medlingsmöjligheterna används i större utsträckningen än vad som nu är fallet.³²

Debatt om detta har visserligen förekommit i diverse tidningar och tidskrifter de senaste åren, men det har varit i en förhållandevis liten utsträckning. Sverige ligger när det gäller informationsspridning om och användning av medling, långt efter föregångsländerna USA, Australien och England. Den svenska medlingslitteraturen var i princip obefintlig fram till 1999, då Jan Normans bok *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning* publicerades. Sedan dess har även Bengt Lindells bok *Alternativ tvistelösning* utkommit. Våra grannländer Norge och Danmark ligger även de före Sverige i utveckling och spridning av olika medlingsalternativ. I Norge har man bland annat drivit ett projekt med ”rettsmekling” för att försöka få parterna att komma fram till en lösning innan saken går till huvudförhandling och dom.³³ Medlaren har där försökt få en inblick i vilka intressen och behov parterna verkligen har och sedan stimulerat dem till en dialog som främjar förståelse och enighet.³⁴ I Danmark har en grupp advokater under våren 2003 bildat en förening för medlare. Målet är bland annat att sprida information om medling, utbilda medlare samt att utgöra en bas varifrån parter lätt kan få kontakt med professionella medlare. Föreningen tror att medling snabbt kommer att utvecklas till ett väsentligt och erkänt konfliktlösningssätt även i större kommersiella tvister.³⁵ Först 1999 startades i Sverige någon form av förenad verksamhet genom Svenskt forum för medling. Denna förenings syfte är att vara en mötesplats för alla som arbetar med eller är intresserade av medling samt att verka för att medling som konflikthanteringsmetod ska kunna utvecklas och spridas i Sverige. Vidare vill föreningen stärka idé-, metod-, och

³¹ Jag återkommer till denna debatt under kapitel 7.5.

³² L. Skogsberg, Medling ofta bättre än skiljedom, Dagens Industri 1998-03-13.

³³ Även i Danmark pågår nu ett försök med ”rettsmekling”.

³⁴ Se vidare på www.meklingsforum.no.

³⁵ se vidare på www.mediatoradvokater.dk.

erfarenhetsutbytet mellan skilda personer och yrkeskategorier, som på olika sätt har medling som arbetsredskap eller forskningsområde.³⁶ Ett liknande samarbete, fast med Norden som plattform, startades också 1999. Nordiskt forum för medling (NFM) som även det skall verka för att sprida kunskap om medling som arbetssätt, främja dess ställning och driva på utvecklingen av nya metoder inom arbetsområdet. Nordiskt forum för medling är tänkt att utgöra en mötesplats, ett forum för utbyte av idéer, kunskaper och erfarenheter för alla i Norden som arbetar med medling i någon form.³⁷

Lagstiftaren har i Sverige än så länge inte visat något större intresse för behovet av enklare och billigare tvistelösningsmodeller. Hovrättsprocessutredningen snuddade 1995 vid tanken och föreslog då ett helt nytt institut för nedsättning av förlikningslikvid. Syftet var att få parterna att ingå förlikning och att förhindra att seriösa förlikningsbud avvisades. Någon lagstiftning kom däremot inte till stånd vilket innebär att de enda regelverk som finns tillgängliga på marknaden är de privata, Göteborgsklausulerna och Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut.³⁸

4.2 Göteborgsklausulerna

Fem affärsbyråer (Lagerlöf&Lerman Advokatbyrå, Advokatfirman Lindahl, Mannheimer Swartling Advokatbyrå, Advokatfirman Vinge och Wistrand Advokatbyrå) i Göteborg fick 1995 tanken att skapa enklare och billigare modeller för tvistelösning och därmed uppstod de så kallade Göteborgsklausulerna. Grundtanken med klausulerna är att det i förlikningsförhandlingar har visat sig vara av stor betydelse om parterna har tillgång till en medlare. Att få hjälp av en särskilt utsedd medlare som båda parterna har förtroende för, kan hjälpa parterna att finna lösningar som de själva inte skulle ha tänkt på. Att medlaren även har möjlighet att prata enskilt med parterna ses som en viktig del, liksom att medlaren inte efteråt ska agera domare eller kunna höras om saken.³⁹

För att göra klausulerna mer användarvänliga har man även introducerat modellklausuler som är tänkta att användas redan när avtalet skrivs för att reglera framtida tvisters lösning med hjälp av medling. Följande är ett exempel på hur det kan se ut om man vill ha medling som förstahands alternativ till tvistelösning:

”Parterna förbinder sig att i första hand hänskjuta uppkommande tvister i anledning av detta avtal till medling i enlighet med Göteborgsklausulerna om medling. Enas parterna ej om medlare skall sådan på endera partens ansökan utses av styrelsen för Skiljedomsklubben i Göteborg.”

³⁶ Se vidare på www.sfm.nu .

³⁷ Se vidare på www.n-f-m.org .

³⁸ C. Sjölin, Praktisk tvistelösning i väster, Advokaten 2000:4, s.22-23.

³⁹ M. Pokorny, Enklare och billigare modeller på väg att erövra "marknaden", Advokaten 1995:7, s.8.

Reglerna⁴⁰ har nu fungerat en tid och erfarenheterna har varit positiva. Det finns därför goda skäl att sprida information om Göteborgsklausulernas möjlighet till en snabb och kostnadseffektiv tvistelösning, enligt advokat Claes Sjölin.⁴¹ Information om Göteborgsklausulerna går bland annat att hitta på Skiljedomsklubben's hemsida: <http://www.skiljedomsklubbenigbg.com/>.

4.3 Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut

För att främja användningen av medling inom kommersiella tvister startade även Stockholms Handelskammare 1999 ett särskilt organ med medling som tvistelösningsform. Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut har till syfte att bistå parter vid tvistelösning och att informera om medling som tvistelösningsform. Information om Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut går bland annat att hitta på deras hemsida: <http://www.sccinstitute.se>. Institutet har även utarbetat särskilda regler⁴² för medlingsförfarande, vilka är avsedda att underlätta en konstruktiv och effektiv hantering av affärlivets konflikter.⁴³

Även Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut har tagit fram en modellklausul för hur framtida tvister ska kunna lösas genom medling. Om parterna vill införa en klausul om medling som tvistelösningsform rekommenderar institutet följande skrivning:

"Tvist i anledning av detta avtal skall i första hand hänskjutas till medling enligt Regler för Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut, om inte någon av parterna när tvist uppkommit motsätter sig detta."

När modellklausulen har förts in i ett avtal skall även ett av nedanstående alternativ väljas och följande text läggas till:

Om någon part motsätter sig medling eller om medlingen avbryts, skall tvist i anledning av detta avtal slutligt avgöras...

Alt 1

... genom skiljedom enligt Regler för Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut.

Alt 2

... genom skiljedom enligt Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstituts regler för förenklat förfarande.

Alt 3

⁴⁰ Se nedan s. 22-23, för mer information om reglerna.

⁴¹ C. Sjölin, Praktisk tvistelösning i väster, Advokaten 2000:4, s.22.

⁴² Se nedan s. 22-23, för mer information om reglerna.

⁴³ L. Edlund, Stockholms Handelskammare startar medlingsinstitut, Advokaten 1999:7, s. 12.

... av allmän domstol.

Medlingsinstitutet bistår även parterna med att föreslå lämpliga medlare. Medlaren ska vara neutral och opartisk och verka för att parterna kommer fram till en rimlig lösning. Medlarens roll och medverkan är inte mer exakt reglerad, utan bestäms efter en inledande diskussion med parterna.⁴⁴

4.4 Slutsats

En slutsats som kan dras av Jan Normans rapport är att väldigt många säger sig känna till medling, men att väldigt få själva har agerat som medlare utanför rätten; endast 17 % av domarna och 26 % av advokaterna. Av dem är det bara 3 % av advokaterna som deltagit i fler än 10 medlingar på ett år. Dock säger sig 82 % av domarna och 72 % av advokaterna vara positiva till att medling används i större utsträckning. Detta liksom den senare tidens framväxt av Göteborgsklausulerna och Stockholm Handelskammares Medlingsinstitut tyder på en positiv utveckling för medlingen i Sverige. Även det faktum att nya föreningar har bildats talar för att medlingen verkar vara på frammarsch som konfliktlösningsform.

För medlingens fortsatta utbredning i Sverige talar också det faktum att 84 % av domarna och 85 % av advokaterna enligt undersökningen trodde att medling har en framtid i Sverige. Det ska påpekas att detta var 1999 och med den utveckling som har observerats i Danmark och Norge tror jag inte att det är omöjligt att en liknande undersökning, som gjordes idag skulle visa en ännu större framtidstro på medling. Än så länge verkar det emellertid som medling används relativt sparsamt, Stockholms Handelskammares Medlingsinstitut årsredovisning för år 2002 redovisade exempelvis bara ett medlingsfall.

⁴⁴ A. Magnusson, Effektivare tvistelösning, 1999.

5 Regelstyrd medling

5.1 Medling enligt rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st

Även när tvisten kommit så långt att den anhängiggjorts vid domstol kan man välja att låta en medlare försöka komma fram till en lösning tillsammans med parterna. Möjligheten ges i rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st. (Här återges även 1 st.).

Är saken sådan att förlikning därom är tillåten, skall rätten, i den mån det är lämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter, verka för att parterna förlikas.

Om det med hänsyn till målets beskaffenhet är lämpligare, att särskild medling äger rum, kan rätten förlägga parterna att inställa sig till förlikningssammanträde inför medlare som förordnats av rätten.

Medlingen måste påkallas av parterna gemensamt. De ska tillsammans utse en medlare som båda parter har förtroende för. Detta är även viktigt av den anledningen att parterna delar på kostnaden. Den brukar emellertid täckas av det rättsskydd som finns i de flesta företagsförsäkringar.⁴⁵

Någon formell lösning till vissa stadier av rättegången då medling rekommenderas har inte gjorts i lagtexten, eftersom omständigheterna i olika mål varierar alltför mycket. Det bästa är emellertid att det sker så tidigt som möjligt. Det bör dock ha kommit till ett stadium i målet där materialet fått viss struktur och parternas ståndpunkter klargjorts. Medlaren kan vara domare, en person med sakkunskaper på området eller advokat.⁴⁶ Några andra riktlinjer för hur medlingen ska genomföras ges inte i propositionen.

En medlare i dessa fall går in under definitionen av ”uppdragstagare hos myndighet” i sekretesslagen 1 kap 6 §, vilket innebär att en medlare har tystnadsplikt i fråga om sådana uppgifter som är sekretessbelagda enligt samma lag. Frågan är dock om man inte borde gå längre än så och införa en regel om generell sekretess för uppgift som lämnas inför medlare när den part som lämnat uppgiften begär att den ska hållas hemlig. Ett antal skäl talar emellertid mot en sådan lösning. Här hänvisas i litteraturen bland annat till att medlarens verksamhet ligger förhållandevis nära den förlikningsverksamhet som bedrivs av domare inom ramen för en rättegång. Det är därför svårt att motivera en total tystnadsplikt för den ene befattningshavaren, men inte för den andre.⁴⁷ Har rättshjälp beviljats betalar

⁴⁵ L. Skogsberg, Medling ofta bättre än skiljedom, Dagens Industri 1998-03-13.

⁴⁶ Prop. 1986/87:89, om ett reformerat tingsrättsförfarande, s. 209.

⁴⁷ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 126-128.

staten enligt rättshjälpslagen 18 § kostnaderna om medlaren har utsetts enligt rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st. Härvid ersätts medlaren för uppdraget i dess helhet. Detta innebär att hela ersättningen betalas av allmänna medel även om endast en av parterna har rättshjälp.⁴⁸

En grundläggande förutsättning för medling är att båda parterna är överens om att medling skall genomföras. Detta grundar sig på att var och en enligt svensk rätt har rättigheten att få sin sak prövad av domstol. Domstolen är dock skyldig att verka för en förlikning i de fall där det är lämpligt. En förutsättning för ett medlingsförfarande är att målet överhuvudtaget är lämpligt för förlikning. Exempel på mål som tas upp i propositionen är stora komplicerade tvister som kräver avsevärda resurser, mål där tvisteföremålet inte är obetydligt samt mål där bevisupptagningen kan förväntas bli tidskrävande. Det anses däremot inte lämpligt med medling eller förlikning i små mål där en part innehar en ostridig fordran – om en sådan efterges har parten även eftergett sin absoluta rätt. I en bredare uppgörelse mellan parter kan det dock vara riktigt att ta in en liknande fordran i en förhandlingslösning, eftersom medlaren söker efter en större helhetslösning.⁴⁹

Vilka fördelar har det att reglering om medling införts i rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st? Lagstiftarens syfte var att förkorta de långa handläggningstiderna och minska processkostnaderna. Om lagrummet tillämpas på rätt sätt, det vill säga på rätt typ av mål, i rätt tid och med rätt medlare kan stora fördelar uppnås; tvisterna blir avgjorda snabbare, kostnaderna blir lägre och parternas relationer förhoppningsvis bättre bevarade. Det finns allt att vinna och inget att förlora på att medverka i ett medlingsförfarande. Även om medlingen skulle misslyckas på alla plan leder den i många fall till att en efterföljande domstolsprocess förenklas, då processmaterialet och tvistefrågorna är ordentligt genomgångna leder det nämligen till en snabbare och därigenom billigare process.⁵⁰

I förarbetena⁵¹ framhålls att en av medlingens stora fördelar ligger i att medlaren i mycket mindre omfattning än domaren behöver känna sig bunden av rent juridiska överväganden. Detta innebär att medling är särskilt lämplig i fall där utomrättsliga faktorer är betydelsefulla för en lösning. Ytterligare en fördel är att medlaren kan koncentrera sig på väsentligheter och kan tala öppet med parterna både i sak- och rättsfrågor. Han eller hon behöver inte heller vara rädd för att uttrycka sin åsikt i sak eller lägga fram konkreta förlikningsbud. Även det faktum att parterna själva kan påverka valet av medlare kan anses som en fördel.

⁴⁸ Prop. 1996/97:9, om en ny rättshjälpslag, s. 213.

⁴⁹ Prop. 1986/87:89, om ett reformerat tingsrättsförfarande, s. 111-114.

⁵⁰ G. Admund, Medling enligt RB 42:17 är ett bra institut - som borde tillämpas mer, Advokaten 1997:8, s. 17.

⁵¹ Prop. 1986/87:89, om ett reformerat tingsrättsförfarande, s. 207-208.

Domaren och medlaren Thord Widebeck menar att det finns fördelarna med att ha en processjurist, domare eller advokat som medlare. En sådan medlare kan förklara för en part som är övertygad om att denne kommer att ha framgång i en domstolsprocess och kanske också har rätt i sak, att mål ofta riskerar att stå och falla med knepiga frågor som rör bevisbörda och bevisning. Men även det faktum att dessa kategorier kan bedöma målet i dess helhet och komma med rimliga förlikningsförslag anser Widebeck vara viktigt. Medlaren bör vidare, enligt Widebeck, se som sin uppgift att förklara för parterna att det sällan är så att den ena parten har helt rätt och den andra helt fel. Svårigheten är att en konflikt ofta kan liknas vid en grå massa. En domstol måste till någons missnöje plocka fram något svart eller vitt. En medlare har däremot möjligheten att låta grått förbli grått och därigenom hitta lösningar som förhoppningsvis ligger närmare verkligheten. Han avslutar med att konstatera att en domare under en process inte kan säga till en part att den inte har grund för sina yrkanden eller begär en orimlig kompensation. En medlare både kan och bör göra det. Är grunderna för talan dubiösa bör medlaren upplysa parterna om detta. Medlaren bör även peka på alla osäkerhetsfaktorer, försöka sig på en bedömning av den bevisning som finns samt ge parterna en föreställning om vad som kan hända om medlingen misslyckas. I denna bild bör enligt Widebeck ingå skräckversionen, nämligen skyhöga rättegångskostnader, ett snabbt förbrukat rättsskydd samt risken för att rättshjälpsersättningen inte är mycket att räkna med för det fall att man förlorar.⁵²

Hur och i vilken utsträckning tillämpas rättegångsbalken 42 kap 17 § 2st? Jan Normans undersökning från 1999 visar att 66 % av de tillfrågade domarna svarade ja på frågan ”Har du själv, å rättens vägnar, någon gång givit ett förordnande till någon enligt RB 42:17, 2st, att vara medlare?”. På frågan ”Kommer initiativet till medling, enligt 42:17, 2st, normalt från: rätten, parterna, ombuden?” svarade 70 % av domarna att initiativet kom från rätten, 3 % att det kom från parterna och 27 % att det kom från ombuden. ”Har du någon gång själv tagit upp frågan, om alternativet medling, enl RB 42:17 2st, med parterna eller ombuden?” Ja, svarade 70 % av domarna, nej svarade 26 % och 4 % av domarna svarade ofta.

På frågan ”Förekommer, så vitt du vet, förordnande av medlare, enl. RB 42:17 2st, i er domkrets?” svarade både advokater och domare. Av domarna menade 70 % att det förekom, 15 % att det inte förekom och 15 % sade sig inte veta. Motsvarande siffror för de tillfrågade advokaterna var 56 % jakande, 7 % nekande och 37 % som sade sig inte veta. ”Finns det från domstolens sida intresse av fler förordnanden enligt RB 42:17, 2st.?” Ja, svarade 64 % av domarna, nej, svarade 8 % och vet ej 28 %.

5.2 Medling enligt Stockholms

⁵² T. Widebeck, Några medlarfunderingar, Advokaten 1995:3, s.54-57.

Handelskammarens Medlingsinstitut samt Göteborgsklausulerna

Medlingsförfarandet kan genomföras alldeles fritt från styrande regler genom ett öppet mandat till medlaren att utföra medlingen på det sätt denne finner bäst. Men man kan också tänka sig att medlingen sker enligt vissa regelverk så som de i Sverige förekommande Göteborgsklausulerna och Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut.⁵³

Båda dessa system innehåller en hel del regleringar som brukar finnas med i de flesta internationella medlingsavtal. Det finns bland annat i båda regelverken föreskrifter om medlaren opartiskhet, parternas skyldighet att ange vad tvisten handlar om, förekomsten av sekretess, att förskott skall betalas samt hur medlingen skall avslutas. På de flesta punkter liknar systemen varandra, men delar av dem skiljer sig åt på mer eller mindre betydelsefulla sätt. Klausulerna är i båda systemen genomgående inte obligatoriska, i den mening att de inte är förhandlingsbara, eftersom medlingen helt och hållet bygger på frivillighet.⁵⁴

Båda systemen föreskriver sekretess kring det som har förekommit vid medlingen. Oaktat att denna sekretess innefattar att medlaren inte får kallas som vittne så regleras detta ändå uttryckligen. Göteborgsklausulerna sträcker sig ytterligare lite längre och föreskriver att förlikningsförslag eller förlikningsbud inte får återropas i rättegång eller vid skiljeförfarande. Frågan är vad som händer om medlaren, trots dessa regler, skulle bli kallad som vittne i en rättegång. Medlaren har ju som tidigare nämnts inte tystnadsplikt vid en rättegång. Det innebär att medlaren inte med stöd i lag kan avvisas som vittne. Om parterna har avtalat om sekretess kan emellertid domstolen med stöd av detta avtal avvisa den begärda bevisningen. Något uttryckligt stöd för detta undantag från vittnesplikten finns emellertid inte i rättegångsbalkens 36 kapitel och det råder delade meningar om huruvida domstolen bör förfara på detta sätt. Medling gäller alltid dispositiva tvister och därmed är dispositionsprincipen⁵⁵ tillämplig. Frågan blir därför huruvida dispositionsprincipen även innefattar bevisning? Enligt Lindell gör den otvivelaktigt det. Han menar att det inte bör råda någon tvekan om att parterna i en dispositiv tvist kan träffa en bindande överenskommelse om att avstå från viss bevisning eller om att bevisning endast ska få föras på ett visst sätt. Ett hinder skulle dock kunna vara att en sekretessbestämmelse kan strida mot avtalslagen, men eftersom det vid medling oftast rör sig om jämnstarka parter med tillräckliga insikter om vad en sekretessförbindelse betyder, så bör utrymmet för att jämka eller sätta en sådan åt sidan efter en

⁵³ I Bilaga A finns reglerna för Göteborgsklausulerna och Stockholms Handelskammarens medlingsinstitut bifogade.

⁵⁴ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 134-136.

⁵⁵ Processrättslig princip enligt vilken parterna själva i stor utsträckning får bestämma ramen för rättegången, vilka yttranden som skall prövas, vilka faktiska omständigheter som skall läggas till grund för domen osv.

oskälighetsbedömning vara mycket liten.⁵⁶ Rättsliga åtgärder är uttryckligen inte tillåtna under medlingen enligt punkt 9 i Göteborgsklausulerna. Någon liknande reglering återfinns inte i Medlingsinstitutets regler. Detta kan bero på att rättsliga åtgärder ibland kan vara nödvändiga. Ett exempel på detta är preskriptionsavbrott av en fordran. Vid en sådan åtgärd är det dock troligt att motparten inser dess nödvändighet, vilket innebär att medlingen inte nödvändigtvis, trots punkten 9 i Göteborgsklausulerna, behöver avbrytas på grund av detta. En rättslig åtgärd skall dock som huvudregel alltid undvikas under en pågående medling. En bedömning av en eventuell rättslig åtgärd får dock ske i varje enskilt fall för sig och hänsyn bör då tas till parternas relation till varandra och vad tvisten gäller.

Medlingen avslutas på likartade sätt enligt båda systemen, det vill säga antingen genom en överenskommelse eller på initiativ av medlare eller någon part. Medlingsinstitutet har till skillnad från Göteborgsklausulerna angett en tidsfrist på två månader inom vilken medlingsförfarandet skall vara avslutat. Denna kan dock förlängas om det skulle behövas.⁵⁷

Enligt Medlingsinstitutets 12 § kan parterna i samband med att de träffat förlikningsavtal även komma överens om att utse medlaren till skiljeman, därmed kan de få förlikningsavtalet fastställt genom skiljedom. Detta är en ganska originell lösning i medlingssammanhang och en motsvarighet saknas i Göteborgsklausulerna. Lindell menar att lösningen är lika välfunnen som överraskande. Den innebär en total omkastning från vad som normalt gäller, nämligen att man först träffar skiljeavtal, sedan löser tvisten och därefter får en skiljedom. I det här fallet är tvisten redan löst när medlaren utses till skiljeman och åtgärden har endast till syfte att utverka ett bindande avgörande och verkställighet. Förfarandet innebär i enlighet med denna reglering inte att några nya avgifter tillförs, medlaren ändrar bara roll och blir skiljeman inom ramen för medlingsförfarandet.⁵⁸

5.3 Slutsats

Att utse medlaren till skiljeman har visserligen sina fördelar, men frågan är om inte riskerna med detta förfarande ändå överväger. Parterna kan ha mycket ojämna styrkeförhållanden, medlingen kan gå mycket snabbt och medlaren kanske därmed inte lyckas att stoppa en mycket oförmånlig lösning för någon av parterna. Lösningen kan ju då i och för sig klandras, men hur bedöms en sådan klandertalan när något egentligt skiljeförfarande inte har ägt rum? Frågan är också hur beteckningen skiljedom ska tolkas då något egentligt skiljeförfarande inte har ägt rum? Lindell menar att Medlingsinstitutets 12 § rör sig om en skiljedom som kan och skall verkställas. Vidare anser han att klanderreglerna kan användas för sådana situationer som täcks av klandergrunder, exempelvis jäv. I övriga situationer

⁵⁶ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 135-137.

⁵⁷ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s.138.

⁵⁸ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 138-139.

får man enligt Lindell konstatera att det relevanta är *överenskommelsen*, som därför så att säga "konsumerar förfarandefrågan". Part blir således hänvisad till att väcka talan om den stadfästa skiljedomen, alternativt åberopa ordre public för att få skiljedomen ogiltigförklarad.⁵⁹ Här bör även påpekas att parterna har möjlighet att efter en stämning i domstol förlikas med vilken typ av alternativ konfliktlösning som helst och få förlikningen fastställd genom dom. Om parterna vid medlingsprocessens inledning bestämmer sig för att senare eventuellt utse medlaren till skiljeman finns dock en risk att de under processen ser på medlaren som en domare. Då förlorar parterna känslan av att det är de som "äger" problemet och att det är de som ska jobba sig fram till sin lösning, vilket ju är hela tanken med medling. Å andra sidan undviks en av nackdelarna med medling, nämligen den att den annars inte ger ett verkställbart avgörande.

En viktig anledning till att välja medling är att den är tidsbesparande. En tvist kostar både tid, pengar och energi. Att Göteborgsklausulerna till skillnad från Medlingsinstitutets regler inte har någon tidsfrist skulle med hänsyn till detta kunna ses som en brist.

En fördel med regelstyrd medling kan vara att en neutral institutions medverkan kan göra att parterna uppfattar medlingsprocessen som mer seriös, vilket även ger den en högre grad av auktoritet. Detta medför också att parterna blir mer lyhörda gentemot medlaren, eftersom dennes roll uppfattas som mer officiell.

Detaljerade, väl utförliga medlingsregler, som parterna ansluter sig till på förhand, har den fördelen att tvister om själva handläggningen kan undvikas. Ytterligare en fördel med utförliga regler är att de har ett informativt och pedagogiskt värde genom att de ger parterna upplysning om hur ett medlingsförfarande är uppbyggt. Det kan ge trygghet framför allt i de fall då parterna har valt medling, utan att vara speciellt insatta i förfarandet.

Det är slutligen tänkvärt att notera den positiva inställning till medling som uttrycks i förarbetena, samt den positiva inställning till själva användandet av rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st som uttryckts av praktiker. En vanlig inställning hos praktiker är att man bör "stämna först och förhandla sen". En intressant fråga är därför om det inte skulle vara möjligt att istället införa medling på ett ännu tidigare stadium, redan innan parterna växlat rättegångsskrifter och domstolen lagt ner avsevärd tid på förfarandet. De inblandade aktörerna skulle då arbeta mer som medparter än motparter och mer som problemlösare än ombud. Detta skulle medföra att skapandet av en lösning kan startas långt tidigare.

⁵⁹ B. Lindell, e-mail, 2003-12-04.

6 Medling i jämförelse med rättegång, förlikning och skiljeförfarande

”Tidsbesparingen sänker kostnaden för en medling till en bråkdel av de kostnader som uppkommer vid de andra förfarandena, till kanske 40 000-50 000 kronor totalt. Jämför detta med de hundratusentals kronor, kanske över miljonen, som domstols- och skiljeförfarande kostar. Ligger tvisten i domstol kan det ta år innan den är löst eller dom meddelats. Ett överklagande tar ytterligare något eller några år. Skiljeförfarande tar ett antal månader. Väljs medlingsförfarandet kan tvisten klaras av på ett par månader”.

Ovanstående stod att läsa i Dagens industri (1998-03-13) och föranleder en jämförelse mellan de olika förfarandena, rättegång, förlikning, skiljeförfarande och medling.

6.1 Rättegång och förlikning

En rättegång innebär att parterna anlitar rättssystemet för att lösa en tvist. De lämnar därmed över ansvaret, kontrollen över processen, beslutfattandet och ansvaret för utgången av målet till domstolen. Domstolsprocessen inleds i regel av en muntlig förberedelse där det avgörs om det finns förutsättningar för en förlikning.⁶⁰ Rättens ordförande är alltid skyldig att i första hand försöka förlika parterna om detta är möjligt och målet är lämpligt för förlikning.⁶¹

Det är viktigt att domarna tar upp förlikningsfrågan på ett medvetet sätt. Det kan nämligen vara svårt för parterna att själva driva frågan, då detta kan ses som ett tecken på svaghet.⁶² Domaren bör därför alltid informera parterna om för- och nackdelar med en fortsatt process jämfört med förlikning och inbjuda parterna till förlikningsförhandlingar.⁶³ Det är emellertid lika viktigt att domaren respekterar ett nej, eftersom varje part har en oavvislig rätt att få målet prövat.⁶⁴ Förlikning är att föredra framför en process främst på grund av följande fyra faktorer. För det första tidsaspekten: Det finns alltid en risk att någon av parterna överklagar, vilket innebär att det är rimligt att anta att minst två år kommer att passera innan en dom föreligger. För det andra rättegångskostnaderna: Dessa riskerar att bli mycket stora och ett eventuellt rättsskydd räcker inte långt - ibland täcker det inte ens första

⁶⁰ J. Norman, Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning, 1999, s. 41.

⁶¹ Prop. 1986/87:89, om ett reformerat tingsrättsförfarande, s. 297.

⁶² T. Brolin m.fl., Tvistemålsprocessen 1, 2001, s. 151-152.

⁶³ T. Brolin m.fl., Tvistemålsprocessen 1, 2001, s. 156.

⁶⁴ Prop. 1986/87:89, om ett reformerat tingsrättsförfarande, s. 111-114.

instans. För det tredje affärsmässiga kalkyler: Företaget kommer att ha kostnader, inte bara för processen, utan även för de anställda som blir inblandade i förberedelser och rättegång. För det fjärde det obehag som framkallas: Både av processen i sig och av ovissheten om hur den ekonomiska situationen kommer att se ut efter processen.⁶⁵ Slutligen kan även tilläggas två i motiven nämnda skäl, nämligen vikten av frivilligt fullgörande, vilket ökar viljan hos den förpliktade att göra rätt för sig, samt behovet av att upprätthålla goda relationer. Denna sist nämnda faktor får sägas ha särskild relevans i affärstvister.⁶⁶

Det råder en bred enighet om att rätten i dispositiva tvistemål skall undersöka om det finns förutsättning för en förlikning. Det finns emellertid inget entydigt svar på frågan om denna skyldighets omfattning. Alla ser inte lika positivt på förlikningar. Vissa anser till exempel att rätten inte bara ska lösa enskilda tvister, utan att den även ska verka handlingsdirigerande för samhällsmedborgarna i allmänhet. De tycker därför att om förlikningsförsök ska påbörjas ska de starta så sent som möjligt då utredningen och rättsläget är klarlagt.⁶⁷

Om en förlikning inte skulle komma till stånd fortsätter processen i domstol med huvudförhandling och därefter avgörande genom en dom.

6.2 Skiljeförfarande

Skiljeförfarande är en typ av privat rättsskipning där parterna själva väljer ut de personer som ska lösa tvisten. Dessa har vanligtvis djupgående kunskaper inom det område som tvisten berör. För det mesta går det till så att parterna väljer var sin domare. Dessa utser sedan tillsammans den tredje domaren, som också blir nämndens ordförande. Det kan vara en fördel om denna tredje person är jurist, då det finns ett antal formkrav i lagen om skiljeförfarande som ska följas. Skiljeförfarandets fördelar jämfört med en vanlig civilprocess är omdiskuterade. Bland fördelarna brukar nämnas möjligheten till särskild sakkunskap, snabbhet i förfarandet, kommersiell sekretess, att parterna själva bestämmer tid och plats, möjligheten att välja processform samt möjligheterna till verkställighet utomlands. Bland nackdelarna nämns saker som att kostnaderna ofta blir mycket höga, att risken för en materiellt oriktig dom är högre, samt att domen i de flesta länder bara kan överklagas i den formella delen och inte den materiella.⁶⁸

⁶⁵ T. Brolin m.fl., *Tvistemålsprocessen 1*, 2001, s. 158-161.

⁶⁶ Prop. 1986/87:89, om ett reformerat tingsrättsförfarande, s. 111-114.

⁶⁷ Prop. 1986/87:89, om ett reformerat tingsrättsförfarande, s. 111.

⁶⁸ J. Norman, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, 1999, s. 45-46.

6.3 Vad skiljer medling från skiljeförfarande och rättegång?

Följande tabell illustrerar hur skiljeförfarande och medling förhåller sig till varandra:⁶⁹

Skiljeförfarande		Medling
Formella regler		Informella regler
Någon dömer		Medlare underlättar parternas egen lösning
Juridiken styr		Parterna styr, objektiva normer ⁷⁰
Parterna kontrollerar ej proc./utgång		Parterna kontrollerar process och utgång
Hör vittnen		Inga vittnen – ej fråga om rätt och fel
Bevisning		Sällan bevisning
Kamp		Samarbete
Positionsinriktad		Intresseinriktad
Distributiv		Integrativ
Delvis sekretess	Total sekretess	
Tar längre tid		Tar kortare tid
Dyrare		Billigare
Gemensam sittning		Gemensamma - och separata sittningar
Någon har rätt, någon har fel		Finna en gemensam lösning
Ren sakframställning		Parterna får ventilerera problem/känslor
Ombuden talar		Parterna talar
Skiljemannen har ansvaret		Parterna har ansvaret för uppgörelsen
Bindande dom		Bindande avtal
Tittar bakåt		Tittar framåt
Rena sakomständigheter viktiga		Resultat och relation viktigt
Rättvisa		Alternativa och kreativa lösningar
Specifik tvist		Lärande för framtiden
Relationerna förstörs		Terapeutisk funktion

Rättegångens förhållande till medling kan beskrivas på följande sätt:⁷¹

Rättegång	Medling
Genomdriva rättigheter	Anpassa intressen
Bestämt yrkande	Skapa lösningsmöjligheter
Tvingande och bindande	Frivilligt och i samförstånd
Enligt processuella regler	Processuell flexibilitet
Lagreglerade intressen	Ej lagreglerat deltagande
Formellt	Informellt
Genomdriva normer	Skapa normer
Koherent och prejudicerande	Situationsbunden och individuell
Händelsecentrerad	Personcentrerad
Faktaorienterad	Relationsorienterad
Tillbakablickande	Prospektiv
Professionaliserad	Ej professionaliserad
Offentlig	Privat och konfidentiell

⁶⁹ Tabellen hämtad från J. Norman, Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning, 1999, s. 47-48.

⁷⁰ Se nedan s. 56.

⁷¹ Tabellen hämtad från B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s.70.

6.4 Slutsats

Syftet med att använda medling istället för en domstolsprocess är att medling löser konflikter och problem, där domstolen endast kan fördela det juridiska ansvaret för begångna fel. Medling ger därmed en möjlighet att beakta parternas intressen och behov istället för bara ett urval av juridiskt relevanta kriterier, vilka riskerar att skapa förlorare oavsett vem som vinner målet. Domstolens uppgift är även att skapa handlingsnormer för allmänheten vilket medför en viss fokusering för domstolen att hitta juridiskt relevanta och identifierbara faktorer. Medling däremot behöver inte ta några sådana hänsyn och kan därför vara helt inriktad på det aktuella fallet.

Förlikningsteorierna stämmer ofta väl överens med medlingsteorierna. Här bör framhållas att förlikningsavtalets innehåll inte behöver överensstämma med det resultat som uppkommit om fallet avgjorts i enlighet med gällande rätt. Även faktorer som att upprätthålla goda relationer, möjlighet till frivilligt fullgörande och att hålla nere rättegångskostnaderna kan läggas till fördelarna med förlikning. Det finns dock även risker. En av dessa är att förlikning kan ske mot någon av parternas vilja om domaren försöker övertyga parterna och pressa dem att hitta en lösning. Ytterligare en risk är att man hastar igenom processmaterialet, för att ta en genväg till den tilltänkta domen. Av all information som parterna besitter är kanske så lite som tio procent rättsligt relevant. Resterande del kan emellertid från parternas synvinkel vara nog så relevant, för att nå en så bra lösning som möjligt, risken är dock stor att en domare bortser från denna information och endast ser till den juridiskt relevanta. Ett sådant förfarande riskerar inte bara att skapa lösningar som känns främmande för parterna, utan medför också att graden av efterlevnad troligen minskar.

Skiljeförfarandet står för sekretess, snabbhet och smidighet. Medlingsprocessen uppfyller också dessa kriterier, men man kan dessutom lägga till ytterligare ett, nämligen att medlingen innebär en form av trygghet genom att parterna behåller kontrollen. Parterna disponerar själva över processen och är därför fria att anta eller förkasta framlagda förslag och alla omständigheter diskuteras igenom på ett öppet sätt, därmed fattas inga beslut över huvudet på parterna. Även om skiljeförfarande till viss del är friare än en domstolsprocess, så torde det dock även här vara juridiska kriterier som i huvudsak avgör målen. Även kostnaden är en aspekt man måste ta med när det gäller skiljeförfarande, som ofta är mycket dyrt. Till likheterna mellan skiljeförfarande och medling hör att en tredje person är inblandad, att förfarandena är snabba och inte offentliga. Tvisten blir dock offentlig vid klander eller ogiltighetstalan mot skiljedomen, samt vid medling när det sker enligt rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st. Vidare har man i båda förfarandena möjlighet att påverka vem som ska vara tredje man och i båda kan tvistens avgörande grundas på billighet.

7 Medling som konfliktlösningsmetod

Förutsebarhet har stor betydelse för vår rättskultur. Man utgår ifrån lagar och rättspraxis eller med andra ord hela den normativa rättsliga ideologin. Domaren har i den en expertstatus som ger honom möjlighet att avkunna det ”riktiga” avgörandet. Medling däremot bygger på ett helt annat synsätt. Medlaren försöker inte använda sina kunskaper för att nå det ”riktiga resultatet”. Medlarens arbete är istället inriktat på själva förloppet, det vill säga medlingsprocessen.

Förfarandet måste skräddarsys för varje aktuell tvist och partskonstellation. Både val av medlare och medlingsteknik kan och bör styras av parterna själva. Medling kan äga rum före, under, efter eller istället för domstolsprocess eller skiljeförfarande. I den konkreta tvist jag tänker använda mig av för att illustrera hur en medlingsprocess kan gå till i praktiken, kommer jag att utgå från att talan vid domstol inte har väckts. Parterna kommer i detta fall att ha tagit kontakt med var sitt ombud och väljer därefter medling som konfliktlösningsmetod för tvisten. Innan jag kommer till detta finns det emellertid ett antal allmänna frågeställningar och principer kring medlingsprocessen som jag vill åskådliggöra och definiera. Nedan kommer jag därför att diskutera hur medlingsprocessen går tillväga. Vilken är därvid medlarens roll? Bör parterna ha ett juridiskt ombud och/eller tillgång till experthjälp? I vilka typer av tvister passar det med medling som konfliktlösningsinstrument? Vad talar för, respektive mot, medling inom kommersiella tvister? Jag kommer slutligen att beskriva den definition av medling som jag kommer att använda mig av samt presentera den konkreta tvisten där jag ska tillämpa mina kunskaper.

7.1 Medlingsprocessens tillvägagångssätt

Det finns två olika yttre former för medling. Den ena använder sig av skytteldiplomati.⁷² Medlaren pratar med varje part för sig och förmedlar sedan budskapet mellan parterna. Dessa befinner sig ofta på samma plats vid medlingstillfället, men i olika rum. Enskilda samtal kan även förekomma när medlingen utförs i form av den så kallade konferensmetoden.⁷³ Vid båda tillvägagångssätten krävs det alltid ett uttryckligt medgivande för att medlaren ska få ta upp saker som framkommit vid enskilda samtal. Konferensmetoden innebär att parterna sitter tillsammans i samma rum och pratar öppet om sina intressen och behov. Parternas ansvar för lösningen blir större vid den här typen av medling och medlarens förslagsaktivitet lägre än då skytteldiplomati

⁷² I litteraturen kallas enskilda samtal för ”caucus” och metoden för caucus-metoden.

⁷³ Även kallad non-caucus metoden.

används. Den roll medlaren intar samt processerna har dock många gemensamma drag.⁷⁴

7.2 Medlarens roll

Det uppenbara syftet med att engagera en tredjepart som medlare är att förvandla en tvådimensionell strid till en tredimensionell utforskning som leder till att man kan hitta en ”design” för en lösning.⁷⁵ På vilket sätt ska medlaren agera för att hjälpa parterna att finna en lösning? En av medlarens viktigaste uppgifter är att skapa ett klimat och en sinnesstämning som gör att parterna kan interagera på ett ändamålsenligt sätt. Det är därvid viktigt att uppmärksamma konfliktinitiativ av parterna och omedelbart desarmera dem. Avsikten med medlingsprocessen är inte att klarlägga vem som har ”rätt” och vem som har ”fel”. Medlarens viktigaste roll är istället att styra själva processen. Det är viktigt att han/hon gör en dagordning och därefter följer den ett steg i taget, annars är risken att allt diskuteras på en gång och att man därför fastnar i en evig argumentation, som inte för med sig några konkreta lösningar.⁷⁶

Medlarens roll växlar emellertid från fall till fall beroende på parternas önskemål, tvistens karaktär och den personliga stil medlaren har. Ett minimum för medlarens aktivitet kan sägas vara att initiera och underhålla kontakten mellan parterna, tillhandahålla lokaler där parterna kan mötas, fungera som en neutral part som stöd för parternas förhandlingar och se till att båda parter kommer till tals. Men en medlare kan även fungera som expert, möjliggörare, samtalsledare och tillhandahållare av spelplan. Han/hon kan hjälpa parterna att se realistiskt på situationen samt att sovra bland och utvärdera olika möjligheter till lösningar. Oavsett vilken roll medlaren innehar bör han/hon dock alltid vara neutral, opartisk och en god lyssnare.⁷⁷

I litteraturen görs ofta en åtskillnad mellan begreppen neutralitet och opartiskhet.⁷⁸ Neutralitet syftar då på relationerna mellan parterna och medlaren och innebär att medlaren inte får ha några ekonomiska, sociala eller psykologiska förbindelser till parterna som kan påverka hans intervention i tvisten. Opertiskhet avser mer själva förfarandet och innebär att medlaren inte genom ord eller handling får gynna den ena parten på den andras bekostnad. Han/hon ska med andra ord behandla parterna lika och rättvist.⁷⁹

⁷⁴ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s.104.

⁷⁵ E. De Bono, Konflikter, ett bättre sätt att lösa dem, 1986, s. 174.

⁷⁶ E. De Bono, Konflikter, ett bättre sätt att lösa dem, s. 176.

⁷⁷ J. Norman, Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning, 1999, s. 108-110.

⁷⁸ De författare som inte använder sig av båda begreppen använder oftast opartiskhet och anser då att det innefattar allt.

⁷⁹ C. Moore, The Mediation Process, 1996, s. 15.

Människor, kulturer och stilar är olika, men det finns gemensamma grundläggande behov som alltid måste tas hänsyn till. Alla människor behöver bli sedda, hörda, bekräftade och få vara delaktiga i det som sker. Ett enkelt sätt för en medlare att tillgodose detta är genom aktivt lyssnande. Den lyssnande ger då inga råd, kritiserar inte, kommer inte med några egna lösningar, utan hjälper endast den berättande att göra sin egen analys så att han/hon själv kan komma på olika tänkbara lösningar. Lyssnandet består av fyra moment; att observera och läsa partens icke-verbala beteende, att lyssna till och förstå partens verbala budskap, att försöka förstå sammanhanget, samt slutligen att uppmärksamma sådant som kan ifrågasättas i partens egen berättelse.⁸⁰

För att underlätta för parterna att välja medlare kan det vara bra att ha en någorlunda klar bild över vilka olika former av medling det finns och vilka roller medlaren har i dessa. Medling kan vara *distributiv* eller *integrativ*, men även *transformativ* eller *terapeutisk*.⁸¹

Distributiv medling innebär att parterna förhandlar med en positionell metod i ett nollsummespel. Parterna kompromissar här genom att dela lika, något som starkt betonas är rättvisa. Medlaren har en fördelande och dirigerande roll med ett snävt synsätt på konflikten, som resulterar i att han/hon kan ge parterna bud som dessa ofta accepterar.

Integrativ medling sker utifrån principöverenskommelsens metod. Här görs en åtskillnad mellan sak och person, detta för att möjliggöra en fokusering på behov och intressen istället för positioner. Förslag och möjligheter som är till gemensam nytta utvecklas. Därefter utvärderas förslagen utifrån objektiva kriterier⁸² och givna normer. Medlarens funktion är bland annat att underlätta kommunikationen för att ge parterna en chans att komma fram till en egen lösning. Medlaren hjälper också parterna med att samla information, hantera känslor, ”göra kakan större” och pröva olika kreativa lösningar.

Transformativ medling kännetecknas av att tvister inte nödvändigtvis behöver ses som problem, utan även kan utgöra en möjlighet till växande och förändring. Här finns en möjlighet för parterna att öka sin kapacitet att hantera svårigheter och problem dels genom medveten reflektion, medvetna val och medvetet handlande, dels att öka sin kapacitet genom att uppleva och uttrycka hänsyn, intresse och bekymmer för andra. Metoden är speciellt lämplig i tvister som bygger på mellanmänskliga problem. Medlaren är här mera avvaktande och även försiktig med att definiera problemet. Fokus ligger inte på en överenskommelse, en medling anses istället lyckad om parterna blivit stärkta i sin självkänsla, samt fått återupprättelse och bekräftelse. Avsikten är att parterna efter medlingen ska komma ut som

⁸⁰ G. Egan, *The Skilled Helper*, 2002, s.76ff.

⁸¹ B. Lindell, *Alternativ tvistelösning*, 2000, s.75-78 samt J. Norman, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, 1999, s. 75-78.

⁸² Se nedan s. 56, objektiva kriterier är samma som objektiva normer.

helare människor där de och/eller deras relationer har genomgått en förändring.

Terapeutisk medling innebär att medlaren försöker lösa problemet genom att lägga mycket vikt vid att parterna blir sedda, hörda, bekräftade och delaktiga i det som sker. En del medlare anser att området terapi ska lämnas till dem som är yrkeskunniga inom detta specialområde. Medlingens terapeutiska effekt skall dock inte underskattas och kan mycket väl vägas in vid valet mellan olika konfliktlösningsmetoder. Om parterna däremot helt klart inte kan skilja på sak och person eller inte har distanserat sig tillräckligt mycket till sina egna känslor bör medlaren emellertid avbryta medlingen och rekommendera parterna att söka hjälp med sina känslor hos någon sakkunnig.

Rollfördelningen bör vara definierad innan medlingen påbörjas för att parternas önskemål bäst ska kunna tillgodoses. Har parterna sagt att de endast vill att medlaren ska underlätta förhandlingarna och till exempel inte förutsäga hur en domstolsprövning skulle kunna utfalla, ska medlaren respektera detta. Har frågan inte diskuterats måste det emellertid ankomma på medlaren själv att avgöra om, på vilket sätt och under vilka förutsättningar en värdering av exempelvis parternas ståndpunkter ska göras.⁸³

7.3 Juridiskt ombud och/eller experthjälp

På något eller några plan kommer juridiken alltid att ha betydelse vid medling. Ett exempel är den i medlingen förutsatta principen om att avtal är till för att hållas ju vilar på en juridisk grund. Vilken roll juridiken faktiskt spelar varierar dock från fall till fall. Det avgörs utifrån vad parterna önskar av medlingen, huruvida de har juridiska rådgivare samt huruvida de vill att medlaren ska vara jurist och insatt i det ämne som medlingen rör. I de fall där det är parternas respektive advokater som lägger fram lösningsförslagen torde juridiken spela en större roll. Den konstruktiva potentialen i en medlingsprocess används nog däremot bäst när man frigjort sig från rättsliga normer och därmed från antaganden om ett ”riktigt” resultat.⁸⁴

En medlare kan, men behöver inte nödvändigtvis ha juridisk kompetens.⁸⁵ Skulle det emellertid vara så att medlaren är jurist kan och bör parterna ha tillgång till ett juridiskt ombud. När parterna är klara över sin juridiska situation elimineras ett osäkerhetsmoment och parterna får därmed bättre förutsättningar att nå en lösning genom medlingen.⁸⁶ Observeras bör dock

⁸³ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 78.

⁸⁴ V. Videlov, Konflikt, tvist och maegling, 1997, s. 148-149.

⁸⁵ Regelstyrd medling enligt Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut kräver viss juridisk kompetens om man ska kunna utnyttja 12 § det vill säga utse medlaren till skiljeman. Medlaren måste nämligen då göra bedömningen att avtalet rör sådana frågor inom vilka skiljedom kan ges; 1 § lagen om skiljeförfarande.

⁸⁶ J. Norman, Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning, 1999, s. 119-122.

att det i första hand är parterna och inte ombuden som ska vara aktiva vid själva medlingsprocessen. En ytterligare fördel med att parterna har tillgång till ett ombud är att medlaren slipper ge råd i sak, vilket underlättar för medlaren att förhålla sig neutral och opartisk.⁸⁷ Ombuden kan även hjälpa parterna att bedöma vilken information som är relevant att lämna till motparten och i vilken takt detta ska ske. I den slutliga sittningen kan ombuden agera förhandlare och även vara ansvariga för avtalets utformande, alternativt granska förslag till avtal som parterna eller medlaren har tagit fram.⁸⁸ Ombuden står då för de juridiska bedömningarna, i den mån dessa skall ges betydelse, medan parterna står för affärsmässiga och övriga bedömningar. Bara parterna själva kan göra de kortsiktiga eller långsiktiga affärsmässiga och/eller relationsmässiga bedömningarna.

När parterna inte är överens om hur verkligheten ser ut eller hur olika situationer och fakta skall bedömas, kan det slutligen finnas anledning att anlita en utomstående konsult eller expert.⁸⁹

7.4 Vilka typer av tvister är lämpliga för medling?

Det finns få begränsningar när det gäller vilka typer av tvister som är lämpliga för medling. I långvariga relationer, som exempelvis inom entreprenader eller förhållanden mellan kunder och leverantörer, är medling, gärna på ett tidigt stadium, en fördel. Även vid tvister inom ett bolag, till exempel då ett bolag är i upplösning, är medling att föredra.⁹⁰ Vidare bör utgången i en eventuell process inte vara alltför uppenbar, om en part har en otvetydig rättighet finns det inte mycket förhandlingsutrymme. I ett sådant fall kan medling emellertid ändå vara ett alternativ för det fall att den berättigade parten anser ett bevarande av relationen till motparten vara viktigare än genomdrivandet av den aktuella rättigheten. I tvister som kräver stora resurser i ett ordinärt förfarande, kan också finnas mycket att tjäna på ett medlingsförfarande. Medling är även mycket lämpligt när utomrättsliga faktorer bör vägas in och en skälighetsbedömning blir aktuell.⁹¹

Ytterligare exempel på tvister där medling är att föredra är fall där parterna vill hålla konflikten hemlig, fall där parterna behöver hitta kreativa lösningsförslag, fall där parterna önskar mycket självbestämmande, fall där båda parterna eller en av dem har en orealistisk inställning samt fall där parterna trots olika åsikter stävar mot samma övergripande mål.⁹²

⁸⁷ K. Hyllengren, Medling viktigt komplement till advokatrollen, Advokaten 1998:2, s.8.

⁸⁸ J. Norman, Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning, s. 122.

⁸⁹ J. Norman, Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning, 1999, s.39.

⁹⁰ M. Pokorny, Enklare och billigare modeller för tvistelösning på väg att erövra "marknaden", Advokaten 1995:7, s. 10.

⁹¹ I. Gullnäs, T. Widebeck, Medling sparar tid och miljoner, Advokaten 1985:7, s. 423.

⁹² B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 121-122.

Tvister som däremot inte lämpar sig för medling är, typiskt sett, sådana där en av parterna vill ha ett prejudikat i en principiell viktig fråga. Fall där en viktig person inte kan delta i medlingen. Fall där det finns hot om kriminella åtgärder. Fall där ena parten vill förhålla ett avgörande. Fall där konkurs är sannolik. Fall där edition eller omfattande bevisupptagning kommer att krävas och fall där det krävs ett verkställbart avgörande.⁹³ Slutligen anser vissa bedömare att tvisten inte heller bör vara "svart" eller "vit", inte gälla en rättsfråga, samt inte vara alltför enkel avseende utredning och bevisning, eftersom dessa faktorer gör en domstolsprocess lättare och/eller lämpligare.⁹⁴

7.5 Vad talar för respektive mot medling inom kommersiella tvister?

7.5.1 För medling

Vid förhandlingar inom och mellan företag kan försök att nå en uppgörelse misslyckas av så enkla skäl som att personkemin mellan parterna inte fungerar. Om det då kommer in en ny "fräsch" person, utan tidigare bindningar till parterna, kan detta fungera som ett förlösande moment. De företag som är inblandade i tvister blir lätt "hemmablinda" och har därmed svårt att hitta nya angreppspunkter. En medlare som kommer in med en förutsättningslös inställning, kan bidra med nya perspektiv och därigenom verka för nya lösningsförslag. En juridiskt kunnig medlare kan dessutom strukturera de rättsliga möjligheterna och riskerna, samt klargöra för parterna vad en rättslig process skulle innebära. Eftersom medlingsförfarandet spar tid och pengar är det generellt betydligt mindre förgörande för överlevnadschanserna i företagets affärsrelationer, jämfört med en regelrätt process.⁹⁵

Medling anses av Norman vara ett underskattat verktyg i affärstvister. Att låta en neutral medlare få kännedom om parternas egentliga behov och prioriteringar kan möjliggöra konstruktiva lösningar där synergieffekter skapas. Varje tvist är individuell och kräver sin egen speciellt konstruerade lösning.⁹⁶ Ett medlingsförfarande medför även i bästa fall att tvisten kan klaras upp inom ett par månader. Ytterligare en effekt som kan uppnås är att parterna förblir goda vänner - eftersom man har lyckats komma överens möjliggörs en fortsatt affärsrelation. Efter en domstolsprocess eller ett skiljeförfarande är det däremot vanligt att den förlorande parten känner sig illa tilltygad och därmed inte längre är intresserad av ett fortsatt affärsförhållande.⁹⁷

⁹³ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 121-122.

⁹⁴ I. Gullnäs, T. Widebeck, Medling sparar tid och miljoner, Advokaten 1985:7, s. 423.

⁹⁵ C. Söderlund, Tvister i affärlivet, 2000, s. 66.

⁹⁶ J. Norman, Begränsa inte valet till skiljedom eller domstol, Dagens Industri 1998-03-28.

⁹⁷ L. Skogsberg, medling ofta bättre än skiljedom, Dagens Industri 1998-03-13.

Medling har som mål att finna en hållbar och praktisk lösning baserad på parternas intressen och behov. Parterna ska därvid inte behöva avslöja sina svagheter för varandra.⁹⁸ Medlaren kan inte heller påtvinga parterna en överenskommelse, eftersom medling per definition utgår från att det är parterna som bestämmer avtalsinnehållet. Detta innebär i allmänhet att man inte behöver ångra sig efteråt. Pågår process kan överenskommelsen stadfästas genom dom. Något nytt förfarande kan då inte bli aktuellt. Leder medlingen inte till något avtal, har parterna naturligtvis frihet att inleda eller fortsätta en rättslig process. I de flesta medlingsavtal kommer parterna även överens om att medlaren ska ha tystnadsplikt och att han inte får återopas som vittne.⁹⁹ Parterna avgör själva eller tillsammans med sina ombud vad de ska informera motparten om under förhandlingarna. En vanlig utgångspunkt hos domstolarna är även att eventuella erbjudanden under en förlikningsdiskussion inte binder vederbörande eller utgör något bevis.¹⁰⁰

7.5.2 Mot medling

Ovanstående argument kan emellertid ifrågasättas. Enligt Åkerman kräver medling faktiskt att parterna blottar sina svagheter för medlaren och motparten. Detta kan bli förödande om medlingen misslyckas och tvisten går till domstol eller skiljenämnd. Han anser det därför vara bättre att anlita ett partsombud som kan förhandla fram en förlikning. Vidare är det i näringslivet viktigt att tvister löses snabbt, billigt och med bibehållna goda relationer. Huruvida ett enskilt fall bedöms "rätt" eller "fel" är underordnat den samhällsekonomiska och företagsekonomiska nyttan av snabba tvistelösningar. Åkermans mening är att medling inte generellt sätt kan rekommenderas till näringslivet som konfliktlösningsmetod. En anledning till detta är att parterna inte blir bundna av ett beslut som fattas genom medling på samma sätt som vid ett beslut i dom eller skiljedom.¹⁰¹ Om en part blir missnöjd med medlingsresultatet eller ångrar sitt agerande finns möjligheten att börja om processen i en domstol eller skiljenämnd, vilket leder till dubbla förfaranden. Dessutom har tvisten i ett sådant läge troligtvis komplicerats av vad parterna har sagt och gjort under medlingsförhandlingarna. Därtill kommer även eventuella överenskommelser som medlaren har förmått parterna att acceptera, vilka fortfarande är bindande, att ytterligare komplicera processen. Om medlingen ska bli framgångsrik krävs vidare att medlaren är väl insatt i respektive parts styrkor och svagheter. Parterna måste blotta sina styrkeförhållanden för både motparten och medlaren. Det här medför en risk, eftersom medlaren därmed har möjlighet att spela ut parternas positioner mot varandra för att uppnå en lösning. Detta kan även bli förödande om medlingen misslyckas och tvisten går vidare till en rättsprocess vid domstol eller skiljenämnd. En part som känner till sin motparts svagheter kan lägga all kraft på att utnyttja

⁹⁸ Se vidare om detta under kap 8.5.

⁹⁹ Se ovan s. 22, om vittnesplikt.

¹⁰⁰ K. Hyllengren, Medling utan risk, Dagens Industri 1998-05-08.

¹⁰¹ Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut erbjuder emellertid en möjlighet här genom att man kan låta medlaren bli skiljeman och därigenom få en skiljedom enligt 12 §.

dessa. Motparten kommer då bittert få ångra det tidigare medlingsförfarandet. Eventuella förprocessuella förhandlingar bör istället, som redan nämnts, skötas av pålästa och förhandlingsskickliga partsombud. De möjliggör för parterna att nå en förlikning utan risk för eftergifter som senare kan ligga dem till last.¹⁰²

7.6 Min definition av medling

Med hjälp av den litteratur som legat till grund för uppsatsen har jag valt ut de kriterier som jag anser vara de viktigaste för den kommersiella medlingsprocessen. Följande punkter ger en översiktlig bild av dessa.

Medling är en stegvis process där en opartisk och neutral tredje person hjälper och underlättar för parterna i en konflikt att komma fram till en ömsesidigt godtagbar överenskommelse.

Medling söker vinna/vinna - lösningar

Medlaren leder processen och har ansvar för att den förs framåt

Medlingsprocessen fokuserar på nuet och framtiden

Medling är en konfidentiell process

Medlarna tar hänsyn både till fakta och känslor

Medling hjälper parterna att själva ta ansvar för och finna lösningar på sin konflikt.

Viktiga ledord för kommersiella medlingsprocesser är enligt min mening:

Snabbhet – medlaren har som riktlinje att slutföra uppdraget på två månader.

Kostnadseffektivitet – med en snabb lösning kan parterna lägga tid, energi och resurser på andra, mer lönsamma, projekt.

Samförståndslösning – medlaren fokuserar på att hitta en lösning som båda parter vinner på, så att affärsrelationen kan bibehållas.

Diskretion – processen skall vara skyddad mot insyn från utomstående.

Att parterna kommer att växa som individer, att deras förmåga att samarbeta kommer att öka eller att deras relationer kommer att förbättras, uttrycks som mål i vissa konceptuella medlingsdefinitioner. I många fall funderar inte parterna över dessa aspekter på medling och det är svårt i efterhand att avgöra huruvida resultatet av medlingen har haft en dylik inverkan på parterna. I de fallen är det egentligen direkt missvisande att ha med liknande påståenden i definitionen. Jag har därför försökt formulera en något mer

¹⁰² R. Åkerman, Medling kan få fatala konsekvenser, Dagens Industri 1998-05-02.

deskriptiv ansats i min medlingsdefinition utifrån termer av vad som faktiskt händer i medlingssituationen. Båda ansatserna har sina för och nackdelar. Fördelen med den konceptuella ansatsen är att den betonar de högre värden och mål som skiljer medling från andra beslutsfattarprocesser. Nackdelen är dock att den tar målen för givna. Det är därför nödvändigt att göra en avvägning mellan den mer ideologiska och den mer empiriska ansatsen då man försöker hitta sin egen definition av medling.

7.7 Tvisten

7.7.1 Konfliktdiagnos

Det är viktigt att göra en konfliktdiagnos, för att bli klar över vilken form av medling som behövs i det specifika fallet. Min definition av medling (ovan), har jag utvecklat bland annat efter att ha tagit del av den österrikiske organisationskonsulten Friedrich Glasls teorier. Glasl har skrivit flera böcker om konflikthantering. Hans så kallade *konflikteskalationsmodell*, vilken består av en *konfliktrappa* som ingående beskriver hur konflikter eskalerar i nio steg, anses vara ett av de viktigaste instrumenten som skapats för konflikthantering. Glasl utvecklade modellen genom att intervjua parter i konflikter, med särskild tonvikt på vilka händelser de upplevde som avgörande vändpunkter i konfliktförloppet. Han frågade hur situationen var före och efter dessa vändpunkter och kunde härigenom identifiera nio tydliga steg som tycks vara av allmängiltig betydelse. Konfliktrappan är därför ett viktigt diagnosinstrument, som kan ge en medlare ledtrådar till hur konflikten bör hanteras. Att ta reda på och förstå det aktuella eskalationssteget är viktigt, eftersom det vid varje steg finns speciella interventionsmetoder som kan vara till hjälp, medan andra metoder skulle visa sig vara helt olämpliga. De nio stegen i eskalationstrappan utgörs (mycket kortfattat) av:

1. Hårdnade ståndpunkter
2. Polarisering och debatt
3. Handling istället för ord
4. Stereotypa bilder och koalitioner
5. Ansiktsförlust
6. Hotstrategier
7. Begränsade förintelseslag
8. Fragmentering
9. Tillsammans ner i avgrunden.¹⁰³

Beroende av på vilket av ovanstående ”trappsteg” konflikten befinner sig, ställs medlaren in för helt olika utmaningar. När konflikten befinner sig på något av de första stegen är det lättare för parterna att komma med egna idéer för att finna lösningar än vad det är om konflikten befinner sig i ett

¹⁰³ F. Glasl, *Confronting Conflict*, 1999, s.84-85.

senare skede. På steg ett till tre kan parterna relativt snabbt föra gemensamma samtal, medan man på steg fyra och fem ofta behöver ha enskilda samtal innan man konfronterar parterna med varandra.¹⁰⁴ Man har också undersökt tredjemans styrande eller icke-styrande interventioner genom att betrakta de tre aspekterna innehåll – interaktion – procedur. Interventioner kan hänföras till innehållet (stridsfrågorna), till interaktionen (relationen) eller till proceduren (förfarandet) och där ske på ett styrande eller icke-styrande sätt. Ett icke-styrande tillvägagångssätt i förhållande till stridsfrågorna innebär att tredjepart inte lägger fram några egna lösningsförslag i motsats till den styrande interventionen. I förhållande till relationen innebär ett icke-styrande förfarande att tredjepart bara speglar parternas förhållningssätt och uppmuntrar till förändringar i motsats till styrande där medlaren bestämmer hur relationerna ska se ut under processen. Slutligen innebär ett icke-styrande förfarande i förhållande till proceduren att tredjepart föreslår tillvägagångssätt men låter parterna bestämma istället för att tredjepart i det styrande fallet bestämmer förfarandet för konfliktbearbetningen. Beroende på var i eskalationstrappan konflikten befinner sig så fungerar de olika sätten olika bra. Generellt kan man säga att det mest ändamålsenliga sättet går från att utgöras av icke-styrande på alla plan i början av trappan till styrande på alla plan i slutet av trappan. De sista stegen där tredjepart är styrande på alla områden innebär att interventionen bäst sker genom skiljeförfarande eller med domstol som tredjeman.¹⁰⁵

7.7.2 Presentation av tvisten

Jag har valt att utgå från omständigheterna i en verklig affärstvist, nämligen det så kallad Klemeco-fallet,¹⁰⁶ som avgjordes av Högsta Domstolen 1992. Anledningen till att jag har valt detta fall är dels att det är välkänt, men framförallt att de omständigheter som presenteras nedan enligt min mening gör tvisten lämplig för att avgöras genom en medlingsprocess.

För det första så utspelar sig konflikten mellan två relativt jämnstarka parter. För det andra så uppstår konflikten efter en långvarig affärsrelation. Medling är enligt min mening särskilt betydelsefull just vid långvariga avtalsförhållanden. Verkligheten utvecklar sig nämligen ofta på ett sätt som varken avtalsskrivare eller parter kan föreställa sig i kontraktsögonblicket - avtalen ger därför ofta en dålig vägledning i fråga om hur den nya situationen ska behandlas. Det föreligger därför ett behov av att kunna komplettera sådana avtal inom ramen för tvistelösningen, men istället för att anförtro någon annan att med bindande verkan genomföra kompletteringen, ger medling parterna en chans att själva styra över sin konflikt och påverka utgången. För det tredje är skadestånd som sanktion vid kontraktsbrott i

¹⁰⁴ F. Glasl, Användningsområden för olika medlingsformer: En modell för situationsanpassning, s. 3.

¹⁰⁵ F. Glasl, Användningsområden för olika medlingsformer: en modell för situationsanpassning, s. 6-7.

¹⁰⁶ NJA 1992 s 403.

långvariga avtalsförhållanden ofta ett inadekvat botemedel. Inom ramen för medling är det lättare att skräddarsy en lämplig lösning på problemet.

Parter i medlingen är:

Jernmanufaktur Aktiebolag Raco (härefter bara Jernmanufaktur); ett företag som köper och säljer produkter inom byggnadsmaterialsektorn. Verkställande direktör är Lars J och det är han som ska delta i medlingsprocessen för Jernmanufacturs räkning.

Klemeco Nord Aktiebolag (härefter bara Klemeco); ett företag som har patent på en skruv/spik/nit-princip för porösa stenbyggnadsmaterial, produkten kallas Klemit. Ägaren är Bertil B och det är han som ska delta i medlingsprocessen för Klemecos räkning.

Klemeco överlät 1982 formlöst ensamrättsförsäljningen av Klemit i Sverige till Jernmanufaktur. Under åren därefter var Klemeco emellertid inte riktigt nöjd med försäljningsresultaten, därför upprättades år 1986 ett skriftligt återförsäljaravtal. I avtalet angavs bland annat att Jernmanufaktur skulle köpa vissa minimikvantiteter av Klemecos produkt. När Jernmanufaktur inte gjorde detta tog Klemeco kontakt och uppmanade dem att rätta till problemet och att köpa upp till garanterad volym enligt avtalet. Jernmanufaktur svarade då att de inte hade för avsikt att göra de kompletteringsköp som krävdes för att nå upp till den avtalade volymen. En tvist uppstod därmed kring huruvida Jernmanufaktur i avtalet kan anses eller inte kan anses ha lämnat en skadeståndssanktionerad garanti att köpa de i avtalet angivna minimikvantiteterna.

Då parterna inte själva ser någon lösning på den uppkomna situationen, tar Klemeco nu, med Jernmanufacturs medgivande, kontakt med en medlingsbyrå.

7.8 Kommentar

Som medlare i det här fallet kommer jag att använda mig av en icke-styrande roll i förhållande till innehållet och interaktionen och en styrande roll i förhållande till processen. Det innebär att jag, i motsats till en domare, inte använder mig av rättsregler, för att för att lösa det tvistiga sakförhållandet, utan istället hjälper parterna att själva skapa den relevanta normen. Jag kommer emellertid, i samförstånd med parterna, att lägga fram egna lösningsförslag. Däremot kommer jag inte att styra hur parterna ska förhålla sig till varandra under själva processen. Gällande utformandet av processen kommer jag att föreslå parterna ett tillvägagångssätt, men de får själva ta ställning till om det passar dem.

Anledningen till att interventionen kommer att ske på ovan beskrivna sätt är att jag anser att konflikten ligger någonstans mellan steg tre och fyra på eskalationstrappan. Parterna har gått från ord till handling, vilket innebär att

en stämning är nära förestående om inget sker. De har även stereotypa bilder av varandra som icketillmötesgående och besvärliga. Jag kommer i detta fall att använda mig av konferensmodellen, eftersom parterna fortfarande kan vistas i samma rum och inte har något emot att tala till varandra. I sådana lägen är konferensmodellen enligt min mening att föredra.

Då tvisten rör ett avtal med juridiska teknikaliteter kommer jag även att råda parterna att ha tillgång till var sitt ombud. Dessa får, men behöver inte nödvändigtvis, vara delaktiga vid själva medlingsprocessen. Det är parterna som ska vara aktiva och kommunicera. Ombuden kan, om parterna vill och har behov av det, finnas som stöd under processen, men deras viktigaste roll är att gå igenom och granska själva lösningsförslaget samt att hjälpa parterna med formuleringen av avtalet.

8 Medlingsprocessen

8.1 Inledning

Jag har valt att dela in medlingsprocessen i fem olika faser: en förberedande fas, en problemidentifierande fas, en problemlösningsfas, en förhandlingsfas samt slutligen en avtalsfas. Den samlade medlingslitteraturen som jag tagit del av använder sig i detta avseende av olika modeller; några tar in fler delar i processen och andra färre. Samtliga har dock på ett eller annat sätt med de faser jag här använder mig av. Den medlingsprocess jag här beskriver är i första hand avsedd för kommersiella tvister. Processen kommer att vara i huvudsak problemlösande, med vissa inslag från den transformativa medlingsformen. Fokus kommer därför att ligga på att hitta en lösning på problemet, men min förhoppning är även att kunna underlätta parternas förståelse för varandra. Jag kommer att använda mig av grundförutsättningarna i tvisten mellan Klemeco och Jernmanufaktur. Anledningen till det är att jag vill att processen ska få så mycket verklighetsanknytning som möjligt. Jag kommer emellertid att göra egna antaganden om hur parterna kan tänkas agera. Syftet med den här delen av uppsatsen är att åskådliggöra hur en medlingsprocess kan se ut. För att underlätta detta kommer jag för varje fas att dra paralleller till tvisten mellan Klemeco och Jernmanufaktur och ge förslag till hur det skulle kunna se ut.

8.2 Förberedande fas

8.2.1 Allmänt om den förberedande fasen

Här informeras medlaren om tvisten och parterna om processen.

Förberedelsen startar med att medlaren tar reda på vilka parterna är samt om företrädarna för dessa har de befogenhet som krävs. Det är i detta avseende viktigt att företagets representant innehar en position som medför möjlighet att fatta de beslut som krävs för en lösning av tvisten, annars kompliceras processen av att personen som deltar i medlingen måste vända sig till någon annan i företaget, för att få ett godkännande av en möjlig lösning. Därefter informeras parterna om vad medling är och hur förfarandet kommer att läggas upp. Medlaren upplyser även parterna om att han/hon har skickat ett antal likadana frågor¹⁰⁷ kring den aktuella tvisten till båda parterna samt att han/hon har talat med båda parter tidigare. Det är viktigt att parterna har tänkt till ordentligt innan själva medlingsprocessen startar och dessa frågor fyller härvid en viktig funktion. De bör syfta till att utröna parternas intressen och behov samt få parterna att fundera över möjliga lösningar och eventuella objektiva kriterier, samt vilket deras BATEF är, det vill säga det

¹⁰⁷ Se nedan under tvisten för exempel på hur frågorna kan se ut.

bästa alternativet till en förhandlingslösning. Vidare är det också viktigt att de har funderat på hur de vill att kommunikationen ska se ut, till exempel vilka frågor de vill ställa och vilken information de själva kan eller vill avslöja. Det är även bra om parterna har tänkt igenom hur de vill att deras eventuella framtida relation ska se ut. Är den viktig och önskad eller finns det inget intresse alls av att upprätthålla den? Slutligen bör parterna ha undersökt vilka åtaganden de är beredda att göra vid medlingens slut.

Parterna skall även på förhand bli informerade om och acceptera reglerna angående bland annat sekretess, medlarens opartiskhet och neutralitet samt hur betalning ska ske till medlaren. Här kan man förslagsvis använda sig av de färdiga regler som finns¹⁰⁸ alternativt skriva egna regler som parterna får acceptera innan medlaren tar på sig uppdraget. Därefter förklaras att ramen för medlingen kommer att göras bred, vilket innebär att den kommer att vara probleminriktad. Det är intressena bakom parternas positioner, till skillnad från innehållet i parternas juridiska rättigheter och skyldigheter, som i första hand kommer att bli avgörande för vilken parternas slutgiltiga lösning blir. Medlaren och parterna gör upp en tidsplan och en agenda med procedurregler, det vill säga grundläggande regler för förhandlingen. Dessa bör vara att parterna inte avbryter varandra, att de inte talar nedsättande om varandra, att de deltar frivilligt och verkligen har för avsikt att försöka lösa problemen, att inget är bindande innan ett avtal har ingåtts samt att de regler som parterna tagit del av innan ska gälla.¹⁰⁹

Medlaren bör informera om att han/hon inte svarar på frågor av juridisk karaktär. Parterna bör därför ha tillgång till ett ombud under processen, eller åtminstone innan ett avtal undertecknas. Det är bara en fördel för processen om parterna har sina rättsliga styrkepositioner klara för sig. Medlaren bör även informera om vikten av att kunna föra enskilda samtal och förvissa sig om att parterna är införstådda med detta. Insamling av information bygger på att parterna samarbetar och lämnar ut nödvändig information. Informationen bör i första hand komma från parterna. Medling lämpar sig inte lika bra om en omfattande bevisupptagning skulle vara nödvändig.¹¹⁰ Vittnen och sakkunniga kan delta, men avlägger då inte vittnesed. Vem som börjar med öppningsanförandet kan parterna avgöra själva. En möjlighet är att den som har tagit initiativet till medlingen får börja. Öppningsförfarandet bör vara kortfattat och innehålla huvuddragen i tvisten. Medlaren summerar sedan vad varje part har sagt för att beskriva tvisten i neutrala ord samt för att ge parterna en känsla av att medlaren har lyssnat. Vid denna summering av vad som framkommit har medlaren även möjlighet att balansera de två framställningarna mot varandra för det fall att det skulle förhålla sig så att den ena parten är mer vältalig. På detta sätt slipper den mindre vältaliga parten att känna att den kommit i underläge redan i initialskedet.¹¹¹

¹⁰⁸ Exempelvis Stockholm Handelskammars Medlingsinstituts medlingsregler eller reglerna enligt Göteborgsklausulerna se bilaga A.

¹⁰⁹ H. Boserup, S. Humle, Meditationsprocessen, 2001, s. 15-16.

¹¹⁰ Då passar det antagligen bättre med ett skiljeförfarande eller en rättegång.

¹¹¹ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s. 89.

Fokus vid medlingsprocessen ligger på framtiden. Den är inte avsedd för att fastställa ansvar eller skuld. I detta skede ska istället de grundförutsättningar som processen ska bygga på klargöras.¹¹² Det är viktigt att vardera parten får hålla sitt öppningsanförande och beskriva sin syn på tvisten, utan att bli avbruten. Det har en psykologisk betydelse som gör att parterna känner sig delaktiga i förfarandet. Avsikten är att klargöra de tvistiga frågorna, samt eventuellt skapa tvivel hos vardera parten om dennes egen uppfattning om tvisten, genom att de får tillfälle att verkligen lyssna på den andre. Lyssna är en förutsättning för att skapa någon form av empati. I detta skede får parterna möjlighet att lyssna på varandras upplevelser utan att fokusera på försvar. Ofta har parterna tidigare bara haft kontakt via ombud eller så har kommunikationen skett genom att de har talat *till* varandra (kampinriktat) eller *förbi* varandra genom att fundera på sitt eget försvar under tiden den andre talar, däremot aldrig *med* varandra. När medlaren använder aktivt lyssnande ger det den andra parten en chans att höra vad som egentligen sägs och möjliggör en fokusering bort från parternas respektive försvarsposition mot en förståelse, för att det rör sig om ett *gemensamt* problem.¹¹³

Lyssna och fråga är medlarens bästa vapen. Alla människor behöver bli sedda, hörda, bekräftade och få vara delaktiga i det som sker. Vid vanliga förhandlingar är det lätt hänt att en part blir överkörd och därmed inte får något av dessa behov tillgodosedda. Ett sätt att ta hänsyn till dem är, som tidigare beskrivits, att lyssna aktivt. Det innebär att man noggrant följer berättarens spår och med hjälp av stödjande kommunikation får parterna att berätta mer. Den som lyssnar ger då inga råd, kritiserar inte och kommer inte med några egna lösningar. Det är även viktigt att medlaren ber parterna att klargöra om det är något de inte förstår. Annars finns en risk att parterna gör egna antaganden och drar egna slutsatser utifrån vad de tror att de har uppfattat. Att veta att någon ger en hela sitt odelade intresse och att man får lägga fram hela sin syn på saken, gör att tilliten till medlaren ökar och därmed också tilliten till den andre parten.¹¹⁴

Frågetekniken vid aktivt lyssnande går ut på att använda öppna frågor som inte kan besvaras med bara ja eller nej. Medlaren uppmuntrar då parterna genom upprepning av nyckelord, omformulerar för att försäkra sig om att ha förstått rätt samt bekräftar känslor. Det finns dock även andra frågetekniker. Medlaren kan till exempel använda sig av strukturerad frågeteknik, som innebär att medlaren ställer samma frågor till båda parterna. Detta är viktigt när båda parterna har information av betydelse för samma fråga, så att man kan jämföra de olika svaren. Sedan kan man även använda sig av klargörande, summerande och konfronterande frågor, allt för att skapa sig en så bra bild av tvisten som möjligt.¹¹⁵

¹¹² H. Boserup, S. Humle, *Meditationsprocessen*, 2001, s.17.

¹¹³ J. Norman, *Medling och andra typer av alternativ tvistelösning*, 1999, s. 35-36.

¹¹⁴ E. Runesson, *Avtals- och tvistelösningsförhandling*, 2003, s. 55-56.

¹¹⁵ J. Norman, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, 1999, s. 36-37.

För att kunna genomföra medlingen på ett bra sätt kan det tänkas att medlaren kommer att behöva föra anteckningar, eftersom medlingen kan hålla på ett par dagar och risken är att minnesbilden av olika moment kan försvagas. Det är då viktigt att medlaren informerar parterna om detta och om att anteckningarna kommer att förstöras vid medlingens slut. Medlaren bör emellertid under tiden han/hon antecknar även vara observant på parternas kroppsspråk.¹¹⁶

Den inledande fasen avslutas när parterna har fått berätta om sin uppfattning och upplevelse av konflikten, har fått ge uttryck för vilka behov de vill ha uppfyllda samt vad de vill undvika. Medlaren har lyssnat aktivt och fått information om vilka aspekter parterna anser vara relevanta inför tvistens lösande samt vilka känslor som finns inför konflikten. Parterna har fått möjlighet att identifiera vilka likheter och skillnader som finns mellan deras respektive synsätt samt även fått en viss förståelse för vad tvisten har inneburit för motparten.

8.2.2 Den förberedande fasen i min medlingsprocess

Parter i medlingsprocessen är Bertil B, ägare av Klemeco AB, och Lars J, verkställande direktör på Jernmanufaktur AB. Båda parter har även tillgång till var sin advokat. Då Bertil B är ägare av Klemeco AB och Lars J är verkställande direktör på Jernmanufaktur Raco AB förutsätter jag att de har den befogenhet som krävs för att kunna fatta de beslut som kan bli aktuella, så att processen blir effektiv och meningsfull.

I det här fallet vill jag att parterna innan de kommer till den första sittningen har svarat på följande frågor,¹¹⁷ som kan ge viktig information för hela processen:

1. Föreligger ett formellt avtal?
2. Är avtalet skriftligt?.....Muntligt?.....
3. Finns tilläggsavtal/ändringar?.....Om så är fallet - är dessa dokumenterade?
4. Finns standardavtal?
5. Finns protokoll?
6. Om avtalet är muntligt är detta: Helt klart?.....Klart?.....Oklart?.....
7. Kan avtalet styrkas med bevisning?
8. Vilka faktorer är inblandade?
Tid?.....Pris?.....Kvalitet?.....Andra?.....

¹¹⁶ Vissa anser att den ickeverbala kommunikationen kan utgöra upp till 80-90 % av budskapet se bland annat J. Norman, Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning, 1999, s. 78.

¹¹⁷ Frågorna har jag hämtat från en "checklista för parter" framtagen av Förhandlarna Clementson och Norman AB.

9. Jag åsätter faktorerna tid, pris, kvalitet m fl följande vikter (1-5) Ex.
Tid = 5, Pris = 2, Kvalitet = 4
10. Kan kompensation/återställande ske på flera sätt?
11. Jag vill ha maximal utdelning i målet/förhandlingen? Alt. Jag vill ha en skälig uppgörelse för båda parter
12. Jag är beredd att processa i domstol?
13. Processen får ta max 1 år.....2år.....3-5år.....
14. Processkostnaderna får uppgå till; Högst 5000 kr...10000 kr...50000 kr.....500000 kr.....200000 kr.....200000 kr.....mer än 500000 kr.....
15. Jag har rättsskydd.....bolag.....försäkringsnummer.....
16. Min syn på motparten:
17. Hur jag tror att motparten ser på mig:
18. Vid förlikning/medling är min absolut lägsta/högsta gräns eller alternativ: Annat:
19. Jag ser följande möjligheter:
20. Min relation till motparten får efter medlingen vara:
Bra.....Dålig.....Irreparabel.....

Bertil B:s antagna svar:

1. Ja.
2. Ja, skriftligt.
3. Nej.
4. Finns standard avtal? Ja det förekommer på området.
5. Nej.
6. Det finns inget muntligt avtal.
7. Nej.
8. Tid, Pris, Ekonomisk trygghet, Rykte.
9. Tid 3, Pris 4, Ekonomisk trygghet 5, Rykte 4.
10. Ja, det är möjligt.
11. Jag är intresserad av en skälig uppgörelse för båda parter.
12. Jag kan tänka mig en domstolsprocess som absolut sista utväg.
13. Processen får ta max 1 år.
14. Processkostnaderna får uppgå till max 4 basbelopp.
15. Ja har rättsskydd i Länsförsäkringar med försäkringsnummer 505575-432.
16. Jag anser att Lars J är lite besvärlig och att han i det här läget inte har varit direkt samarbetsvillig. Jag är också mycket förvånad och besviken över att han har sagt åt sina säljare att inte arbeta med min produkt.
17. Jag tror att han tycker att jag är en viktig samarbetspartner, men att jag antagligen ses som en lätt person att köra över, då jag inte har lika stor erfarenhet av branschen.
18. *Vid förlikning/medling är min absolut lägsta gräns att vi på något sätt lyckas lösa detta genom ett nytt avtal, för jag vill till nästan vilket pris som helst undvika en domstolsprocess. Annat: Om vi inte kommer överens är den absolut sista utvägen som jag idag kan se att vi går till domstol och då kommer jag att begära 609 000.

19. En möjlighet som jag ser det är att jag får en del kompenserat genom pengar och så kan vi kombinera det med exempelvis ett förlängt kontrakt. Jag har bland annat en ny, mycket intressant uppfinning att erbjuda och jag kan även tänka mig att ge honom ensamrätt på produkterna i Norden.
20. Bra.

Lars J:s antagna svar:

1. Ja.
2. Ja, skriftligt.
3. Nej.
4. Ja på området.
5. Nej.
6. Det finns inget muntligt avtal.
7. Nej.
8. Tid, Pris, Kvalitet, Ensamrätt.
9. Tid 3, Pris 5, Kvalitet 4, Ensamrätt 5.
10. Ja, det tycker jag.
11. Jag vill i första hand ha en snabb skälig uppgörelse för oss båda.
12. Ja.
13. Jag föredrar en så kort process som möjligt men har resurser att låta den hålla på tills den är avgjord.
14. Processkostnaderna får uppgå till högst 4 basbelopp.
15. Jag har rättsskydd i Trygghansa med försäkringsnummer 345243-2397.
16. Han är relativt ny i branschen och jag anser att han inte riktigt har förstått hur det går till. Men han har varit en bra samarbetspartner och jag har flera gånger uppmanat mina säljare att arbeta med hans produkter.
17. Antagligen som en otillgänglig person, som dessutom är besvärlig att argumentera med.
18. *Jag är inte villig att betala hela skadeståndet, men kan tänka mig att betala en viss del. Omfattningen blir beroende på hur bra avtalet ser ut i övrigt. Om ett avtal inte kan komma till stånd med dessa premisser är min sista utväg en rättegångsprocess. Där kommer jag då motsätta mig alla eventuella skyldigheter att betala något.
19. Jag är villig att sluta ett långtidsavtal och ändra en del på nuvarande avtalsvillkor. En annan möjlighet som finns är att jag skickar mina säljare på kurs om produkten och ser till att satsa ytterligare på marknadsföringen.
20. Bra.

* Fråga 18 handlar egentligen om parternas reservationsvärden, vilka är mycket svårt att ange då det kräver mycket mer information och uträkningar än jag har tillgång till. Huvudfrågan som parterna måste ta ställning till i den här tvisten är vilket utfall i förhandlingen de minst måste uppnå för att avstå från att pröva om domstolen ger dem rätt. Detta är ett typexempel på beslut som måste fattas under inflytande av osäkerhet kring hur en framtida händelseutveckling kommer att se ut. Man kan likna det vid att rättegången

utifrån parternas perspektiv är en lottsedel, vilken vardera parten vill veta värdet av. När det gäller lotterier kan man i regel emellertid ofta bedöma sina vinstchanser i förväg. Då det handlar om utfallet av en rättegång är det mycket svårare att utföra en sannolikhetskalkyl och i detta fall skulle det i princip krävas att det fanns ett flertal identiska rättegångar som skapade en statisk frekvens. Det är mycket sällsynt och medför att parterna istället måste fatta beslutet med hjälp av erfarenhet och mer eller mindre kvalificerade subjektiva gissningar och bedömningar utifrån deras egna preferenser.¹¹⁸ Här kan allt, från riskbenägenhet till personligt obehag av en rättegångsprocess samt eventuella negativa effekter på PR och image för bolaget, spela in. Hur stora processkostnaderna riskerar att bli påverkar också beslutet, men balanseras till viss del av de eventuella rättsskyddsförsäkringar företaget har. (se fråga 14 och 15) Jag kommer här inte göra alla de beräkningar och ta hänsyn till alla de omständigheter som egentligen krävs. Det finns helt enkelt inte utrymme för det i den här uppsatsen.¹¹⁹

8.3 Problemidentifierande fas

8.3.1 Allmänt om den problemidentifierande fasen

Här identifierar man de tvistiga frågorna, klarlägger verkliga och dolda intressen samt gör en förteckning över de problem som ska lösas.

När parterna framställer krav till varandra, är det medlarens uppgift att försöka ta reda på vad som gömmer sig bakom kraven. Vad är viktigt för parterna? Vad är parterna bekymrade över eller rädda för? Vad har parterna behov av?¹²⁰ Detta kan vara nyckeln till problemets lösning. För att illustrera detta använder sig författarna Boserup och Humle av bilden av två pyramider som står helt tätt intill varandra. Pyramiderna symboliserar de båda parterna och är indelade i tre nivåer. Den översta delen av varje pyramid innehåller parternas respektive *krav*. Det är denna del som synliggörs för motparten i en normal förhandling. På *mittennivån* ligger parternas intressen och i botten slutligen parternas *behov*. Om man visualiserar de två pyramiderna, ser man att avståndet mellan pyramidernas toppar är större än avståndet mellan pyramidernas nedersta delar. Poängen är att när man lyckas få fram parternas behov, så visar det sig att dessa ligger närmare varandra än vad man först kunde tro när man bara fick ta del av kraven. Det är alltså lättare för parterna att tillgodose varandras behov än varandras krav eftersom dessa ligger närmare varandra. Att identifiera de bakomliggande behoven kan alltså vara ett viktigt steg, för att nå en lösning.¹²¹ Vidare är det viktigt att man gör en förteckning över alla

¹¹⁸ E. Runesson, Avtals- och tvistelösningsförhandling, 2003, s. 227.

¹¹⁹ Se vidare E. Runesson, Avtals- och tvistelösningsförhandling, s. 226ff, för mer information kring beräkning av en eventuell rättegångs väntevärde.

¹²⁰ H. Boserup, S. Humle, Meditationsprocessen, 2001, s. 41.

¹²¹ H. Boserup, S. Humle, Meditationsprocessen, 2001, s.42.

problem som parterna ser i sin relation, men även en förteckning över parternas resurser. De senare är sällan så begränsade som det först verkar. Det gäller att vara kreativ - resurserna kan ju överföras mellan parterna och utgör därmed så att säga den motsatta sidan till förteckningen över problem, resurserna kommer att kunna användas i problemlösningsfasen.

Vid problemidentifieringen ska både intressen, behov och bekymmer tas med. Här ska medlaren fråga parterna när, var och hur, men undvika att fråga varför och samtidigt förklara att han/hon inte är intresserad av ett försvar. Medlaren bör vidare tala om för parterna att de starkaste intressena är de grundläggande mänskliga behoven. Till dessa hör trygghet, materiell välfärd, sociala band, erkännande och självbestämmande. Parterna måste påminnas om att om de vill att den andre parten ska ta hänsyn till deras intressen så måste de själva förklara vilka dessa är. Det är även viktigt att parterna uppmanas att försöka blicka framåt, eftersom det ofta är bättre att tala om vart de vill komma än varifrån de kom.¹²² Om parterna har någon dold agenda, det vill säga en underliggande avsikt, som de inte vill lägga fram, är det viktigt att detta i så stor utsträckning som möjligt kommer fram. Detta är ett sätt att möjliggöra långvarigt hållbara lösningar. Om medlaren misstänker att det finns en dold agenda och processen till följd av detta inte går framåt, bör han/hon använda sig av enskilda samtal för att kunna vara lite tuffare mot parterna. Medlaren kan därvid ifrågasätta partens ställningstaganden både utifrån de frågor man tidigare har fått svar på innan processen och sådant man lagt märke till under processens gång. Man kan till exempel påminna parterna om "worst case" och ifrågasätta hur långt de är villiga att gå. Medlaren bör dock vara försiktig med hur mycket han/hon påverkar parterna. Här kan det därför vara en god idé för medlaren att föreslå för parterna att de kan överlägga med sina ombud om det är något de är osäkra på. Man kan även föreslå en paus och påminna parterna om att medlingsförfarandet är frivilligt och att de deltar med syfte att lösa konflikten samt att det är parterna själva som har makten att antingen lösa konflikten eller låta den fortgå.

Nästa steg är att uppställa en ordning för de problem som ska lösas. Medlaren kan under förberedelsefasen ha utvecklat ett förslag till en lista över frågor som han/hon nu presenterar för parterna. De får då möjlighet att se om något behöver tilläggas och medlaren får en chans att kontrollera om han/hon har uppfattat parterna rätt. Det är viktigt att medlaren formulerar sina påståenden på ett värdeneutralt sätt, så att de olika problemen inte beskrivs på ett sätt som skuldbelägger någon av parterna.¹²³ Syftet med denna agenda är att klarlägga de tvistiga frågorna, skapa möjligheter till samarbete, bryta ner tvisten i hanterliga beståndsdelar samt att skapa en ram för själva medlingen. Det är viktigt att parterna får känslan av att kontrollera agendan. Medlaren bör därför uttryckligen påpeka för parterna att dessa är de frågor som de själva har uttryckt önskemål om att diskutera. Parterna får sedan fritt välja i vilken ordning de vill diskutera frågorna. Vid medling är

¹²² R. Fisher m.fl., *Vägen till Ja, En nyckel till framgångsrika förhandlingar*, 1995, s.52-54.

¹²³ B. Lindell, *Alternativ tvistelösning*, 2000, s. 94-95.

nämligen diskussionen av frågorna inte underkastad några andra regler än sådana som parterna själva kommer överens om tillsammans med medlaren. Man rangordnar inte yrkanden som i en rättegång, och frågor om återopsörda eller bevisörda existerar inte heller.¹²⁴

Den problemlösningsfasen är således klar när parterna har kommit överens om vilka problem som skall lösas.

8.3.2 Den problemlösningsfasen i min medlingsprocess

Tvistiga frågor i detta fall kan tänkas vara:

Föreligger ett kontraktsbrott?

Vid ett eventuellt kontraktsbrott vilka är då de rimliga påföljderna?

Skadestånd och/eller annan påföljd?

De problem som ska lösas är:

Om betalning ska ske vilka summor är då rimliga? Bertil B vill ha för 73 000 kr för utebliven royalty, 52 000 kr för ränteförluster samt 484 000 kr för utebliven handelsvinst.

Finns det andra tänkbara lösningar än betalning?

Är Jernmanufakturssäljare motiverade att arbeta med Klemmitprodukten?

Hur kan ett eventuellt framtida samarbete se ut?

Hur bör ett nytt eventuellt avtal formuleras?

8.4 Problemlösningsfas

8.4.1 Allmänt om problemlösningsfasen

Under denna fas är tanken att mervärden skall skapas och lösningsförslag inventeras.

I det här skedet av medlingsprocessen har parterna identifierat de problem för vilka de vill finna en lösning. Här gäller det att arbeta med att ta fram lösningsförslag. Detta är ett bra tillfälle för medlaren att utnyttja sin kreativitet, medlaren har lättare än parterna att tänka helt fritt och bör också utnyttja detta till att pröva olika idéer. Parterna har generellt väldigt svårt att överväga ett förslag som vid en första anblick verkar försämra deras position. Medlaren kan även ge parterna möjlighet att vid enskilda samtal fundera över långsökta eller kontroversiella idéer. Om parten önskar kan medlaren sedan framföra idén som sin egen, för att göra motparten mer villig att överväga den. Medlaren bör bemöda sig om att tänka kreativt och okonventionellt. Det gäller att få parterna att ifrågasätta sina antaganden om sin styrkeposition och motpartens. Parterna bör försöka skaka av sig all

¹²⁴ B. Lindell, Alternativ tvistelösning, 2000, s.95.

konventionell klokhet. Parterna behöver upplysas om att de lösningsförslag som presenteras är preliminära och behöver granskas närmare. Det viktiga är här att inte döma, utan att fritt hitta på förslag, utvärderingen sker senare.¹²⁵ Att hitta på många möjligheter utan att omgående censurera eller fatta beslut är en svår uppgift. Medlaren måste påminna parterna att hela tiden ställa sig frågan; försöker jag nu maximera värdet av våra skilda utgångspunkter? Det är då viktigt att utnyttja skillnader i attityd till risk, sannolikhetsbedömningar och intressen.¹²⁶ Det vanligaste sättet att försöka skapa mervärden är att ta fasta på värden som parten kan ge motparten vilka är till stor nytta för denne, men till liten kostnad för parten och omvänt.¹²⁷

Det finns en del olika tekniker som medlaren kan använda sig av för att skapa mervärden. Brainstorming är en sådan. Medlaren placerar parterna bredvid varandra så att uppmärksamhet koncentreras mot ett gemensamt problem som står uppskrivet på ett blädderblock eller liknande. På detta sätt blir man mer fokuserad på problemet och inte på motparten. Sitter man mittemot varandra är det lätt att uppfatta uttalanden som att den andre säger emot eller kritiserar. Det är också lätt att bli mer fokuserad på den andres reaktioner än på det gemensamma problemet. Medlarens uppgift är här att se till att ingen kritik förekommer så länge brainstormingen pågår. Han/hon bör även dokumentera alla idéer på ett blädderblock, så att parterna kan se dem. Medlaren kan för att skapa kreativitet inleda med en dålig idé bara för att få parterna att inse att det inte finns några begränsningar för vilka förslag som kan framföras.¹²⁸ Detta är en kvantitativ process, inte en kvalitativ. Det är i första hand parterna och inte medlaren som ska vara aktiva vid detta framtagande av lösningsförslag. Parterna sitter inne med mest information kring tvisten och har därigenom bättre förutsättningar för att få fram så många förslag som möjligt. Medlaren bör därför inte komma med eventuella egna förslag förrän parterna verkligen har fått uttömma alla sina. Att medlaren i ett tidigt skede börjar delta genom att lämna egna förslag kan verka hämmande på parterna. Slutligen är det återigen viktigt att medlaren på ett tidigt stadium förklarar för parterna att de inte på något sätt är förpliktade av de förslag som de själva kommer med.¹²⁹ Efter att en brainstorming är avslutad är det dags att försöka systematisera de framtagna förslagen till lösningar. Om parterna endast kommer på ett fåtal lösningsförslag kan det tyda på att man redan tidigare i processen har retat ut en stor del av det som varit konfliktfyllt. Men få förslag kan även innebära att parterna hyser en brist på tillit för varandra och att det fortfarande finns en slags motvilja till att lösa konflikten. Medlaren bör då gå tillbaka till ett tidigare stadium i processen, för att försöka skapa bättre förutsättningar.

Vid systematiseringen har medlaren genom sitt neutrala perspektiv en överlägsen position för att ovanifrån kunna betrakta hela

¹²⁵ E. Runesson, Förhandling, För furstar, småfisk och deras ombud, 1993, s. 73,

¹²⁶ E. Runesson, Avtals- och tvistelösningsförhandling, 2003, s. 74ff.

¹²⁷ W. Ury, Vägen förbi NEJ, att förhandla med besvärliga personer, 1996, s. 96.

¹²⁸ E. Runesson, Avtals- och tvistelösningsförhandling, 2003, s. 76-77.

¹²⁹ H. Boserup, S. Humle, Meditationsprocessen, 2001, s. 53-54.

”konfliktkartan”.¹³⁰ Medlaren kan härigenom se på problemen och lösningsförslagen ur ett större perspektiv, på samma sätt som en domare i en rättegång, dock med den skillnaden att medlaren inte skall avgöra tvisten. Medlaren kan istället påpeka samband och åskådliggöra för parterna hur en viss fråga hänger ihop med en annan. Medlaren kan bygga broar och skapa samband som kan ge förnimmelsen av en ny vändning. Parterna i en konflikt är ofta så engagerade i sin egen idé att de har svårt att märka att deras eget och motpartens ställningstagande har stora likheter.¹³¹

En annan metod att skapa mervärden är att göra en analys av status quo. Parterna uppmantras då att tänka på vad som har varit bra i deras affärsrelation och vad de vill ska fortsätta.¹³² Ytterligare en metod är att försöka maximera värdet av parternas skillnader. Parterna kan ha olika tillgångar, olika smak, skilda intressen, divergerande framtidstro, olika attityd till risk och skilda riskbedömningar. De kan på skilda vis uppskatta värdet av framtida vinster i förhållande till idag. Parterna kan ha olika färdigheter och olika tillgång till sidoresurser såsom teknologi eller marknadskunskap. Alla dessa skillnader är viktiga att utnyttja när det gäller att skapa värde.¹³³

Efter denna del i problemlösningsfasen kan det vara bra att avbryta för att ge parterna tid att fundera över fler alternativ och idéer. Fördelen med detta är att parterna får möjlighet att konsultera ombud, revisorer, värderingsmän med flera, för att få information som sedan även kan vara viktig för förhandlingarna.¹³⁴

Det bör framhållas att det hela tiden gäller för medlaren att vara medveten om de hinder som finns och som kan omöjliggöra konstruerandet av olika kreativa lösningsförslag. Det första hindret är förhastade omdömen. Ingenting är så störande för uppfinningsförmågan, som det kritiska sinne, som bara väntar på att få förkasta varje ny tanke. Det andra är sökandet efter den enda rätta lösningen. De flesta människor har svårt att tänka sig att uppfinningsrikedom ingår som ett led i processen. Många parter tänker istället att det är svårt nog att komma överens som det är och det sista de behöver är en massa nya idéer. Om det första hindret för kreativt tänkande är en förhastad kritisk inställning, så är det andra en alltför stor brådska att nå resultat. En tredje förklaring till att det framkommer få förslag kan vara att parterna utgår från att kakans storlek är given. Till sist finns så problemet

¹³⁰ Exempel. Två grannar som i själva verket bor mycket nära varandra kan ibland vara omedvetna om detta då de går till sina hus via helt olika vägar. En person med en karta över området kan emellertid snabbt se att grannarna bor nära varandra. I en konfliktsituation kan parterna på liknande sätt komma fram till ett ställningstagande men via helt olika vägar. Ställningstagandena själva är emellertid mycket nära varandra.

¹³¹ E. De Bono, *Konflikter, ett bättre sätt att lösa dem*, 1986, s. 181-183.

¹³² C. Moore, *The Mediation Process*, 1996, s. 256ff.

¹³³ E. Runesson, *Förhandling, För furstar, småfisk och deras ombud*, 1993, s. 37.

¹³⁴ J. Norman, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, 1999, s. 87.

med att parterna bara tänker på sina egna intressen och inte försöker tillgodose den andres, vilket är en förutsättning för att nå ett resultat.¹³⁵

Den problemlösande fasen avslutas när man har uppnått syftet att göra ”kakan större”, det vill säga skapat mervärden och synergieffekter, som sedan kan fördelas under förhandlingsfasen.

8.4.2 Problemlösningsfasen i min medlingsprocess

För att skapa mervärde i den här tvisten bör brainstorming användas. Det är svårt att förutse exakt hur en sådan skulle se ut och vilka förslag som skulle komma fram, men här är några tänkbara förslag:

Finns det andra marknader som parterna kan avtala om ensamrätt över?

Bertil B har en ny uppfinning som han vill sälja, finns något intresse för denna från Jernmanufaktur's sida?

Är det i framtiden tänkbart med fler och mer långvariga former för ensamrätt i utbyte mot bättre garantier?

Kan Klemeco bli ett dotterbolag till Jernmanufaktur?

Kan Bertil B:s son, som är snickare, få jobb hos Jernmanufaktur?

Kan Jernmanufaktur låta sina säljare av Klemecoprodukten gå på utbildning hos Klemeco för att förbättra marknadsföringen och därmed förhoppningsvis kunna utöka försäljningen?

Finns det möjlighet att avtala bort huvudmannens rätt att ensidigt ändra priset mot att man i framtiden avtalar om garantier för att uppnå vissa minimikvantiteter?

8.5 Förhandlingsfas

8.5.1 Allmänt om förhandlingsfasen

Under denna fas skall de mervärden som tidigare skapats fördelas.

Förhandlingen är medlingens distributiva slutskede, där pengar och nyttigheter till slut måste fördelas. Processen ändrar därmed karaktär. Parterna måste nu kräva att de lösningar som uppnås ger ett tillfredsställande resultat.¹³⁶ Att först skapa värde tillsammans och i samarbete med motparten och sedan kräva att värde kommer en till godo i konkurrens med densamme är svårt och kallas därför för förhandlarens dilemma.¹³⁷ Medlaren bör därför börja med de frågor där parterna ligger närmast varandra, för att skapa en känsla av att det är möjligt att komma överens och hitta lösningar.

¹³⁵ R. Fisher m.fl., *Vägen till Ja, En nyckel till framgångsrika förhandlingar*, 1995, s. 60-63.

¹³⁶ J. Norman, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, 1999, s. 53.

¹³⁷ D. Lax, J. Sabenius, *The manager as negotiator*, 1986, s. 29ff.

Om parterna har svårt att komma fram till en lösning kan det vara produktivt att avbryta förhandlingen och istället låta parterna rådgöra med sina ombud. Parterna kan då föra en diskussion med ombuden kring konsekvenserna av olika möjliga lösningar. Vilka är alternativen, vilka är omkostnaderna, vilken tidshorisont handlar det om och vilka resurser kommer att krävas fram till det att avtalet kommer till stånd? Ett avbrott i medlingen kan även ge förhandlingsvilliga parter ny kraft och inspiration.¹³⁸ En förhandling innehåller i princip sju faktorer som parterna behöver beakta, de substantiella faktorerna; intressen, alternativ, möjligheter, legitimitet och åtaganden samt de processuella faktorerna; kommunikation och relation.¹³⁹ Dessa faktorer är viktiga att hålla i minnet då kritik kommer att tillåtas mot de idéer man tidigare tagit fram. Det är även viktigt att parterna inte förblindas av tron att de alltid har rätt. Om medlaren märker sådana tendenser kan han/hon återigen använda sig av enskilda samtal. Det gäller då att påminna parterna om att det finns intressen, som motparten måste ta hänsyn till. Parterna bör fundera över hur mycket en vinst är värd nu jämfört med framtida vinster, som kan bli möjliga på grund av att en god relation etableras. Det är även viktigt att parterna ser realistiskt på sin styrka. Generellt tenderar de att överskatta sin position och underskatta riskerna. Medlaren kan här trycka hårt på den uppskattning av värdet av tvisten som parterna tidigare gjort. För att ytterligare motivera parterna att komma fram till en lösning bör medlaren också utnyttja den riskanalys och kalkyl för olika tänkbara utfall (exempelvis utfallet vid en domstolsförhandling), som parterna bör ha gjort på ett tidigare stadium i medlingsprocessen.

Ingen part ingår en överenskommelse som innebär att han förlorar. Båda parterna har ett reservationspris eller nyttogräns, som de inte medvetet kommer att gå under.¹⁴⁰ Det är viktigt för parterna att de har identifierat sitt BATEF. Det hjälper nämligen parterna genom att de kan använda sitt BATEF som måttstock för att utvärdera varje tänkbar lösning.¹⁴¹

Medlaren bör som huvudregel inte fråga parterna om deras bästa alternativ till förhandling eller reservationspris. Parterna är i regel angelägna om att dölja sina verkliga reservationsvärden och har även goda skäl att göra så. För det första så bidrar inte informationen om reservationsvärdet till att något egentligt värde kan skapas och för det andra påverkas respektive parts förmåga att tillgodose sina intressen negativt. Om den ena parten får reda på den andre partens reservationsvärde behöver han ju bara lägga ett första och ett sista bud strax över reservationsvärdet. Den andre parten har självklart en viss anledning att acceptera detta bud, eftersom han trots allt tjänar något på det. Medlaren bör emellertid under processens gång ha skaffat sig en uppfattning av respektive parts reservationsvärde, som han/hon kan använda sig av för att föra förhandlingen framåt.¹⁴²

¹³⁸ H. Boserup, S. Humle, *Meditationsprocessen*, 2001, s. 67.

¹³⁹ J. Norman, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, 1999, s.59.

¹⁴⁰ E. Runesson, *Förhandling, För furstar, småfisk och deras ombud*, 1993, s. 60-67.

¹⁴¹ W. Ury, *Vägen förbi NEJ, att förhandla med besvärliga personer*, 1996, s. 28-29.

¹⁴² E. Runesson, *Avtals- och tvistelösningsförhandling*, 2003, s. 106.

Att använda sig av objektiva normer är också ett hjälpmedel som parterna kan använda sig av för att komma fram till en uppgörelse, dessa kan utgöras av exempelvis partsbruk, handelsbruk, sedvänja, och prejudikat. Objektiva normer kan hjälpa till i ett kritiskt läge genom att vara mera övertygande än subjektiva åsikter. Det därför bra om parterna redan vid förberedelsen har funderat ut så många objektiva kriterier som möjligt för de positioner som de nu måste inta när det blir fråga om att göra ett åtagande. Parterna bör ha samlat in fakta och räknat på vad de olika objektiva kriterierna leder till för slutligt resultat. Objektiva kriterier behövs för att kunna övertyga, men också för att kunna bli övertygad. Det är viktigt att parten som ger ett bud kan ge en förklaring till varför det är rimligt. Men det är lika viktigt att parterna kan förklara för sig själva varför de ska avtala på en viss nivå och inte en annan. Detta för att parterna ska undvika att senare riskera att få känslan av att de har slutit ett dåligt avtal. Parternas reservationspris är i allmänhet inte grundade på objektiva kriterier, utan hänför sig ofta till någon fristående standard. Det är därför viktigt att parterna ställer sig frågan hur de vid en eventuell framtid tvist skulle försvara avtalet.

När rättvisa och skälighet används av parterna till både försvar och attack är det viktigt att medlaren är aktiv.¹⁴³ Han/hon kan be parterna att byta roll för en stund och istället bli domare över de förslag de tänker avge. Bara för att parterna har tagit fram objektiva kriterier behöver dessa nämligen inte vara avgörande. Fördelen med att använda sig av dem är emellertid att de kan hjälpa parterna att snabbt se på ett lösningsförslag om det verkar rimligt. Medlaren bör även tala om för parterna, att om de ska kunna använda sig av objektiva kriterier på ett trovärdigt sätt, krävs det att de är lika öppna för övertygelse som de begär att motparten ska vara.¹⁴⁴ Slutligen, innan en överenskommelse träffas, bör en värdering av de fram förhandlade lösningsförslagen göras samt även ett sista försök att ytterligare vidareutveckla dessa.¹⁴⁵

Förhandlingsfasen avslutas sedan när parterna har kommit fram till antagbara förslag, det vill säga förslag som är fullständiga, operationella och realistiska.

8.5.2 Förhandlingsfasen i min medlingsprocess

Det gäller alltså för parterna att ha tagit reda på vilka objektiva kriterier de kan använda sig av. Vid förhandlingen är det nämligen viktigt för parterna att de framställer krav som de kan ange skäl för som legitima. Detta kan man göra genom att exempelvis förankra kraven i allmänt vedertagna standarder och normer som till exempel handelsbruk och sedvänja. Här är exempel på några argument parterna kan använda sig av:

¹⁴³ E. Runesson, Förhandling, För furstar, småfisk och deras ombud, 1993, s.80-81.

¹⁴⁴ E. Runesson, Förhandling, För furstar, småfisk och deras ombud, 1993, s. 83.

¹⁴⁵ J. Norman, Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning, 1999, s. 79.

Bertil B kan hävda att avtalet tolkat efter ordalydelsen inte kan förstås på annat sätt än att Jernmanufaktur utfäst sig att åstadkomma ett visst resultat. Detta skulle medföra att Klemeco fick sålt Klemitprodukter för 600 000 kr för vart och ett av åren 1986 och 1987. Detta innebär vidare att Jernmanufaktur alltså inte enbart åtagit sig att med omsorg verka för detta resultat, utan också faktiskt garanterat det. Om avtalet inte tolkas på detta sätt, skulle det inte ha inneburit någon förbättring.

Vidare kan Bertil B tänkas anföra att det faktum att återförsäljaravtalet inte innehåller något stadgande om skadestånd inte utesluter detta som sanktion vid kontraktsbrott. Om Jernmanufaktur har utfäst (garanterat) i återförsäljaravtalet att köpa de minimikvantiteter som anges i punkten 3.1 har Jernmanufaktur nämligen i enlighet med allmänna rättsgrundsatser ett strikt skadeståndsansvar för det fall att utfästelsen inte infrias.

De klausulerna Bertil B anser är relevanta är följande:

3.1 Återförsäljaren skall för leverans under varje kalenderår under avtalstiden av Säljaren köpa en viss minimikvantitet av Produkterna. Minimikvantiteten för kalenderåret 1985 skall kompletteringsköpas för 90 000 kr. För åren 1986 och 1987 har minimikvantiteten bestämts till inköp för 600 000 kr/år.

3.4 Om Återförsäljaren under ett kalenderår ej uppnår den avtalade minimikvantiteten, så äger Säljaren rätt att senast den 31 mars påföljande kalenderår uppsäga avtalet till omedelbart upphörande.

5.1 Återförsäljaren skall på allt sätt och efter bästa förmåga aktivt verka för största möjliga avsättning av Produkterna inom Territoriet. Särskilt åligger det Återförsäljaren att fortlöpande ge Säljaren alla de upplysningar som är nödvändiga för bästa möjliga bearbetning av marknaden, att mottaga och vidarebefordra reklamationer och andra meddelanden från kunder inom Territoriet och i sådana fall på bästa sätt tillvarata Säljarens intressen, att aktivt bevaka Säljarens marknadsandel inom Territoriet samt att hålla kunskapen om Säljarens produkter på hög nivå.

10.3 Part äger jämväl rätt att uppsäga avtalet till omedelbart upphörande om andra parten bryter mot sina skyldigheter enligt detta avtal och ej inom trettio (30) dagar, efter att ha erhållit meddelande om denna sin brist från motparten, vidtager rättelse.

Lars J bör emellertid påpeka att det även finns skäl som talar mot att man bör tolka 3.1 som en utfästelse (garanti) att inköpa en viss minimikvantitet. Man kan i detta sammanhang inte bortse från att avtalet torde ha sin förebild i ett standardavtal för ensamåterförsäljningsavtal.¹⁴⁶ En liknande bestämmelse i standardavtalet är utformad som en målsättningsklausul,

¹⁴⁶ Se vidare SOU 1984:85, om Handelsagentur och kommission, s. 213f.

vilket visserligen 3.1 inte är. Men likheterna i övrigt mellan detta och vårt avtal talar starkt mot att klausulen i fråga skall uppfattas som en garanti.

Vidare kan man se till sedvänjan inom industri och handel avseende klausuler om minimikvantiteter i ensamåterförsäljaravtal. För det första kan man då konstatera att sådana klausuler är vanliga. De är även ofta kompletterade med en regel som ger huvudmannen rätt att säga upp avtalet om återförsäljaren inte uppnår minimikvantiteten. Denna regel ses då som återförsäljarens motprestation för exklusiviteten. Däremot betraktas det normalt inte som ett skadeståndgrundande kontraktsbrott om återförsäljaren inte uppnår den angivna minimikvantiteten. Om de bestämda försäljningsvolymerna uppnås eller inte ligger nämligen ofta till viss del utanför dennes kontroll, då produkterna exempelvis kan bli omoderna, utsättas för oväntad konkurrens eller något liknande. För nya produkter är det också ofta mycket svårt att förutse försäljningsvolymen. Det anses vanligen därför inte rimligt att en återförsäljare, som trots fullgoda marknadsföringsinsatser inte når upp till den avtalade minimikvantiteten, skall drabbas av strikt skadeståndsskyldighet.

8.6 Avtalsfas

8.6.1 Allmänt om avtalsfasen

Under denna fas ingås den slutliga överenskommelsen.

Medlaren bör förklara för parterna att avtalet efter en medlingsprocess skiljer sig till viss del från avtal ingångna efter en ren rättsprocess. Men liksom vid traditionella avtal krävs en precisering av vem som ska göra vad och när. Följande åtta frågor kan vara bra att försöka besvara. 1. Vem skall fullgöra prestationen? 2. Till vem ska prestationen fullgöras? 3. Vad går prestationen ut på? 4. Hur mycket skall presteras? 5. Var skall prestationen fullgöras? 6. När skall prestationen fullgöras? 7. På vilket sätt skall prestationen fullgöras? 8. Vad skall motparten göra, för att kunna kräva motprestationen?¹⁴⁷

Det som motiverar efterlevnaden av en dom är rättsliga kriterier. Här bygger viljan att fullgöra avtalet istället främst på parternas goda vilja. Det är därför viktigt att medlaren, innan parterna rådgör med sina ombud, ställer ett antal kontrollfrågor för att hjälpa parterna att övertyga sig om att den lösning de kommit fram till är bättre än det bästa resultat de kunnat uppnå utan medling, vilket ju ökar sannolikheten för att avtalet kommer att hållas. Medlaren kan fråga parterna om det innebär mer kostnader att bryta avtalet än att hålla det, om avtalet tillgodoser båda parternas intresse, om det innebär realistiska förpliktelser, om parterna har förståelse för de behov och

¹⁴⁷ E. Runesson, Avtals- och tvistelösningsförhandling, 2003, s. 162. För ingående information om dessa se vidare s. 166ff.

intresse som lagt grunden till avtalet, om avtalet är lätt att rätta sig efter, det vill säga att det är tydligt, lättförståeligt och enkelt, om det möjliggör en god framtida relation, om det underlättar en eventuell senare konfliktlösning samt om lösningen även är tillfredställande för andra eventuellt påverkade parter. Dessa frågor bör parterna således ta med sig och fundera över när de nu på nytt ska rådgöra med sina ombud.¹⁴⁸ Medlaren bör även förklara för parterna att åtaganden och löften inte bara behöver vara sådana som ger upphov till nya rättigheter och skyldigheter och som ytterst kan utkrävas med stöd av rättsliga medel. För att avtalet ska bli så komplett som möjligt kan det även innefatta åtaganden som inte erkänns av rättsordningen såsom bindande.

Efter det att parterna har träffat sina ombud går de sedan tillsammans med medlaren återigen igenom avtalet. Man granskar då noggrant avtalet samt ställer sig frågan om det kan bli ännu bättre. Här kan exempelvis en brainstorming göras för att utröna hur avtalet kommer att behandla eventuella framtida katastrofsituationer. Vidare kan man även ta ställning till om något behöver omförhandlas för att uppnå pareto-optimum. Om så är fallet bör medlaren rekommendera parterna att låsa det redan uppnådda resultatet i ett avtal, innan man fortsätter att förhandla. Det avtalet kan då ligga som en plattform, vilken man sedan kan gå tillbaka till med de eventuella ytterligare tillägg som framkommit.¹⁴⁹

Medlaren bör sedan även se till att avtalet är tillräckligt specifikt. Det bör innehålla namn på parter, precision vem de innefattar och vilka som varit delaktiga samt en konstruktiv inledning exempelvis xx firma och yy firma beklagar att denna konflikt har uppstått och är eniga om följande. Därutöver bör det innehålla parternas egen problemformulering och parternas intentioner med lösningen. En noga precisering av vilka lösningar man har valt samt en precisering av vem som ska gör vad och när. Om lösningen till någon del är tänkt att bygga på en rättslig grund måste avtalet vara helt klart i formuleringen av vilken rätt det är som stiftas, upprätthålls eller ändras.¹⁵⁰ Om ombuden inte är närvarande vid den slutliga avtalsskrivningen bör man i ovanstående fall ta in ett förbehåll om att avtalet ska godkännas av parternas ombud för att gälla. Medlaren bör inte göra egna formuleringar i avtalet, då detta kan leda till rådgivningsansvar. Det är därför bättre att alltid överlåta detta åt parterna och på deras ombud. Avtalet avslutas till sist med en formulering kring vad som händer om avtalsbrott sker. En klausul om ny medling är då en tänkbar möjlighet.¹⁵¹ Det är dock viktigt att påpeka att eftersom medling är frivilligt så kan aldrig efterlevnad av sådana bestämmelser framtvingas. Men en sådan klausul kan ändå ha klara fördelar. Den part som tar initiativet till att inleda ett medlingsförfarande kan

¹⁴⁸ H. Boserup, S. Humle, *Meditationsprocessen*, 2001, s. 72.

¹⁴⁹ E. Runesson, *Avtals- och tvistelösningsförhandling*, 2003, s. 148.

¹⁵⁰ Ska det exempelvis kunna tvångsuppfyllas måste man se till att det uppfyller kraven för detta. Tvångsexekution är emellertid inte så vanligt förekommande i medlingsavtal då bindningskraften i dessa är goodwill.

¹⁵¹ H. Boserup, S. Humle, *Meditationsprocessen*, 2001, s. 74. För exempel på hur en sådan kan se ut se under kapitel 4.3.

nämligen härigenom göra det utan att risk för att motparten skall tolka det som att parten är rädd för att dra tvisten inför domstol eller skiljenämnd. Parten som påkallar medling följer ju bara den föreskrift som de avtalat om. Vidare bör man nog inte heller underskatta betydelsen av den moraliska skyldigheten att solidariskt delta i medlingsförfarandet.¹⁵²

Avtalsfasen är slut när man uppnått en skriftlig överenskommelse som är så substantiell, uttömmande, permanent, slutgiltig, villkorlös och bindande som möjligt.

8.6.2 Avtalsfasen i min medlingsprocess

Parterna bör uppmanas att utförligt och klart reglera vilka sanktioner man ska ha rätt att påkalla vid motpartens bristande uppfyllelse av förpliktelser. Detta gäller i synnerhet eventuella krav på skadestånd vid bristande uppfyllelse av marknadsföring, informationsplikt och andra förpliktelser där det även kan vara svårt att värdera skadan som kontraktsbrottet orsakat. Skadeståndsberäkningen vid bristande uppfyllelse av en försäljningsgaranti är svår att genomföra, men kan underlättas betydligt om den eventuella garantin är specificerad på ett eller annat sätt.

Återförsäljaravtalet innehöll tidigare ett flertal klausuler, vilka delvis överlappade varandra och skapade osäkerhet om vad som avsågs med respektive klausul. Det är viktigt att parterna rättar till detta och skapar klarhet däri.

Slutligen är det återigen viktigt att påpeka att båda parter advokater bör ha gått genom avtalet innan ett slutligt undertecknande sker.

8.7 Slutsats

Jag tror att medling hade varit lyckat för båda parter i den tvist jag valt att analysera. De dominerande osäkerhetsmomenten i en rättegång rör frågor om hur domstolen kommer att tolka rättsreglerna, hur domstolen kommer att värdera parternas uttalanden och vilken betydelse domstolen kommer att ge andra omständigheter. Osäkerheten om utgången av en rättslig prövning drar ner det förväntade värdet av domen. Någon lär mycket träffande ha sagt att det är mycket som är osäkert i denna värld, men det är inget som är så osäkert som en process. Till det kommer att en medling kan ge pengar idag, medan en dom, om den alls verkställs, ger pengar först om något år eller flera år, om domen överklagas. Om parterna i min process gått igenom medlingens olika faser på ovanstående sätt, är det min uppfattning att de hade kunnat öka sin förståelse för varandra samt reda ut de missförstånd som funnits angående samarbetsviljan och försäljningsviljan. Jag tror att en lösning för så väl tvisten som det fortsatta samarbetet hade varit fullt möjlig.

¹⁵² E. Runesson, Avtals- och tvistelösningsförhandling, 2003, s. 207.

Exakt hur en uppgörelse skulle se ut är svårt att säga, men mitt förslag ser ut som följer:

Parterna enas kring betalning av en mindre summa. De är överens om att ett kontraktsbrott till viss del faktiskt har skett. Bertil B kommer att acceptera att det blir en mindre summa, eftersom det finns objektiva kriterier som talar för att skadestånd generellt inte betalas ut i liknande fall. Vidare är det troligt att en uppgörelse kring den nya produkten kommer att bli verklighet eftersom detta gynnar båda parter. Ensamtill till båda produkterna i hela Norden kommer sannolikt också att ingå i uppgörelsen. Det är även troligt att Lars J för att tillgodose Bertil B:s behov av garantier kan avtala om detta, under förutsättning att priset inte enbart fastställs och styrs av Bertil B. Vidare erbjuds till Bertil B:s glädje hans son en fast anställning hos Jernmanufaktur. Även ny utbildning och utökad marknadsföring regleras i det nya avtalet. Slutligen kommer en del klausuler att tas bort och en del kommer att ändras, så att avtalet i framtiden blir klart och lättförståeligt. Avslutningsvis tillkommer det en klausul om framtida eventuella tvister, som föreskriver att sådana i första hand ska försöka avgöras genom medling. Med beaktande av tvistens storlek och omfattning kan man gissa att priset för medlingen skulle stanna på cirka 40 000 kronor.¹⁵³

Detta medlingsresultat är en fullt möjlig utgång, som hade besparat parterna både tid, pengar och känslomässigt engagemang. I verkligheten blev emellertid utgången en annan. Den verkliga processen mellan Jernmanufaktur och Klemeco startade i december 1986, genom en delgivning av stämningsansökan. Därefter gick den genom tre instanser för att slutligen avgöras av Högsta domstolen den 25 juni 1992. I avgörandet använde sig Högsta domstolen av en form av systeminriktad tolkningsmetod. Jernmanufaktur avgick som ”segrare” efter det att Högsta domstolen genom flera tolkningsoperationer inte kunde finna annat än att punkten 3.1 i avtalet *inte* skulle uppfattas som att Jernmanufaktur hade lämnat en skadeståndssanktionerad garanti att köpa de angivna minimikvantiteterna.

Vad Bertil B och Klemeco förlorade till följd av denna långdragna process är svårt att överblicka, men de direkt synliga kostnaderna är givetvis utebliven betalning och de stora processkostnaderna. Även om Lars J och Jernmanufaktur får anses vara tvistens segrare, är det rimligt att anta att tvisten varit kostsam även för dem, inte minst på grund av faktorer som osäkerhet och kostnader de legat ute med under processens gång.

¹⁵³ Beräknat utifrån Stockholms handelskammarens Medlingsinstitutets priser för mer information om dessa se www.sccinstitute.se.

9 Sammanfattande slutsatser och analys

9.1 Slutsatser

9.1.1 Medling som konfliktlösningsmetod

Medlingen förekommer sedan långt tillbaka i tiden och har sitt ursprung i en tro på att det är viktigare att återställa harmoniska relationer än att uppnå individuell rättvisa. Historiskt sett var det faktorer som medlarens auktoritet och sociala status tillsammans med samhällets kollektiva press på att återupprätta social harmoni som, gjorde att parterna i stor utsträckning accepterade de föreslagna lösningarna.

I dag är domstolen den auktoritet som står för rättsskipningen. Möjligheterna till medling ges där i rättegångsbalken 42 kap 17 § 2 st. Denna paragraf används idag väldigt sällan och man kan fråga sig varför. Vad är det som gör att domare och ombud inte använder sig av denna möjlighet? Det kan vara så att domarna med hänsyn till tvistemålets dispositiva natur föredrar att vara passiva för att inte blanda sig i målen. Han eller hon inväntar därmed hellre ett initiativ från ombudets sida. Men det kan även vara så att domarna anser att om de inte själva har lyckats få parterna att förlikas, så har inte heller en medlare någon chans att lyckas. Det som då glöms bort är emellertid att medlingen sker i en annan miljö samt med andra tidsmässiga förutsättningar. Dessutom kan en medlare föra in utomrättsliga faktorer i bilden samt göra skönsmässiga bedömningar. En domare som vid en förlikning gör skönsmässiga bedömningar eller tar in fakta av utomrättslig karaktär riskerar att bli betraktad som partisk.

I förarbetena framhålls att ”stora mål” kan vara lämpliga för medling av den anledningen att det här bör göras en skälighetsbedömning.¹⁵⁴ Men varför ska de stora målen avgöras genom en skälighetsbedömning och de små enligt strikt lagtillämpning? Detta sammanhänger antagligen med att medling enligt förarbetena inte är avsedd att användas när tvisten uteslutande eller huvudsakligen består av rättsfrågor. Denna begränsning skulle dock kunna göras mindre omfattande om medlingen och medlarens uppgift betraktades som ett sätt att underlätta en förhandling mellan parterna och inte som en möjlighet att döma och vara domare. Förarbetena verkar nämligen bygga på den senare uppfattningen, det vill säga att medlaren bör fungera som en domare. Det skrivs bland annat att medlaren inte behöver tveka att ge uttryck för sin uppfattning i sakfrågor eller rättsfrågor och att det är fritt fram för medlaren att ge konkreta förlikningsbud. Medling är idag främst ett alternativ till en domstolsprocess eller ett skiljeförfarande när

¹⁵⁴ Se ovan s. 20.

det konstaterats att en förlikning inte kan komma tillstånd. Jag skulle emellertid vilja påstå att medlingens potential borde utnyttjas direkt, redan vid förlikningsförhandlingen, för att "vinna-vinna" lösningar ska möjliggöras. Medling blir alltså ett sätt att skapa optimala förutsättningar för en förlikning. Min förhoppning är emellertid att det i framtiden kommer att erbjudas mer av både privata och domstolsanknutna medlingsalternativ. En satsning på utbildning av medlare kommer då att behövas, motsvarande satsningar har redan gjorts i bland annat USA och England, och är nu även på stark framväxt i våra grannländer Norge och Danmark. Att det i Sverige ännu inte har skett en liknande utveckling beror antagligen främst på okunskap och slentrian, men även en rädsla för det okända och obeprövade samt en dålig marknadsföring.

Jag har en känsla av att jurister i många fall i första hand ser som sin uppgift att veta hur man tolkar och tillämpar lagar. Borde vi jurister inte istället, i likhet med en medlare, se som vår allra främsta uppgift att *lösa problem*? Problemlösning är när allt kommer omkring det yttersta syftet med vår verksamhet. Detta borde i sin tur resultera i att juridiken endast betraktas som ett av flera redskap för att lösa problem. Jan Norman skrev mycket träffande i sin bok att "för den, vars enda verktyg är en hammare, ser alla problem ut som spikar". Fördelarna med medling som jag ser det är således att det främjar lösningar som passar parternas behov, vilket i sin tur ökar den frivilliga efterlevnadsgraden och medför att förtroende och relationer kan återställas.

Den företagsledare som väljer enbart mellan skiljedom och allmän domstol som konfliktlösningsmetod, väljer samtidigt att avhända sig kontrollen och även ansvaret över det egna företagets öden. I vissa fall är kanske skiljenämnd eller domstol den enda möjliga utvägen, men borde det inte vara en sista utväg att lämna ifrån sig kontrollen över tvisten? Uttrycket *alternativ* tvistlösningsmetod som en beteckning för medling för närmast tankarna till en obeprövad metod som väljs - motvilligt - i sista hand. Jämför till exempel med begreppet alternativmedicin som har en klang som för tankarna till kvacksalveri. Jag anser att det är istället dags att lyfta fram medlingen som en form av *adekvat* tvistlösningsmetod, som i vissa fall är överlägsen en rättsprocess eller ett skiljeförfarande.

9.1.2 Medlingsprocessen

Medlingsprocessen är informell och bygger i hög grad på förtroende. Snabbhet och sekretess är viktigt i affärsrelationer. Det innebär en stor olägenhet när en tvist inte kan redas ut snabbt - i synnerhet när det rör sig om en pågående affärsrelation där stora belopp ofta står på spel. Att välja en medlingsprocess eller inte handlar om att fatta ett beslut under osäkerhet. Parterna bör därför bland annat fundera på vad de kan få ut av en medlingsprocess i förhållande till det förväntade värdet av en rättsprocess. Om parterna bestämmer sig för medling kommer det förväntade utfallet av en rättegång sannolikt att utgöra reservationspriset (det vill säga det värde

en part inte kan tänka sig att gå under) under medlingsprocessens förhandlingsfas, det vill säga en part torde inte nöja sig med ett utfall som är sämre än det förväntade utfallet av en rättsprocess.

Konflikter kan lösas genom att använda styrka, en rättighetsbaserad diskussion, eller genom en främst behovs- och intressebaserad förhandling. Deltar man i medling har man i regel valt det sista av de tre alternativen före de två andra. En svår fråga inom ramen för medlingsprocessen är emellertid hur stor tid och plats rättsliga övervägelser får ta. Ska medlaren upplysa parterna om att förhandlingslösningen kanske inte går att genomföra juridiskt eller att den strider mot gällande rätt? Här råder det delade meningar. Kan man verkligen vara neutral och samtidigt ge juridiska råd i specifika frågor? Vissa medlare anser att det är möjligt, då det rör sig om klara juridiska fall, det vill säga sådana där det inte förekommer utrymme för olika tolkningar. Uppträder medlaren som rådgivare måste han/hon emellertid vara klar över att detta medför ett rådgivningsansvar. Vissa medlare uppfattar fokusering på den juridiska rättfärdigheten som varande i motsats till medlingsprocessens avsikt, medan andra menar att man ska dra nytta av sina sakkunskaper på konfliktområdet och ge råd. Låter man parterna använda sig av rättsliga normer leder det emellertid till att man drar in ännu en part i förhandlingarna, nämligen den för parterna anonyma lagstiftaren, som ju inte har lagstiftat med parternas speciella situation eller sammanhang för ögonen.

Det finns i princip två olika strategier avseende behandlingen av juridiska frågor vid medling. Den ena anser att det är parterna som måste ta ansvar för lösningen av tvisten, då det är de själva som bäst känner till den. Enligt företrädare för denna strategi riskerar medlaren även att framstå som partisk om han/hon framlägger förslag till lösningen. I det här fallet bär således parterna ansvar för innehållet i överenskommelsen och medlaren ansvaret för processen. Den andra inriktningen framhåller att det är medlarens plikt att se till att lösningen blir rättvis, vilket är en etisk skyldighet som rättfärdigar att medlaren både råder och lägger fram lösningsförslag. En oskäligen lösning riskerar nämligen att bli angripen senare och detta är inte processekonomiskt. Enligt min mening är en slags kompromiss mellan dessa båda inriktningar det bästa. Det skulle innebära att medlaren lämnar över ansvaret för att tvisten blir löst på parterna, men att han/hon samtidigt under processen jobbar med de tillgångar, förutsättningar och eventuella objektiva kriterier som parterna innehar. Medlaren hjälper alltså parterna att hitta hållbara och långsiktiga lösningar, det vill säga sådana som uppfyller kraven på rättvisa och etisk godtagbarhet. Enligt min mening bör medlaren således inte ge juridiska råd, men han/hon bör alltid förvissa sig om att parterna har tillgång till eller åtminstone kommer att gå igenom lösningen med ett juridiskt ombud. Det finns emellertid också ett antal saker som medlaren kan göra för att balansera dialogen, utan att ta på sig advokatrollen eller rådgivarrollen. Han/hon kan exempelvis påminna parterna om att medling är frivilligt och därigenom tydliggöra för den starkare parten att den svagare parten faktiskt har möjlighet att lämna mötet, varvid förutsättningen för att komma fram till ett avtal försvinner. Medlaren kan

även uppmuntra till samarbete och uppriktighet genom att skapa förtroende och förutsättningar för en ärlig kommunikation. Vidare kan han/hon betona vikten av att ge uttryck för känslor och understryka nyttan av att använda sunt förnuft samt se till att parterna uppför sig respektfullt gentemot varandra.

De som är kritiska till medlingsprocessen anser att parternas agerande ibland tas över av medlarens strategier under processen. Medlaren styr fokus genom att belysa vissa saker och mörklägga andra. Uppmärksamheten styrs mot något, men därmed också från något. Enligt kritikerna är detta hela essensen med medling, det är det som framgången bygger på. Medlaren försöker göra processen konfliktfri genom att ersätta krav med intressen och behov. De senare anses nämligen mer fundamentala och universella än krav, vilket medför att de även är mer ägnade att framkalla en känsla av gemenskap. Medlingsprocessen utgår därigenom från att intressen, behov och bekymmer är mer legitima än krav. När kraven så under medlingsprocessen blir nedbrutna till *intressen* och *behov*, kan det vara svårt för parterna att hävda sina *krav* som legitima. Medlingsprocessen fråntar därmed parterna deras argumentationskraft och hindrar dem från att ta tillvara sina legitima rättigheter. Medlingsprocessen är därmed bara ett subtilt sätt att *övertala* på.

För att bemöta denna kritik vill jag säga att medling mycket riktigt är en kontrollerad process, men samtidigt påstå att det handlar om kontroll *tillsammans* med parterna och inte kontroll *över* dem. Medlingsprocessen består av kommunikativa handlingar, där parterna får identifiera sina egna behov och får förståelse för motpartens behov och förutsättningar, vilket möjliggör gemensamma lösningar. Att enbart fokusera på att övertala strider mot medlingens idé om autonomi och principen om att avtalen ska hålla en längre tid. Frihet och självständighet skall med andra ord skyddas i medlingsprocessen. Det bör därför vara parterna och inte medlaren, som styr vilka problem som ska diskuteras. Medlingsprocessen är därmed inte konfliktfri, snarare är det så att parterna lär sig hur de kan handskas med en konflikt, utan att ta till flykt eller kamp. Argumentation och övertalning förekommer visserligen inom medlingsprocessen, men det sker först under förhandlingsfasen och då öppet. Innan dess, i de tidigare faserna, får parterna istället möjlighet att vara kreativa och försöka "göra kakan större". Tonvikten bör därför ligga vid kreativ design och inte vid dialektiskt fäktande. Stora kreativa insatser behövs när det inte bara handlar om att handskas med tillgängliga begrepp och synsätt, utan också med nya sådana. Parterna behöver alla medlingsprocessens faser för att kunna skapa valmöjligheter - argumentation kan nämligen bara göra det i en mycket begränsad utsträckning.

Vad är det som gör att ett förfarande som syftar till att lösa en konflikt blir *legitimt*? Det är svårt att reglera en medlares, en domares, en skiljemans eller en advokats etiska värderingar. Det är på samma sätt svårt att reglera hans/hennes sätt att påverka parterna, val av arbetssätt, hur han/hon kommunicerar eller hans/hennes erfarenheter. Enligt min mening är dessa

faktorer emellertid oerhört viktiga, eftersom det enda som kan göra en process legitim är det sätt på vilket den genomförs, det vill säga det sätt på vilket konsensus uppnås. En teknik med avsikt enbart att skapa enighet riskerar att utesluta den legitima grunden för processen till fördel för målet. Konsensus som mål kan aldrig legitimera en medlingsprocess, det kan bara processen själv göra genom det sätt på vilket konsensus uppnås.

9.2 Analys

9.2.1 Analys utifrån begreppen rättvisa, rättssäkerhet och effektivitet

Man får anta att själva tanken med domstolsprocessen, skiljeförfarandet och förlikningsförhandlingen är att de i stor utsträckning ska vara rättssäkra, rättvisa och effektiva. Nedanstående analys är ett försök att undersöka hur medlingsprocessen förhåller sig till dessa begrepp. Analysen kommer att visa att medlingsprocessen i många avseenden mycket väl uppfyller dessa kriterier och i vissa fall till och med erbjuder fördelar jämfört med de ovanstående mera etablerade konfliktlösningsmetoderna.

9.2.2 Rättvisa

När det gäller konfliktlösning finns det två dimensioner av rättvisa. Den ena aspekten är att själva konfliktlösningsprocessen ska vara rättvis, i en domstolsprocess talar man till exempel om "equality of arms", den andra är att det resultat som uppnås, innehållet i den lösning som framkommer genom processen, ska vara rättvist.

En fundamental grundföreställning i alla rättviseteorier är att lika ska behandlas lika. Ska man göra en avvikelse härifrån lär man få presentera goda skäl. Principen är oproblematiske och tämligen betydelselös, om lika ska betyda lika i bemärkelsen identiska. Uppmärksamheten bör därför inriktas på situationer där parterna inte är lika. Man måste även ställa sig frågan vad det är som ska fördelas? Är det ett visst antal av en resurs eller är det nyttovärdet av samma antal av resursen. Hur bestäms och avgränsas egentligen det rättsliga från politik och moral och hur skiljer vi juridiska skäl från icke-juridiska? Är verkligen rättslig argumentation en distinkt metod för att nå rättvisa resultat? Visserligen har jurister en särskild typ av kunskap om rättsreglerna och hur man kan lösa konflikter och komma tillrätta med tvetydigheter i rättssystemet. Men existerar det verkligen en korrekt juridisk lösning, som kan särskiljas från den korrekta moraliska eller politiska lösningen av ett juridiskt problem?

Samhällsutvecklingen har resulterat i att juridiken har blivit alltmer komplicerad och svårtillgänglig. Detta gör att den juridiska rättvisan blir dyr. Vill en enskild gå till domstol krävs assistens av högt betalda juridiska

ombud med avancerade specialkunskaper. Som ett resultat av den växande juridiska professionen och en högt utvecklad rättslig kultur formuleras juridiska problem alltmer i tekniskt komplicerade termer, problemen juridifieras och inordnas i kategorier som är okända för den enskilde. Det blir därmed allt svårare för den enskilde att förstå deras innebörd. För många blir då den juridiska rättvisan ekonomiskt ouppnåelig och begreppsligt främmande.

När man funderar på huruvida medling och medlingsprocessen är rättvis eller inte är det även viktigt att komma ihåg att vi inte har något ombudstvång i Sverige, det vill säga man behöver inte vara företräd av någon i en rättsprocess. Vidare finns det inte heller något krav på att ett eventuellt ombud ska vara jurist. Till detta kan läggas att domstolen inte får gå utanför de omständigheter som parterna tagit upp i dispositiva tvistemål. Parterna kan således inte förvänta sig att rättvisa ska skipas bara genom att det nu är en domare som ska avgöra tvisten. En domstolsprocess är i sig inte en garanti för rättvisa. Parterna måste själva ta ansvar för att de delar av konflikten som de vill har rättsligt prövade också blir det.

När potten ska fördelas mellan parterna i en medlingsprocess försöker man hitta ett objektiva kriterium som fungerar som en slags fristående norm i det specifika medlingsfallet. Det kan vara utifrån skälighet och rättvisa, praxis på området, i enlighet med dispositiv rätt, i enlighet med ett expertutlåtande eller något annat. Den rättvisa rätten behöver för sin giltighets skull enligt min mening inte ha kommit från en lagstiftare. Den rättvisa rätten måste skapa sin egen legitimitet.

Det får förutsättas att avtal ingås av fri vilja. Om så inte är fallet kan det bero på att förfarandet vid avtalets ingående inte varit rättvist, vilket i sin tur innebär att avtalets innehåll inte heller kan anses rättvist. Det kan till exempel handla om tvång eller ocker som eventuellt får ett rättsligt efterspel, men även andra typer av ”aggressiva” förhandlingsmetoder kan leda till orättvisa resultat. I kravet på att processen ska vara rättvis ingår bland annat att parterna ska ha en någorlunda likvärdig ställning i förhandlingen. Detta är dock ingen garanti för att den slutliga lösningen blir rättvis; en avvikelse från vad som uppfattas som en rättvis fördelning avseende slutresultatet kan ske utan att rättvisekravet åsidosatts i själva processen. Det kan bero på att den ena parten är intelligentare, har mer information eller är bättre förberedd. Huruvida en lösning är rättvis eller inte beror enligt mitt synsätt på om parterna upplever den som rättvis. Det är enligt min mening olämpligt för medlaren att ha synpunkter på fördelningen av värde om förhandlingsprocessen saknat inslag av orättvisa. Synpunkter på rättvisa avseende innehållet i en lösning blir nämligen lätt godtyckliga. För att kunna bedöma innehållet i en lösning ur rättvisesynpunkt krävs något slags måttssystem, endast på ett sådant sätt kan det avgöras huruvida en part har erhållit minst lika mycket värde som den har gett upp. En sådan värdestandard kan sökas, dels i parternas egna uppfattningar om det aktuella värdet, (subjektiva kriterier), dels i allmänna värdeuppfattningar i den mån de finns att tillgå (objektiva kriterier). Parternas subjektivt utvalda

nyttopoäng kan inte relateras till varandra. Det går alltså inte att med utgångspunkt endast i parternas värdeskalor säga vem som fått mest av den gemensamma potten. Diskussionen angående rättvisa avseende medling rör sig väldigt ofta kring något som egentligen inte har betydelse för parterna eller deras konflikt. Den måttstock på rättvisa som parterna i en medling som regel använder, handlar om huruvida avtalet stämmer överens med de standarder de själva har definierat, samt om det har varit balans i inflytandet mellan de förhandlande parterna. Medling ger i motsats till andra konfliktlösningssformer parterna en möjlighet att välja om de vill ta hänsyn till juridiska normer eller bortse från dem. Parterna kan därmed använda sina egna idéer om rättvisa för att uppnå det bästa resultatet i varje unikt fall.

9.2.3 Rättssäkerhet och effektivitet

Vad är viktigast när en tvist skall avgöras? Är det att kravet på rättssäkerhet och förutsebarhet upprätthålls så att lösningen blir så korrekt som möjligt eller är detta underordnat den samhällsekonomiska och företagsekonomiska nyttan av snabba tvistelösningar? Frågan är om medling uppfyller de krav som finns på rättssäker- och effektiv- rättsskipning i förhållande till de andra tillgängliga tvistelösningssformerna i dispositiva tvister?

Medling kan enligt min mening i ett visst hänseende ses som en möjlighet att öka rättssäkerheten i samhället. En ökning av antalet medlingsförfaranden leder till en avlastning av landets domstolar, som för tillfället inte bara är överhopade med mål utan också drabbas av nedskärningar. Att de istället skulle avgöra ett större antal mål med ett färre antal domare innebär enligt mig en större fara för rättssäkerheten. Här finns emellertid en viss risk; om domstolarna skulle avgöra väldigt få mål av en viss karaktär får det till följd att inga nya prejudikat kan skapas. Domstolarna förlorar då kontakten med de normer som styr till exempel affärsvärlden. Det måste emellertid beaktas att detta inte utgör en risk i sig, utan att problem egentligen uppkommer först om kvalitén på domstolens avgöranden försämras, vilket medför en risk för rättsförlust. När man väger medling mot domstolsförfarande måste man ställa sig frågan om ett domstolsavgörande verkligen är bättre ur effektivitets- och rättssäkerhetssynpunkt. Domstolsprövningen tar ofta lång tid, är ofta dyr och kvaliteten är med beaktande av ovanstående i hög grad osäker.

Om prejudikatbildning skulle minska, kan detta även medföra en fara för att det på sikt inte kommer att finnas utfyllande praxis. Men domstolen finns ju kvar för dem som vill ha ett prejudikat och om alla onödiga mål togs bort skulle domstolen ju kunna ägna mer tid åt det den verkligen är till för, nämligen att skapa kvalitativa domar. Det faktum att man riskerar att behöva stå för alla kostnader själv kan även göra att man rent av drar sig för att få sin rätt prövad. Vem vill idag egentligen bära kostnaden för att skapa ny rätt?

I vissa fall kan en ökning av den i lagen förankrade förutsebarheten även leda till ett minskat beaktande av andra etiska värden. En mycket exakt lagstiftning om exempelvis otillbörliga avtalsvillkor skulle kunna vara orättvis, eftersom det minskar utrymmet för att beakta andra etiska värden som anses relevanta än just de som lagstiftaren har tänkt ut. Lagens bokstav kan självklart skilja sig från lagtolkarens etiska omdöme. Lika fall ska behandlas lika, men fall är ofta lika ur en synvinkel och olika ur en annan. Lagen kan bestämma vissa kännetecken på likhet, men det måste finnas utrymme för andra lösningar som ibland blir mer etiskt riktiga. Är den långtgående lagtolkningen som sker i domstolar verkligen något annat än just uppfinnande av nya rättsnormer? Jag anser inte det och jag anser inte heller att juridiken varken kan eller bör lösa alla problem i samhället. Varför skulle det vara sämre att parterna själva tar fram de normer de tycker är relevanta för att lösa sin tvist jämfört med att en domare gör det?

9.2.4 Avslutning

I mitt fall kunde högsta domstolen i princip lika gärna ha valt att se avtalsförpliktelsen som en garanti som skulle infrias och att skadestånd därför skulle utgå om förpliktelsen inte infriades. Rättsläget var med andra ord inte så beskaffat att resultatet av domstolens avgörande var direkt förutsebart, hovrätten var av en helt annan mening än tingsrätten och högsta domstolen. Den här nämnda möjliga lösningen skulle enligt min mening kunna vara minst lika rimlig ur ett kommersiellt perspektiv och den skulle även stämma bra överens med allmänna köp- och skadeståndsrättsliga principer. Detta blev emellertid inte resultatet och i avvaktan på ett eventuellt nytt avgörande i frågan utgör fallet gällande rätt. Enligt min mening är prejudikatvärdet i detta fall inte särskilt starkt och det är ett typexempel på fall där parterna måste ställa sig frågan om det är värt att bära kostnaderna för att skapa ny rätt. Fallet har alltså inte i någon större utsträckning bidragit till att klarlägga rättsläget, det vill säga öka förutsebarheten och därmed rättssäkerheten på området. Jag tror med andra ord inte rättssäkerheten skulle ha påverkats nämnvärt om detta avgörande inte hade kommit till. Att medling i detta fall skulle vara mer effektivt än en rättegångsprocess är ganska uppenbart med tanke på hur många år det tog att komma fram till ett avgörande. När det däremot gäller själva lösningen så kan man alltid diskutera huruvida detta är den optimala lösningen i effektivitets och rättvisehänseende. För att lösningen ska vara effektiv får det egentligen inte föreligga någon annan tänkbar situation som skulle innebära att en part fick det bättre utan att den andre fick det sämre, allt efter varje individs egen bedömning. Rättvisebedömningen är, liksom effektivitetsbedömningen, även den subjektiv och därmed svår att uppskatta utan att ha de aktuella parterna att tillfråga. Detta är således mitt bästa förslag till en lösning utifrån de givna förutsättningar som finns medtagna i uppsatsen. En medlingsprocess som är uppbyggd på det sätt som jag har beskrivit uppfyller enligt min mening de krav som kan ställas för att en process ska vara rättvis och har därför enligt min bedömning, mycket goda förutsättningar att nå ett rättvist resultat.

Bilaga A

Regler för Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut

I. INSTITUTETS MEDLINGSREGLER

MEDLARE

§ 1 Medlarens ställning

En medlare skall vara opartisk och oberoende. Medlaren får inte vara skiljeman i tvisten, om inte parterna har bestämt annat.

§ 2 Medlarens upplysningsplikt

Den som får förfrågan om att åta sig uppdrag som medlare skall upplysa om förhållande som är ägnat att minska förtroendet för medlarens opartiskhet eller oberoende. Medlare som får kännedom om förhållande som avses i första stycket skall genast skriftligen upplysa parterna därom.

SEKRETESS

§ 3 Skyldighet att iaktta sekretess

Om inte parterna har bestämt annat, skall medlaren, Medlingsinstitutet och parterna samt andra personer som deltar i förfarandet, iaktta sekretess beträffande medlingen och vad som där förekommit. Behovet av sekretessförbindelse skall därvid beaktas. På parts begäran skall vid medlingens avslutande samtliga handlingar som överlämnats med anledning av medlingen återlämnas till den ursprungliga innehavaren utan att någon kopia behålles. På parts begäran skall anteckningar som upprättats under medlingen förstöras då förfarandet avslutas. Part får inte i rättegång eller i skiljeförfarande åberopa vad som förekommit vid medlingen. Part får inte heller i rättegång eller i skiljeförfarande åberopa medlaren som vittne eller som sakkunnig i tvisten.

INLEDANDE AV MEDLING

4 § Begäran om medling

Begäran om medling tillställs Medlingsinstitutet av parterna gemensamt eller av en av dem. Den skall vara skriftlig och innehålla

1. uppgift om parternas och deras ombuds namn och adresser, telefonnummer, telefaxnummer och e-postadresser,
2. sammanfattande redogörelse för tvisten samt
3. uppgift om parterna avtalat om medling.

Inkommer skrift med begäran om medling från en part skall Medlingsinstitutet översända skriften till motparten som skall uppmanas att ange huruvida denne accepterar att delta i medlingen.

§ 5 Ansökningsavgift

Samtidigt som begäran om medling inges skall en ansökningsavgift om 400 EUR betalas. Om ansökningsavgiften inte betalas samtidigt som begäran om medling inges skall Medlingsinstitutet bereda parterna tillfälle att inom viss tid betala denna.

§ 6 Utseende av medlare

Om inte parterna har bestämt annat skall endast en medlare utses. Denne skall utses av Medlingsinstitutet. Innan medlaren utses skall parterna beredas tillfälle att yttra sig om vem som skall utses. Föreslår parterna

gemensamt en viss medlare skall Institutet utse denne. Skall flera medlare utses skall, om inte parterna har bestämt annat, vardera parten utse lika antal medlare och, vid udda antal medlare, Medlingsinstitutet en medlare som skall vara ordförande.

§ 7 Entledigande av medlare

Är medlaren förhindrad att fullgöra uppdraget eller underlåter medlaren att vederbörligen befatta sig med arbetet skall Medlingsinstitutet entlediga medlaren från uppdraget samt utse ny medlare enligt § 6. Innan beslut om entledigande fattas skall parterna och medlaren beredas tillfälle att yttra sig.

§ 8 Förskottsbelopp

Medlingsinstitutet skall fastställa ett förskottsbelopp som skall motsvara den beräknade summan av samtliga kostnader för medlingen enligt § 13. Förskottsbeloppet skall erläggas av parterna med hälften vardera, om inte parterna har bestämt annat. Part får erlægga hela beloppet. Medlingsinstitutet kan under medlingen, efter anmälan av medlaren, besluta att ytterligare belopp skall inbetalas. Medlingsinstitutet får såväl under medlingen som därefter använda förskottsbeloppet för betalning av kostnader för medlingen.

Uteblir begärt förskottsbelopp skall tvisten i sin helhet eller i den del till vilken förskottsbeloppet hänför sig avskrivas.

§ 9 Hänskjutande av tvist till medlaren

Efter det att medlare utsetts och förskottsbeloppet erlagts skall Medlingsinstitutet hänskjuta tvisten till medlaren.

FÖRFARANDET INFÖR MEDLAREN

§ 10 Tvistens handläggning

Medlaren skall besluta om förfarandet med beaktande av parternas önskemål och verka för att tvisten snabbt och effektivt får en lösning.

Parterna skall alltid beredas tillfälle att i behövlig omfattning framlägga sin sak. Om medlaren bedömer att tvisten inte kan avgöras genom medling kan medlaren föreslå parterna andra tvistlösningsmetoder.

MEDLINGENS AVSLUTNING

§ 11 Avslutning

Om inte parterna har bestämt annat, skall medlingen avslutas inom två månader efter det att tvisten hänskjutits till medlaren enligt § 9. På begäran av medlaren får tiden förlängas av Medlingsinstitutet.

Medlingen avslutas

1. genom ett förlikningsavtal mellan parterna,
2. genom besked från medlaren till parterna och Medlingsinstitutet att ytterligare medlingsförsök inte bedöms som meningsfullt eller
3. genom skriftlig begäran från part till medlaren att medlingen skall avbrytas.

Medlaren skall meddela Medlingsinstitutet när medlingen avslutas.

§ 12 Fastställelse av förlikningsavtal genom skiljedom

I samband med att parterna träffat förlikningsavtal kan de, om medlaren samtycker, överenskomma om att utse medlaren till skiljeman och begära att denne skall fastställa förlikningsavtalet genom skiljedom.

KOSTNADER

13 § Kostnader för medlingen

Kostnaderna för medlingen utgörs av

1. arvode till medlaren,
2. administrativ avgift till Medlingsinstitutet och
3. ersättning till medlaren och Medlingsinstitutet för omkostnader under medlingen.

Ansökningsavgiften enligt § 5 skall avräknas på ersättningen till Medlingsinstitutet enligt första stycket.

Belopp enligt första stycket beslutas av Medlingsinstitutet enligt det reglemente avseende kostnader för medlingen som gäller vid den tidpunkt då begäran om medling inkommer till Medlingsinstitutet.

§ 14 Betalning av kostnader för medlingen

För betalning av de i § 13 angivna kostnaderna är parterna solidariskt ansvariga. Om inte parterna har bestämt annat, skall kostnaderna för medlingen slutligt parterna emellan, bäras av parterna med hälften vardera.

II. INSTITUTETS ORGANISATION

§ 15 Medlingsinstitutet

Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut är en enhet inom Stockholms

Handelskammars Skiljedomsinstitut. Det har till uppgift att enligt Medlingsinstitutets regler biträda vid avgörande av inhemska och internationella tvister, att efter eget beslut i varje särskilt fall bistå i medling som anordnas med avvikelse helt eller delvis från förut nämnda regler samt att lämna information i medlingsfrågor.

§ 16 Styrelse

Medlingsinstitutet skall ha en styrelse bestående av sex ledamöter vilka utses för en tid av tre år av Skiljedomsinstitutets styrelse. Bland ledamöterna utser

Skiljedomsinstitutets styrelse ordförande och vice ordförande som skall vara jurister. Skiljedomsinstitutets styrelse kan om synnerliga skäl föreligger entlediga ledamot. För ledamot som avgår eller entledigas under mandattiden utser Skiljedomsinstitutets styrelse ny ledamot för återstoden av denna tid.

§ 17 Beslutförhet

Styrelsen är beslutför med två ledamöter. Vid lika röstetal har ordföranden utslagsröst. I brådskande ärenden får beslut fattas av styrelsens ordförande eller vice ordförande. Styrelsens beslut är slutgiltiga och kan inte överprövas av Skiljedomsinstitutet.

IKRAFTTRÄDANDE

Dessa regler träder i kraft den 1 april 1999 och ersätter tidigare gällande Förlikningsregler för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut. Reglerna skall tillämpas på medling som inleds den 1 april 1999 eller senare, om inte parterna har bestämt annat.

Göteborgsklausulerna om medling

Mellan X och Y, nedan gemensamt kallade parterna, samt Z, nedan kallad medlaren, har träffats följande

ÖVERENSKOMMELSE OM MEDLING

1. Mellan parterna har uppkommit olika uppfattningar angående (kortfattad beskrivning av tvisten).
2. I avsikt att bl.a. begränsa kostnaderna i konflikten har parterna kommit överens om att i god anda och utan dröjsmål försöka nå en lösning på konflikten.
3. Parterna har gemensamt utsett Z som medlare med uppgift att på ett opartiskt sätt medverka till att lösa konflikten.

Z har åtagit sig uppdraget.

4. Varken parterna eller medlaren känner till några omständigheter, som kan sätta medlarens opartiskhet i fråga.
5. Medlaren förbinder sig att under och efter medlingsuppdraget inte utanför medlingsuppdraget ta någon befattning med den aktuella konflikten.
6. Medlaren har rätt att med lika delar från vardera parten begära förskott för sitt arvode och för nödvändiga utlägg.
7. Parterna förbinder sig att gentemot medlaren solidariskt, och inbördes med hälften vardera, svara för medlarens arvode liksom för nödvändiga utlägg.
8. Parterna och medlaren är överens om att medlingen skall vara konfidentiell och utan prejudicerande verkan.

9. Parterna förbinder sig att under medlingen avstå från att vidta rättsliga åtgärder mot varandra.
10. Parterna skall vid medlingsförhandlingarna företräddas av personer, som har full befogenhet att träffa förlikning i tvisten.
11. Medlaren har rätt att begränsa antalet partsrepresentanter i medlingsförfarandet.

12. Parterna och medlaren är överens om att följa nedanstående schema i medlingen:

X åtar sig att senast den () till medlaren och till Y inkomma med en inlaga, innehållande

- X:s krav i konflikten,
- skälen för dessa krav, samt
- en koncentrerad redogörelse för X:s uppfattning om sakförhållandena.

Y åtar sig att på motsvarande sätt inom av medlaren fastställd tid inkomma med en inlaga, innehållande

- Y:s inställning till X:s krav,
- skälen för denna inställning, samt
- en koncentrerad redogörelse för Y:s uppfattning om sakförhållandena.

Medlingsförhandling mellan parterna kommer att hållas på tid och plats, som medlaren bestämmer i samråd med parterna.

13. Om parterna samtycker till det, får medlaren – med beaktande av vad som ovan sagts angående tid och kostnader – konsultera expert eller annan utomstående person, som i väsentlig grad kan förväntas bidra till att en överenskommelse mellan parterna kan nås.

14. Parterna ger medlaren rätt att ha enskilda sonderande diskussioner med respektive part. Information, som medlaren får av part under medlingen, får inte utan partens medgivande vidarebefordras till motparten.
15. Förlikningsbud eller – förslag, som framkommit under medlingen, får inte utan båda parter medgivande avslöjas inför domstol eller skiljenämnd.
16. Parterna förbinder sig att inför domstol eller skiljenämnd varken åberopa medlaren som vittne eller avslöja vad medlaren har anfört under medlingen.
17. Medlingen avslutas genom att
 - en skriftlig överenskommelse träffas mellan parterna,
 - medlaren konstaterar att det inte är meningsfullt att fortsätta medlingen, eller
 - part skriftligen underrättar motparten och medlaren om att parten inte längre är villig att delta i medlingen.

Göteborg den

X

Göteborg den

Y

Göteborg den

Z

—

—

—

Litteraturförteckning

Litteratur

Boserup, Hans, Humle, Susse, *Meditationsprocessen*, Nyt Juridisk Forlag, Köpenhamn 2001.

Brolin, Thore, Rehnström, Åke, Widebeck, Åke, *Tvistemålsprocessen 1*, En handledning för förberedelsen, Tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.

Bush, Robert Bauruch , Folger, Joseph, *The promise of mediation*, Jossey-Bass Publ., San Francisco 1994.

Cooter, Robert and Ulen, Thomas, *Law & Economics*, Addison-Wesley Longman, Massachusetts etc. 1999.

De Bono, Edward, *Konflikter, ett bättre sätt att lösa dem*, Brombergs Förlag AB, Stockholm, 1986.

Egan, Gerard, *The Skilled Helper*, 7th ed. Brooks/Cole Publishing Company, Pacific Grove, 2002.

Fisher, Roger, Ury, William, Patton, Bruce, *Vägen till Ja*, En nyckel till framgångsrika förhandlingar, andra upplagan, Liber-Hermods AB, Malmö 1995.

Glasl, Friedrich, *Confronting Conflict, A first-aid kit for handling conflict*, Hawthorn Press, Stroud 1999.

Lax, David A, Sebenius, James K, *The manger as negotiator*, Free Press;London:Collier Macmillian, cop. New York 1986.

Lindell, Bengt, *Alternativ tvistelösning, Särskilt medling och skiljeförfarande*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2000.

Moore, Christopher W, *The Mediation Process, Practical strategies for resolving conflict*, andra upplagan, San Francisco 1996.

Norman, Jan, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1999.

Nozick, Robert, *Anarki, stat och utopi*, AB Timbro och Robert Nozick, Danmark 2001.

Parkin, Michael, Powell, Melanie, Matthews, Kent, *Economics*, 3. ed. Addison-Wesley, Harlow 1997.

Peczenik, Aleksander, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Fritzes Förlag AB, Göteborg 1995.

Runesson, Eric M, Förhandling, För furstar, småfisk och deras ombud, Juristförlaget JF AB, Stockholm 1993.

Runesson, Eric M, Avtals- och tvistelösningsförhandling, Glossator förlag, Stockholm 2003.

Simmonds, Nigel E., *Juridiska principfrågor: rättvisa, gällande rätt och rättigheter*, Norstedts förlag AB, Stockholm 1988.

Söderlund, Christer, Tvister i affärlivet, Industrilitteratur, Stockholm 2000.

Vindelov, Vibeke, Konflikt, tvist och mægling: konfliktlösning ved forhandling, Akademisk forlag, Köpenhamn 1997.

Ury, William L, Vägen förbi NEJ, att förhandla med besvärliga personer, Utbildningshuset/Studentlitteratur, Lund 1996.

Artiklar

Admund, Gunnar, Medling enligt RB 42:17 är ett bra institut – som borde tillämpas mer, Advokaten 1997:8:17.

Bühning-Uhle, Christian, Traditional Mediation VS. Modern Mediation, Stockholm Arbitration Newsletter 1/2001 artikeln finns tillgänglig på Stockholms Handelskammars hemsida.

Edlund, Lars, Stockholms Handelskammare startar medlingsinstitut, Advokaten 1999:7:12.

Glasl, Friedrich, Användningsområden för olika medlingsformer: En modell för situationsanpassning, Trigon Entwicklungsberatung och Universität Salzburg, modellen finns publicerad på Arbetsplatskonflikt Göteborgs Universitet Arbetsvetenskap 2002.

Gullnäs, Ingvar, Widebeck Tord, Medling sparar tid och miljoner, Advokaten 1985:7:421-426.

Hyllengren, Karin, Medling viktigt komplement till advokatrollen, Advokaten 1998:2:8.

Hyllengren, Karin, Medling utan risk, Dagens Industri, 8/5 1998.
Magnusson, Anette, Effektivare tvistelösning, Introduktion till medlingsreglerna för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut 1999-04-01, artikeln finns tillgänglig på Stockholms Handelskammars hemsida.

Norman, Jan, Begränsa inte valet till skiljedom eller domstol, Dagens Industri, 28/3 1998.

Pokorny, Marianne, Enklare och billigare modeller för tvistelösning på väg att erövra "marknaden", Advokaten 1995:7:8-10.

Sjölin, Claes, Praktisk tvistelösning i väster, Advokaten 2000:4:22-23.

Skogsberg, Lennart, Medling ofta bättre än skiljedom, Dagens Industri, 13/3 1998.

Widebeck, Tord, Några medlarfunderingar, Advokaten 1995:3:52-58.

Åkerman, Rickard, Medling kan få fatala konsekvenser, Dagens Industri, 2/5 1998.

Offentligt tryck

Ds Fi 2001:42 Rättvisa och effektivitet - en idéanalys.

Prop.1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande.

Prop. 1996/97:9 om en ny rättshjälpslag.

SOU 1999:58. Löser juridiken demokratins problem?.

Internet

Arbetsplatskonflikt Göteborgs Universitet Arbetsvetenskap
[www.http://arbetsplatskonflikt.av.gu.se](http://arbetsplatskonflikt.av.gu.se)

Norska Meklingsforum
www.meklingsforum.no

Danska Mediatoradvokater
www.mediatoradvokater.dk

Svenskt forum för medling
www.sfm.nu

Nordisk forum för medling
www.n-f-m.org

Skiljedomsklubben I Göteborg
www.skiljedomsklubbenigbg.com
Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut/Medlingsinstitutet/

www.sccinstitute.se

Annat material

E-mail från Bengt Lindell, 2003-12-04, avseende problematiken kring Medlingsinstitutets 12 §.

Enkät angående förekomsten och användningen av medling bland domare och advokater i Sverige framtagen av Jan Norman 1999. Undersökningen omfattade alla tingsrätter i Sverige varav drygt 80 % svarade och 50 % av alla advokatbyråer varav cirka 25 % svarade.

Rättsfall

NJA 1992 s 403