



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Anton Dahllöf

Besiktnings- och värderingsklausuler som  
tvistlösningsmekanism – en analys av  
expertavgörandets angripbarhet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg  
Termin för examen: VT2014

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och problemformulering	9
1.3 Terminologi	9
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Metod och material	11
1.6 Disposition	12
<b>2 BESIKNINGS- OCH VÄRDERINGSKLAUSULER</b>	<b>13</b>
2.1 Kommersiell användning av besiktningsklausuler	13
2.2 Kommersiell användning av värderingsklausuler	14
<b>3 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER</b>	<b>16</b>
3.1 Civilrättsliga klausuler med processuella anspråk	16
3.2 Processuella avtal i svensk rätt	17
3.2.1 Principen om att processuella avtal kräver lagstöd	17
3.2.2 Processuella avtal i skiljeförfaranden	21
3.3 Expertavgörandets civilrättsliga klassificering	24
3.4 Europarättens betydelse	26
3.4.1 EKMR:s ställning i svensk rätt	26
3.4.2 EKMR:s indirekta tillämplighet i horisontella rättsförhållanden	29
3.4.2.1 Konventionskonform tolkning	29
3.4.2.2 Konventionsstatens övervakningsansvar	31
3.4.3 Möjligheten att avstå från rättigheter enligt artikel 6.1 EKMR	33
3.5 Sammanfattande slutsatser	35
<b>4 EXPERTAVGÖRANDETS ANGRIPBARHET</b>	<b>38</b>

<b>4.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>38</b>
<b>4.2</b>	<b>Betydelsen av uppdragets karaktär</b>	<b>38</b>
4.2.1	Gränsdragning mellan sakfrågor och rättsfrågor	38
4.2.2	Gränsdragningens relevans – begränsad möjlighet att överpröva sakfrågor	40
<b>4.3</b>	<b>Betydelsen av det påstådda felets karaktär</b>	<b>43</b>
4.3.1	Gränsdragning mellan formella och materiella fel	43
4.3.2	Angripbarhet på materiella grunder	44
4.3.3	Angripbarhet på formella grunder	46
4.3.4	Omprövning eller kassation?	51
<b>4.4</b>	<b>Sammanfattande slutsatser</b>	<b>53</b>
<b>5</b>	<b>KAN EXPERTAVGÖRANDETS BUNDENHET STÄRKAS?</b>	<b>56</b>
5.1	Inledning	56
5.2	Bevisavtal	56
5.3	Kontraktuellt vite	58
<b>6</b>	<b>KONKLUSION OCH AVSLUTANDE SYNPUNKTER</b>	<b>60</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>63</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>67</b>

# Summary

All kinds of disputes arising from a commercial contract do not necessarily have to be brought before a court or an arbitral panel; market practice exhibits a great diversity of alternative ways of dispute resolution. This includes the *inspection clause* and the *valuation clause*, which are the dispute resolution methods scrutinized in this essay. Inspection clauses could for instance be found in construction contracts and valuation clauses are frequently used in business transfer agreements. A common feature for these clauses is that they empower an expert to determine certain issues – e.g. the contract compliance of a construction work respectively the value of a target company – on behalf of the parties. Moreover, this essay only covers clauses that stipulate the expert determination to be “*final and binding upon the parties*”. It is the extent of this aimed binding effect that is the subject of examination in this work; does the wording of the clause correspond to its legal effect in this regard?

The first conclusion is that a court must not refuse a court action on the ground that an expert previously has finally resolved the matter. Fundamental principles of procedural law prevails freedom of contract as concerns the possibility to agree on a *procedural hindrance*. Furthermore, this conclusion is likely to be supported and reinforced by the *right to access to justice* laid down in article 6.1 of the European Convention on Human Rights. Presumably an arbitral panel is likewise prevented from dismissing an action due to the expert determination’s intended binding effect.

If this restrictive approach to agreements on procedural hindrances should have any actual significance the clauses may not be given a civil law interpretation that to its consequences are more or less equivalent to such a hindrance. The author maintains this opinion even though it seems incompatible with the reasoning in NJA 1994 s. 712.

Subsequently, the essay continues with an analysis of the key factors being decisive to the possibility of challenging an expert determination. The fact that the inspection- or valuation clause does not prevent a procedure from being initiated does not mean that the court or the arbitral panel will leave the expert determination out of account and perform a completely new assessment of the issues referred to the expert in the first place. On the contrary the expert determination will only be disregarded if there are grounds for considering it *null and void* or *unreasonable* within the meaning of the Contracts Act (1915:218). This follows from the fact that the expert determination is actually nothing but a completion of the parties’ contract. One factor of significant importance for the odds to successfully challenging an expert determination is if the assessment has regarded *issues of facts* or *issues of law*. If the expert has dealt with merely issues of facts there are no immediate opportunity to take legal action against the determination as such unless the contract is subjected to an arbitration clause. However, such an

expert procedure normally involves issues of law as well. Another factor then being crucial for the purpose of defining the grounds for challenging the expert determination is if the alleged fault by the expert is of *substantive* or *formal* nature. As concerns a substantive error it ought to be a material one if it should result in an adjustment under section 36 of the Contracts Act. In addition, the author argues that a second reasonable requirement is that the error must have had an impact on the outcome of the assessment. Regarding formal errors it appears that guidance could be provided by the Arbitration Act (1999:116) – more precisely the relevant sections are those laying down the grounds for setting aside an arbitration award. Hence, it will often be necessary also in these cases to prove that the error, at least is likely to, have had an impact on the outcome. The essay puts forward that the European Convention on Human Rights can be considered to have a sort of *indirect applicability* to an expert procedure. Accordingly, a formal error may be constituted by non-compliance with such rights embedded in article 6.1 of the convention that cannot be validly waived prior to the proceedings.

Irrespective of the reason for overruling an expert determination being of substantive or formal nature, the author holds the opinion that the question whether the “appeal body” – i.e. a court or an arbitral panel – shall carry out a new assessment of the matter at issue or only repeal the expert determination depends on the way the parties design their legal actions.

Finally, the essay addresses if it is possible to support the clauses’ intended binding effect by means of *evidential agreements* and a *penalty payment*. The conclusion is that evidential agreements are virtually invalid in court proceedings, whereas the opposite applies to arbitration. It has to be considered uncertain if an agreed prohibition on challenging the expert determination at the risk of a penalty payment would be beneficial as a way of strengthening its binding effect. It seems it may be so provided that the amount to be paid is not fixed to such a high level that it gets a too repressive character.

# Sammanfattning

Det är inte givet att alla typer av kommersiella tvister ska lösas i allmän domstol eller i skiljeförfarande; i avtalspraxis finns en stor variationsrikedom vad gäller alternativa tvistlösningsarrangemang. I denna kontext återfinns bland annat *besiktnings- och värderingsklausuler*, vilka är de tvistlösningsmetoder som den här uppsatsen fokuserar på. Besiktningsklausuler förekommer exempelvis i entreprenadsammanhang och värderingsklausuler är frekvent använda i företagsöverlåtelseavtal. Klausulerna har det gemensamma draget att de uppdrar åt en expert att avgöra vissa specifika frågor – t.ex. en entreprenads kontraktsenlighet respektive ett målbolags värde – å parternas vägnar. I denna framställning är utgångspunkten vidare att klausulerna föreskriver att expertens avgörande ska vara ”*slutligt och bindande för parterna*”. Det är räckvidden av denna bundenhetsambition som analyseras i detta arbete; ger klausulen skäl för sin ordalydelse i detta avseende?

Den första slutsatsen är att en domstol *inte* kan avvisa en talan med anledning av att saken redan prövats på ett bindande sätt av en expert. Grundläggande principer på processrättens område sätter hinder för avtalsfrihet beträffande möjligheten att tillskapa *sakprövningshinder*. Denna slutsats har vidare antagligen understöd av den *rätt till rättskipning* som följer av artikel 6.1 EKMR. Sannolikt kan inte heller en skiljenämnd med hänvisning till expertavgörandets bindande verkan hindra att saken tas upp till prövning.

Om denna restriktiva inställning till att avtala om sakprövningshinder i praktiken ska ha någon större betydelse kan det heller inte – trots utgången i NJA 1994 s. 712 – förhålla sig så att klausulerna ges en *civilrättslig* innebörd som till sin effekt är närmast jämförbar med ett sådant hinder.

Uppsatsen skiftar sedan fokus till att analysera vilka faktorer som är av relevans för möjligheterna att trots allt angripa ett expertavgörande. Att en sakprövning inte utesluts av en besiktnings- eller värderingsklausul innebär inte att den domstol eller skiljenämnd som har att överpröva ett expertavgörande utan vidare kommer att bortse från expertens bedömning och göra en fullständig omprövning. Istället är utgångspunkten att expertavgörandet inte åsidosätts med mindre än att *ogiltighet* eller *oskälighet* i avtalsrättslig mening föreligger. Detta till följd av att expertavgörandet civilrättsligt är att betrakta som *utfyllnad av parternas avtal*. En *första* faktor som är av betydelse för utsikterna att med framgång angripa ett expertavgörande är om prövningen avsett *sak- eller rättsfrågor*. Om expertens bedömning endast avser sakfrågor finns ingen direkt möjlighet att få till stånd en omprövning av avgörandet i sig, såvida inte avtalet är underkastat en skiljeklausul. Vanligare lär dock vara att prövningen har innefattat också rättsfrågor. En *andra* faktor som då verkar bestämmande för angripbarheten är om det påstådda felet är av *materiell* eller *formell* natur. Vad gäller materiella fel bör det inom ramen för en oskälighetsbedömning

enligt 36 § AvtL fordras att felet är av visst allvar och det är enligt författarens ståndpunkt vidare rimligt att en jämkning ska komma ifråga först om felet även har inverkat på utgången av prövningen. Beträffande formella fel förefaller utgångspunkten vara att LSF:s *klanderregler* kan tjäna som vägledning, vilket får till följd att det vanligen också här krävs att felet åtminstone sannolikt ska ha inverkat på utgången. I uppsatsen argumenteras för att EKMR har en form av *indirekt tillämplighet* i ett expertförfarande. Detta innebär att ett formellt fel även kan utgöras av en bristande uppfyllelse av de rättssäkerhetskrav i artikel 6.1 EKMR som inte är förhandsdispositiva.

Alldeles oavsett om ett expertavgörande åsidosätts på formella eller materiella grunder så kan det diskuteras om den överprövande domstolen eller skiljenämnden ska företa en ny egen bedömning i sak eller bara kassera expertavgörandet. Enligt författarens mening är svaret på denna fråga beroende av hur parterna utformar sin respektive talan.

Slutligen diskuteras möjligheten att förstärka expertavgörandet i bundenhets hänseende genom *bevisavtal* och ett *kontraktuellt vite*. Slutsatsen är att bevisavtal i stort sett saknar verkan i en domstolsprocess, medan motsatsen gäller i ett skiljeförfarande. Det är osäkert om ett avtalat förbud vid vite mot att angripa ett expertavgörande skulle vara ett fruktbart sätt att förstärka dess bindande verkan. Det är dock knappast uteslutet så länge som vitet inte sätts på en sådan nivå att det får en alltför repressiv karaktär.

# Förord

Med detta examensarbete avslutas min tid som juriststudent. Bakom mig ligger nio terminer i Lund och en termin i London. Dessa år har passerat väldigt fort. Studierna har varit både intressanta och lärorika, men inte minst har det vid sidan av dessa också varit en fantastiskt rolig tid. Jag är väldigt glad och tacksam för att ha träffat och lärt känna så många härliga människor under denna tid.

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare professor Peter Westberg för värdefulla kommentarer och synpunkter på detta arbete. Ett stort tack också till vänner och familj som alltid har varit ett starkt stöd i vardagen.

Lund, maj 2014

*Anton Dahllöf*



# Förkortningar

AB 04	Allmänna Bestämmelser AB 04 för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
ABT 06	Allmänna Bestämmelser ABT 06 för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
ADR	Alternative Dispute Resolution
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
ED	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
EK	Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
EUK	Europeiska kommissionen (EU-kommissionen)
FIDIC	Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
ICC	International Chamber of Commerce
JT	Juridisk Tidskrift
JP	Juridisk Publikation
Köpl	Köplag (1990:931)
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
MedL	Lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. 1
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsform (2011:109)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SCC	The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Formerna för konflikthantering i kommersiella sammanhang är överraskande många. Med tiden har en mängd alternativ, inte sällan med amerikanska förtecken, vuxit fram vid sidan av de etablerade tvistlösningsformerna civilprocess och skiljeförfarande.<sup>1</sup> De nyare alternativen är ofta, men inte nödvändigtvis, privata konfliktlösningsformer och beskrivs många gånger med samlingsbegreppet *ADR*.<sup>2</sup> *ADR* är ett mycket vitt begrepp men några exempel på sådana alternativa former för konflikthantering är förlikningsförhandlingar, medling och privatdomarförfarande.<sup>3</sup> Gemensamma kännetecken för konfliktlösning som sorterar under *ADR*-begreppet sägs stundom vara att de vanligen på ett eller annat sätt syftar till att underlätta förlikning mellan parterna och att för den händelse förfarandet utmynnar i någon form av ”avgörande” så saknar detta rättskraft och är heller inte exigibelt.<sup>4</sup> Detta synsätt exkluderar skiljeförfarande från begreppet; en tvistlösningsform som stundtals påstås vara mer besläktad med domstolsförfarandet än med alternativa tvistlösningsformer.<sup>5</sup> Det finns dock författare som förespråkar att även skiljeförfarandet bör betraktas som en form av *ADR*.<sup>6</sup>

*Privatdomare* är ingen etablerad term.<sup>7</sup> Begreppet beskriver en person som anlitas av de tvistande parterna för att döma i deras tvist. Denna definition inbegriper förstås också skiljemannen, men här reserveras begreppet för de mer okonventionella formerna av privat konflikthantering.<sup>8</sup> Privatdomaren ska inte uppfattas som en skiljeman och uppdraget hanteras inte heller strikt inom det skiljemannarättsliga ramverket.<sup>9</sup> En privatdomare kan anlitas för en

---

<sup>1</sup> Se härom Westberg, Peter, *Kontrakterad privatdomare*, i Festskrift till Lars Heuman, Stockholm: Jure Förlag AB, 2008, s. 575-608, s. 580-583. Se även Kendall, John, Freedman, Clive och Farrell, James, *Expert Determination*, Uppl. 4, London: Sweet & Maxwell Ltd, 2008, s. 5.

<sup>2</sup> Lindell, Bengt, *Alternativ tvistlösning. Särskilt medling och skiljeförfarande*, Uppsala: Iustus Förlag AB, 2000, s. 9-11; Westberg (2008), a.a., s. 582-583.

<sup>3</sup> Lindell (2000), a.a., s. 11; jfr Westberg (2008), a.a., s. 584-588.

<sup>4</sup> SOU 2007:26, s. 158; Oldenstam, Robin m.fl., *Guide till kommersiell tvistlösning. Tvistlösningsmetoder och klausuler i svenska och internationella avtal*, Uppl. 2, Stockholm: Jure Förlag AB, Mannheimer Swartling Advokatbyrå, 2013, s. 23-24.

<sup>5</sup> Se KOM (2002) 196, *Green Paper on alternative dispute resolution*, framtagen av EUK, s. 6.

<sup>6</sup> Lindell (2000), a.a., s. 11.

<sup>7</sup> Termen används av Westberg ((2008, a.a.) samt *Civilrättskipning*, Uppl. 2, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2013, s. 465.) medan Stefan Lindskog (*Skiljeförfarande. En kommentar*, Uppl. 2, Zeteo (uppdaterad 1 mars 2012), Stockholm: Norstedts Juridik AB, Inledande anmärkningar, 3.1.1) benämner samma fenomen som ”godmansavgörande”. Lars Edlund (*Värderingsklausuler och tillträdesbokslut*, SvJT, 2007 s. 311-320, s. 318) synes ha anammat Lindskogs terminologi. Se vidare 1.3.

<sup>8</sup> Jfr Westberg (2013), a.a., s. 479. Jfr även EUK:s definition av ”out-of-court dispute resolution” (KOM (2002) 196, s. 6).

<sup>9</sup> Jfr Westberg (2008), a.a., s. 577.

mängd olika uppdrag och det förhåller sig inte nödvändigtvis så att det föreligger en tvist mellan parterna. Privatdomaren kan anlitas för traditionellt dömande på grundval av juridiska regler, men kan likväl kontrakteras för att endast reda ut faktiska förhållanden. Ett någorlunda gemensamt drag synes vara att privatdomaren besitter sakkunskap inom det område uppdraget berör och kan nog ganska ofta betecknas som en *expert*. Fenomenet rymmer expertlösningar av olika slag – exempelvis Dispute Boards<sup>10</sup> och sakkunnigutredningar. Det omfattar därmed också besiktning- och värderingsuppdrag, vilket är vad som står i fokus för denna uppsats.<sup>11</sup>

*Besiktningssklausuler*<sup>12</sup> uppdrar åt en besiktningsman att fastställa om brist eller fel föreligger med avseende på ett besiktningsobjekt – exempelvis en byggnad.<sup>13</sup> Sådana klausuler finns bland annat i de på entreprenadrättens område centrala standardavtalen AB 04 och ABT 06.<sup>14</sup>

*Värderingssklausuler*<sup>15</sup> används bland annat i aktieägaravtal och försäkringsavtal. Det praktiskt kanske vanligaste exemplet är dock företagsöverlåtelseavtal. Något förenklat ger klausulen i detta sammanhang en tredje man, vanligen en revisionsbyrå, i uppdrag att värdera målbolaget och därigenom slutligt bestämma köpeskillingen i överlåtelseavtalet.<sup>16</sup>

Besiktningss- och värderingssklausuler kan givetvis formuleras på olika sätt. I denna uppsats diskuteras emellertid endast de fall där besiktningen eller värderingen avtalas vara *slutlig och bindande för parterna*. Detta ligger i linje med synsättet att ett *expertförfarande*<sup>17</sup> i snäv mening egentligen ska utmynna i något mer definitivt än bara en rekommendation till parterna.<sup>18</sup> Det är vidare en sådan bundenhetsformulering som väcker funderingar och som föranleder ett behov av att ta ställning till flera svåra rättsliga frågor.

Bundenhetsföreskriften låter onekligen antyda att klausulen till sin natur inte enbart är civilrättslig utan också har *processuella* anspråk. Den indikerar att någon prövning av ”*expertavgörandet*”<sup>19</sup> i domstol eller skiljenämnd inte kan komma i fråga. En sådan slutsats kan emellertid inte godtas utan vidare. Den svenska processrätten tillerkänner antagligen inte parterna någon omfattande

---

<sup>10</sup> Se vidare om Dispute Boards hos t.ex. Oldenstam m.fl., a.a., s. 33; Westberg (2013), a.a., s. 481.

<sup>11</sup> Westberg (2013), a.a., s. 480-482. Jfr även Oldenstam m.fl., a.a., s. 31-34. Det faktum att privatdomaren kan avgöra otvistiga frågor och bedöma rena sakomständigheter utgör emellertid ingen relevant skiljelinje gentemot skiljeförfarandet. Skiljemän kan nämligen tilldelas kompetens att komplettera avtal utöver vad som följer av sedvanlig avtalstolkning och kan också avgöra tvister avseende sakförhållanden (se 1 § första och andra stycket LSF).

<sup>12</sup> Se vidare 2.1.

<sup>13</sup> Jfr Torgny Håstad, *Besiktningens rättsverkan*, SvJT, 1991 s. 577-598, s. 578.

<sup>14</sup> Se kap. 7 i AB 04 respektive ABT 06. Se om ”AB-systemets” särskilda ställning inom entreprenadjuridiken i t.ex. Mikael Mellqvist, *Entreprenadrätten och kontrakträttens finrum*, SvJT, 2013, s. 233-265, s. 234.

<sup>15</sup> Se vidare 2.2.

<sup>16</sup> Edlund, a.a., s. 311.

<sup>17</sup> Se om begreppets användning i denna uppsats under 1.3 nedan.

<sup>18</sup> Jfr Kendall, Freedman och Farrell., a.a., s. 5.

<sup>19</sup> Se vidare om begreppet under 1.3 nedan.

dispositionsrätt med avseende på möjligheten att tillskapa sakprövningshinder.<sup>20</sup> Därutöver måste bundenhetsambitionen granskas i ljuset av de rättssäkerhetsgarantier som kommer till uttryck i artikel 6.1 EKMR.<sup>21</sup> Civilrätten må vara mer välvilligt inställd till avtalsfrihet, men är knappast otvetydig vad gäller expertavgörandets angripbarhet på kontraktsrättslig grund. Dessutom måste process- och europarättens återverkningar på den civilrättsliga tillämpningen i detta avseende undersökas.

Det är mot denna bakgrund som syftes- och problemformuleringen i nästa avsnitt har utarbetats.

## 1.2 Syfte och problemformulering

Denna uppsats övergripande syfte är att utröna under vilka förutsättningar en värdering eller en besiktning som en tredje man enligt parternas uppdrag har utfört på ett för dem slutligt och bindande sätt kan angripas. Annorlunda uttryckt: *hur ”slutligt och bindande” är de facto ett sådant expertavgörande?*

Jag har identifierat några huvudsakliga frågeställningar som ska besvaras i uppsatsen därför att de är av särskild relevans för uppsatsens övergripande tema. Dessa frågor har formulerats enligt följande:

- *Kan besiktnings- och värderingsklausulens bundenhetsföreskrift utgöra ett sakprövningshinder för en domstol eller en skiljenämnd? Kan klausulerna ges en civilrättslig verkan som till sin effekt är likartad med ett sådant hinder?*

Om så inte är fallet:

- *Vilka faktorer är av relevans för hur möjligheterna ser ut att angripa ett expertavgörande genom stämning i allmän domstol eller genom påkallande av skiljeförfarande?*

och:

- *kan expertavgörandets ställning i bundenhets hänseende avtalsvis förstärkas?*

## 1.3 Terminologi

Några påpekanden i terminologiskt hänseende är motiverade för förståelsen av denna framställning. Någon term som förekommer ganska frekvent saknar en vedertagen definition, och ett par termer har tillkommit för att underlätta läsningen av just denna uppsats. Dessa för framställningen centrala begrepp

---

<sup>20</sup> Se 3.1-3.2 nedan.

<sup>21</sup> Se 3.4.2-3.5 nedan.

bör ha en precis och konsekvent betydelse och definieras därför i detta avsnitt.

*Privatdomare* används, som berörts ovan, som ett samlingsbegrepp för privat konflikthantering där en tredje man anlitas för att avgöra saken utan att det är fråga om ett skiljeförfarande.<sup>22</sup>

Med *expertavgörande* förstås det avgörande eller beslut som en värderings- eller besiktningsman presterar på grundval av parternas uppdrag. Uppsatsens utgångspunkt är dessutom att expertavgörandet enligt parternas avtal ska vara slutligt och bindande för dem; det är inte fråga om en rekommendation. *Expertförfarande* åsyftar själva processen inför en värderings- eller besiktningsman.

## 1.4 Avgränsningar

Det finns en uppsjö av viktiga frågor som är nära besläktade med de problem som uppsatsen behandlar. Det är därför nödvändigt att göra relativt omfattande avgränsningar. En första begränsning ligger i att uppsatsen endast behandlar de expertavgöranden som har sin förankring i besiktnings- och värderingsklausuler. Andra privatdomarkonstruktioner kommer således inte att beröras även om problematiken i varierande grad äger relevans även för sådana liknande fenomen. Vidare har framställningen bara bäring på sådana klausuler som innehåller en skrivning om att besiktningen eller värderingen är slutlig och bindande för parterna. Uppsatsen fokuserar på angripbarhetsfrågor och en intressant diskussion härvidlag förutsätter helt enkelt att parterna tänkt sig att expertavgörandet ska vara förenat med ett inte oväsentligt mått av orubblighet. Således bortses vidare från den situationen att besiktnings- eller värderingsförfarandet intar positionen som försteg i ett multimodalt tvistlösningssammanslagning.

Den angripbarhet som diskuteras i uppsatsen tar sikte på det expertavgörande som en besiktnings- eller värderingsklausul ger upphov till. Angrepp på själva klausulen i sig berörs däremot i princip inte.

Det civilrättsliga uppdragsförhållandet mellan parterna å ena sidan och besiktnings- eller värderingsmannen å andra sidan behandlas inte. Det finns inte plats för en diskussion om alla de rättsfrågor som knyter an till det förhållandet och det bedöms inte heller ha en omedelbar anknytning till uppsatsens huvudfokus.

En mycket betydelsefull och intressant fråga som av utrymmesskäl måste lämnas därhän är gränsdragningen gentemot skiljeklausulen. Det finns exempel där värderingsklausulen har uppfattats vara en skiljeklausul,<sup>23</sup> om än

---

<sup>22</sup> Jfr 1.1. ovan.

<sup>23</sup> Se Tingsrättens dom i NJA 1993 s. 436. Jfr dock RH 1980:48.

det normala torde vara att så inte är fallet.<sup>24</sup> För det undantagsfallet att expertavgörandet skulle utgöra en skiljedom är rättsverkningarna i många avseenden annorlunda. Det finns därför inte möjlighet att diskutera den situationen utan att uppsatsen blir alltför omfattande.

En sista avgränsning ligger i att framställningen endast äger relevans för svenska förhållanden i en rent kommersiell kontext.

## 1.5 Metod och material

Utgångspunkten för detta arbete är en traditionell *rättsdogmatisk* metod, varmed förstås att analysera och systematisera gällande rätt genom undersökning av erkända rättskällor.<sup>25</sup> Ämnet är dock inte sådant att slutsatserna i någon omfattande utsträckning kan förankras i tydligt auktoritativa rättskällor. Det saknas i princip direkt tillämplig lagstiftning och rättspraxis är begränsad såvitt gäller de problem som uppsatsens frågeställningar aktualiserar. Det finns emellertid, om än inte i någon särskilt vidlyftig omfattning, material i doktrinen av direkt relevans. Den osäkerhet som präglar rättsläget gör att arbetet i viss utsträckning bygger på diskussioner *de lege ferenda*. Detta innebär att det förekommer normativa inslag i arbetet; framställningen är således inte – i strikt mening – rättsdogmatisk fullt ut.<sup>26</sup> Ledning har vidare sökts i mer utförligt behandlade näraliggande rättsområden – främst skiljemannarätten. Således har *analogiresonemang* en viss betydelse för de slutsatser som presenteras.

Beträffande mer allmänna frågor som kringgärdar arbetets huvudtema är källmaterialet mer omfångsrikt.<sup>27</sup> Såvitt gäller sådana frågor finns såväl lagstiftning, förarbeten som rättspraxis med direkt relevans.

Vad gäller doktrinen så har urvalet gjorts med utgångspunkt i materialets aktualitet, relevans för arbetet och författarens auktoritet på området. Peter Westbergs artikel *Kontrakterad privatdomare* och Lars Edlunds *Värderingsklausuler och tillträdesbokslut* är det material som har närmast anknytning till uppsatsens frågeställningar och bör därför framhållas särskilt. Vidare har processrättslig litteratur som tangerar ämnet eller berör näraliggande rättsområden – främst skiljemannarätten – använts i stor utsträckning. Här ibland förekommer flera på området ledande författare såsom Lars Heuman, Bengt Lindell, Stefan Lindskog och Peter Westberg. Vad gäller europarätten så har också utländsk litteratur använts i viss omfattning.

---

<sup>24</sup> Heuman, Lars, *Skiljemäns rätt att komplettera avtal*, i Festskrift till Ulf K. Nordenson, Stockholm: Gotab AB, 1999b, s. 179-194, s. 185; Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.3.

<sup>25</sup> Se vidare Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT, 2005 s. 249-272, s. 249-252.

<sup>26</sup> Jfr Kellgren, Jan, *Något om normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning*, SvJT, 2002 s. 514-530, s. 514-516. I en bredare betydelse kan emellertid rättsdogmatiken sägas rymma också normativa inslag. Se härom Peczenik, a.a., s. 250.

<sup>27</sup> Här åsyftas t.ex. avsnittet om processuella avtal i svensk rätt (3.2) och Europarättens betydelse (3.4).

Forskningen förefaller vara i stort sett överens vad gäller expertavgörandets civilrättsliga klassificering. Viss polemik finns beträffande de processrättsliga implikationerna av ett kontraktsrättsligt slutligt och bindande avgörande. Det finns några få uppslag kring den civilrättsliga angripbarheten av ett expertavgörande. Det är främst denna diskussion som jag hoppas denna uppsats kan vara ett bidrag till. Dessutom synes det mig finnas utrymme att mer ingående granska betydelsen av europarättsliga rättssäkerhetsgarantier i detta sammanhang.

## 1.6 Disposition

Arbetet inleds med en kortare presentation av besiktnings- respektive värderingsklausulen och användningen av dessa i praktiken (*kapitel 2*). Därefter följer en genomgång av de rättsliga regler och principer som kringgärdar, och verkar bestämmande för, frågan om hur bindande verkan ett expertavgörande har (*kapitel 3*). Här berörs processrättsliga principer av betydelse för klausulernas skrivningar om bundenhet, klausulernas civilrättsliga betydelse och den inverkan som europarättsliga rättssäkerhetsgarantier i förlängningen kan ha vad gäller angripbarhets- och omprövningsfrågor. Inom ramen för detta kapitel adresseras huruvida klausulerna kan åstadkomma ett sakprövningshinder eller ges en innebörd som till sin effekt tangerar ett sådant hinder.

I *kapitel 4* analyseras, mot bakgrund av de rättsliga utgångspunkter som har diskuterats i kapitel 3, vilka faktorer som påverkar expertavgörandets angripbarhet. Frågor som berörs är betydelsen av uppdragets natur och det påstådda felets karaktär. Utgångspunkten är att slutsatserna äger giltighet oavsett om det är en domstol eller en skiljenämnd som har att ta ställning till ett försök att angripa ett expertavgörande. Om så inte är fallet påpekas det särskilt. I *kapitel 5* diskuteras sedan om bundenhetsföreskriften kan förstärkas med olika avtalsrättsliga åtgärder – närmare bestämt bevisavtal och kontraktuella viten.

Analysen är integrerad med den löpande framställningen, men i *kapitel 6* presenteras också några summerande slutsatser.

## 2 Besiktning- och värderingsklausuler

### 2.1 Kommersiell användning av besiktningklausuler

En *besiktningklausul* i den mening som diskuteras i den här uppsatsen är en sådan som uppdrar åt en tredje man att undersöka och fastställa om fel eller brist föreligger på ett sätt som innebär att ett arbete inte är kontraktsevenligt utfört. Besiktningklausulen med denna innebörd är hämtad från entreprenadjuridiken.<sup>28</sup> Expertklausuler som påminner om besiktningsuppdraget finns dock på många andra områden. Exempelvis kan nämnas varukvalitetscertifiering i olje- och gasleveransavtal, bestämmande av tekniska frågor i IT-, telekom-, och försäkringsavtal samt avgörande av vissa sakfrågor i skeppsbyggnadssammanhang.<sup>29</sup>

Uppsatsen utgår från att besiktningklausulen föreskriver att besiktningen är slutlig och bindande för parterna.<sup>30</sup> Så stadgas också ofta i praktiken, men inte sällan med den skillnaden att den *slutliga* bundenheten uppstår först efter en viss tidsfrist under vilken parterna haft möjlighet att anmäla sitt missnöje men avstått från att göra det.<sup>31</sup> Det är också en lösning som – låt vara med vissa skillnader – förekommer i viktiga entreprenadstandardavtal som AB 04<sup>32</sup>, ABT 06<sup>33</sup> och FIDIC Red Book<sup>34</sup>.

Den fortsatta framställningen har bäring på besiktningklausuler som föreskriver att avgörandet ska vara direkt slutligt och bindande. Mycket torde kunna äga relevans också för sådana expertavgöranden som blivit slutligt bindande först efter en frist för missnöjesanmälan. En reservation måste dock göras för att möjligheten till missnöjesanmälan kan ha betydelse för många slutsatser som rör rättssäkerhetsfrågor.

---

<sup>28</sup> Jfr 7 kap. § 11 AB 04; Håstad, a.a., s. 578. Se även Kendall, Freedman och Farrell, a.a., s. 76.

<sup>29</sup> Se vidare Kendall, Freedman och Farrell (a.a., s. 56-68) varifrån dessa exempel kommer.

<sup>30</sup> Se 1.4 ovan. Se Oldenstam m.fl. (a.a., s. 145-146) för exempel på hur en sådan klausul kan formuleras.

<sup>31</sup> Jfr Kendall, Freedman och Farrell, a.a., s. 76; Oldenstam m.fl., a.a., s. 32.

<sup>32</sup> 7 kap. § 16 jämförd med 10 kap. § 1 AB 04. Tiden för missnöjesanmälan är här satt till en månad från tidpunkten då parten fått del av avgörandet. Det måste påpekas att det i AB 04 *inte är besiktningen i sig* som blir bindande om missnöjesanmälan uteblir. Det gäller istället för ett beslut av en *ojävig skiljeperson* (ej att förväxla med en skiljeman) som är den som har att avgöra en eventuell tvist om besiktningen.

<sup>33</sup> 7 kap. § 16 jämförd med 10 kap. ABT 06. Vad som sagts i föregående not om missnöjesanmälan och beslutanderätt för en ojävig skiljeperson gäller också för ABT 06.

<sup>34</sup> Se 20.4 FIDIC Red Book. Här är lösningen den att t.ex. en tvist om en "opinion of the Engineer" kan hänskjutas till en *Dispute Board*, vars avgörande blir slutligt bindande om inte missnöje anmäls inom 28 dagar från att parterna mottog beslutet.



## 2.2 Kommersiell användning av värderingsklausuler

Den gemensamma nämnaren för *värderingsklausuler* är att de uppdrar åt en tredje man att utföra en värdering enligt de kriterier som parterna har enats om. Sådana klausuler återfinns exempelvis i försäkrings-, aktieägar- och företagsöverlåtelseavtal.<sup>35</sup>

Vad gäller *aktieägaravtal* synes värderingsklausulen vanligtvis vara högst motiverad. Aktier i privata aktiebolag är inte föremål för handel på reglerade marknader och således saknas ett enkelt fastställbart marknadsvärde för sådana aktier.<sup>36</sup> Aktieägaravtal kan innehålla en mängd olika bestämmelser som föranleder ett behov av att värdera bolagets aktier. Några exempel är föreskrifter om försäljningsplikt för avgående ledande befattningshavare, förköp-, samtyckes- och hembudsklausuler samt villkor om försäljningsrätt ("*tag along*") eller försäljningsskyldighet ("*drag along*") i samband med bud från tredje man. När en värdering aktualiseras i samband med utövandet av de rättigheter och skyldigheter som nämnda klausultyper ger upphov till kan värderingen utföras direkt av en oberoende värderingsman – i regel en revisor – eller hänskjutas till denne först i händelse av tvist.<sup>37</sup> Värderingen föreskrivs vara bindande för parterna.<sup>38</sup>

Det synes vara i företagsförvärvssammanhang som värderingsklausulen röner mest uppmärksamhet. Därför följer här en kortare genomgång av bakgrunden till, och karaktären av, värderingsklausuler i *företagsöverlåtelseavtal*.

I samband med ett företagsförvärv förser parterna vanligen överlåtelseavtalet med en prismekanism som syftar till att säkerställa att den slutliga köpeskillingen avspeglar målbolagets värde per tillträdesdagen. Tillträdet sker nämligen ofta en tid efter avtalstidpunkten och dessutom genomförs inte sällan förvärvsförhandlingarna med ett delvis inaktuellt bokslut – vanligen från senaste årsredovisningen – som underlag.<sup>39</sup> För att säkerställa att värdeförändringar under tiden från senaste bokslutsdagen fram till tillträdesdagen beaktas i den slutliga köpeskillingen anges i överlåtelseavtalet att ett *tillträdesbokslut* ska upprättas. Normalt föreskrivs att oförändrade redovisningsprinciper ska användas men ibland kommer parterna också överens om särskilda beräkningsgrunder för vissa poster. Utgångspunkten är förstås att verksamheten ska bedrivas på samma sätt som tidigare under den

---

<sup>35</sup> Edlund, a.a., s. 311.

<sup>36</sup> Kendall, Freedman och Farrell, a.a., s. 32; Ramberg, Christina, *Aktieägaravtal i praktiken*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2011, s. 114. Jfr för svenskt vidkommande förbudet mot spridning av aktier i privata bolag enligt 1 kap. 7-8 §§ ABL.

<sup>37</sup> Jfr Svernlöv, Carl och Westin, Göran *Aktieägaravtal (Flerpartsavtal)* (avtalsmall i databasen PACTA, Karnov Juridk, hämtad 2014-02-12); Kendall, Freedman och Farrell, a.a., s. 32-33. Se även Ramberg, a.a., s. 112, 117.

<sup>38</sup> Svernlöv och Westin, a.a.; Edlund, a.a., s. 311, 317. Jfr även Ramberg, a.a., s. 117.

<sup>39</sup> Sevenius, Robert, *Företagsförvärv*, Uppl. 2, Lund: Studentlitteratur AB, 2011, s. 280; Edlund, a.a., s. 312. Jfr även Forssman, Magnus, *Företagsöverlåtelser. En introduktion till den legala processen*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2011, s. 53-54.

kritiska tiden mellan avtalsdag och tillträdesdag. Därför kompletteras skrivningen med en samrådsskyldighet för säljaren avseende väsentliga beslut, och en informationsplikt beträffande viktiga händelser, vad gäller målbolagets verksamhet.<sup>40</sup>

Ibland anges att tillträdesbokslutet ska upprättas av två revisorer – en utsedd av säljaren och en utsedd av köparen. Om dessa revisorer inte kan enas föreskrivs att de ska utse en tredje oberoende revisor som får besluta i de frågor där man inte kunnat komma överens. Tidvis stadgas dock att en viss oberoende revisionsbyrå ska utföra arbetet direkt eller att en revisionsbyrå ska utses av någon oberoende part – exempelvis Stockholms Handelskammare. Normalt anges att den värdering som den oberoende revisorn/revisionsbyrån utför ska vara slutlig och bindande för parterna.<sup>41</sup> Därigenom får klausulen karaktären av en värderingsklausul i den version som diskuteras i detta arbete.<sup>42</sup>

Vid sidan av de nu diskuterade skrivningarna är värderingsklausulen oftast kortfattad.<sup>43</sup> Det finns dock en rad frågor som också lämpligen bör regleras i avtalet – t.ex. sådant som rör påkallande, förfarandets genomförande, vad som utgör jäv, sekretess och kostnadsfördelning.<sup>44</sup>

Ett typexempel på en värderingsklausul i ett företagsöverlåtelseavtal är följande skrivning:

*Kan parterna ej enas i fråga rörande Tillträdesbokslutet, ska denna fråga hänskjutas till två auktoriserade revisorer, av vilka parterna utser en var, för slutligt avgörande. Har de sålunda utsedda revisorerna ej inom X dagar från Tillträdesdagen avgivit ett gemensamt skriftligt utlåtande i vilket den omtvistade frågan fått en entydig lösning, ska denna med för parterna bindande verkan på parts begäran avgöras av en av X utsedd auktoriserad revisor. Den sålunda utsedda värderingsmannen ska avge sitt utlåtande skriftligen.<sup>45</sup>*

Den diskussion som kommer att föras i den fortsatta framställningen äger giltighet för värderingsklausuler som är likartat formulerade det ovanstående typexemplet.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> Edlund, a.a., s. 311-312.

<sup>41</sup> Ibid. Se även Oldenstam m.fl., a.a., s. 31.

<sup>42</sup> Jfr uppsatsens definition av ett *expertavgörande* under 1.3 ovan.

<sup>43</sup> Edlund, a.a., s. 312.

<sup>44</sup> Se härom Oldenstam m.fl., a.a., s. 32; Westberg (2008), a.a., s. 605-606.

<sup>45</sup> Exempel hämtat från Calissendorff, Axel och Westin Göran, *Avtal om köp av samtliga aktier i fåmansbolag utan dotterbolag* (avtalsmall i databasen PACTA, Karnov Juridik, hämtad 2014-02-12). För andra exempel se även Edlund, a.a., s. 313 och Forssman, a.a., s. 56-58.

<sup>46</sup> Främst därför att den under 1.4 angivna avgränsningen innebär att uppsatsen bara tar sikte på värderingsklausuler som föreskriver en slutlig och bindande verkan för parterna.

## 3 Rättsliga utgångspunkter

### 3.1 Civilrättsliga klausuler med processuella anspråk

Besiktning- och värderingsklausuler hör, som framgått av föregående avsnitt, hemma i en civilrättslig kontext. Emellertid är detta ett påstående som vid närmare eftertanke skulle kunna ifrågasättas; uppvisar inte klausulerna snarare en sorts rättslig dubbelnatur genom att vid sidan av sin civilrättsliga verkan också söka påverka processuella frågor? Klausulerna har nämligen en tydlig *tvistlösningskaraktär* och formuleringen om besiktningens respektive värderingens bindande verkan för parterna synes innefatta ett *processuellt* anspråk med avseende på att åstadkomma ett *sakprövningshinder*.

Det är inte oproblemiskt med civilrättsliga klausuler vars ambitioner sträcker sig till processrättens domäner. Civil- och processrätten har olika intressen i förgrunden och de rättsverkningar som de båda rättsområdena tillerkänner – eller inte tillerkänner – en viss klausul kan till del vara oförenliga. Ett tydligt exempel på denna problematik är den frekvent använda *integrationsklausulen*. En sådan klausul stadgar att det skriftliga kontraktet innehåller allt vad parterna kommit överens om och att kontraktet därför ersätter alla eventuella tidigare överenskommelser mellan parterna. Formuleringen är således ägnad att inskräpa det skriftliga kontraktets betydelse som bevismedel för vad som är avtalat mellan parterna. *Civilrättsligt* ger klausulen vid en avtalstolkning särskild vikt åt det skriftliga kontraktet, men *processrättsligt* anses oaktat förekomsten av en integrationsklausul principen om fri bevisprövning gälla. Klausulen tillåts således inte ha den effekten att det vore otillåtet för en part att föra bevisning om, och för en domstol att i sådana fall fritt värdera, vad som förevarit under exempelvis avtalsförhandlingarna.<sup>47</sup> Processrätten synes sålunda sätta vissa gränser för vad som annars rent civilrättsligt sett måhända hade varit möjligt för klausulen att uppnå.

Vad som nu sagts väcker naturligtvis frågan i vad mån den ambition besiktning- och värderingsklausulen har med avseende på bundenhet för parterna är processrättsligt möjlig att förverkliga. Är det med andra ord processuellt relevant att dessa klausuler kan uppfattas söka åstadkomma ett sakprövningshinder? I nästa avsnitt ska därför den processuella avtalsfriheten i svensk rätt undersökas närmare.

---

<sup>47</sup> Jfr Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, Uppl. 6, Lund: Juristförlaget i Lund, 2010, s. 37-38 med där anmärkta hänvisningar. Se även Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, Uppl. 8, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2013, s. 76-77.

## 3.2 Processuella avtal i svensk rätt

### 3.2.1 Principen om att processuella avtal kräver lagstöd

Redan i lagmotiven till RB från 1942 fastslogs, på initiativ av Lagrådet, att "[...] avtal i processuella frågor över huvud taget anses vara ogiltiga, om ej motsatsen uttryckligen stadgas".<sup>48</sup> Motivet bakom denna princip är att upprätthålla ett demokratiskt inflytande över rättskipningen och att säkerställa rätten att få sin sak prövad inför domstol.<sup>49</sup> Under åren har ett antal rättsfall berört principen; närmare preciserat i form av överenskommelser om att avstå från rätten till domstolsprövning.<sup>50</sup>

I ett hovrättsavgörande refererat i SvJT 1950 s. 277 bedömdes en klausul som stadgade att parterna "ej på något sätt och vis rättslig talan föra eller låta föra mot varandra i anledning av denna skogsskiftesaffär". Bestämmelsen tillerkändes ingen processuell verkan och rättsfallet tolkades i dåtida doktrin som att i varje fall avtal varigenom en part avsäger sig allt processuellt skydd inte är giltiga.<sup>51</sup> I NJA 1958 s. 654 var det en bestämmelse i ett fackförbunds stadgar som underkändes som sakprövningshinder. Den enskilde medlemmen kunde i händelse av tvist med förbundet enligt klausulen endast få förbundsstyrelsens beslut överprövat på nästkommande kongress. Bestämmelsen angav att "Tvister av detta slag får icke dragas inför domstol". Klausulen medgav emellertid att förbundets lokalavdelningar kunde påkalla skiljeförfarande, men det alternativet anvisades alltså inte för den enskilde medlemmen. HD tillmötesgick inte förbundets invändning om att talan skulle avvisas på grund av bestämmelsen i stadgan.

Inte heller i NJA 1971 s. 453 tilläts ett stadgande i ett förbundsinternt reglemente konstituera ett processhinder. Detta fall rörde en travhästägares talan om att Svenska Travsportens Centralförbund skulle åläggas att återinföra ägarens hingst i förbundets register för nordsvenska hästar. En sådan registrering var avgörande för möjligheten att låta hingsten delta i travtävlingar och för att få använda hingsten för avelsändamål. Förbundet invände att talan skulle avvisas eftersom förbundets travreglemente angav att "Den som är underkastad detta reglemente har ej rätt att draga avgörande som träffas enligt detsamma inför laga domstol". HD avfärdade denna invändning och fastslog att allmän domstol var behörig att ta upp hästägarens talan.

---

<sup>48</sup> Prop. 1942:5, s. 233. En parentetisk reflektion är att en mer adekvat benämning torde vara att avtalet är processuellt överksam. Jag kan nämligen inte se att avtalet per se skulle vara ogiltigt också i obligationsrättslig bemärkelse.

<sup>49</sup> Westberg, Peter, *Från statlig till privat rättskipning- reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning*, i Festskrift till Hans Ragnemalm, Lund: Juristförlaget i Lund, 2005, s. 347-364, s. 347. Se vidare under 3.4.3 nedan om de europarättsliga implikationerna av rätten till domstolsprövning.

<sup>50</sup> Ibid, s. 349.

<sup>51</sup> Ibid, s. 350 med där gjord hänvisning till Welamson, Lars, *Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1948-1952*, SvJT, 1953 s. 681-728, s. 686.

Den praxis som nu redogjorts för synes ge entydigt stöd för att principen om processuella avtals ogiltighet i avsaknad av lagstöd äger giltighet. NJA 1994 s. 712 väcker emellertid frågan om principen fortfarande har stöd i praxis. HD behandlade här tre fall rörande tjänstegrupplivförsäkringar, med grund i kollektivavtal, enligt vilka försäkringsbolaget förbehållits *ensidig rätt att avgöra vissa frågor*. I två fall rörde den ensidiga bestämmanderätten frågan huruvida sammanboende förelegat i försäkringsvillkorens mening (I-II) och i ett fall huruvida tillräcklig bevisning åberopats för att en försäkringstagare efter avslutad anställning stått till arbetsmarknadens förfogande (III). Denna ordning avvek från det allmänna tvistlösningsarrangemanget i avtalen, vilket gick ut på att tvister skulle hänskjutas till en permanent skiljenämnd. Skiljenämnden var sammansatt av bland annat representanter för arbetsmarknadens parter. I de frågor som här var fråga om fyllde dock skiljenämnden bara en rådgivande funktion; beslutanderätten tillkom som sagt försäkringsbolaget.

HD berörde inte principen om att processuella avtal kräver lagstöd; istället prövade HD om den ensidiga beslutanderätten kunde anses skälig eller inte enligt 36 § AvtL. Det är således fråga om en rent civilrättslig bedömning, vilket måste betraktas som en kursändring i jämförelse med de ovannämnda prejudikaten där HD på – som det förefaller – processuella grunder lämnade villkor som på ett liknande sätt uteslöt domstolsprövning utan avseende. I både NJA 1958 s. 654 och NJA 1971 s. 453 konstaterade HD lakoniskt att avtalsvillkoren inte föranleder någon obehörighet för allmän domstol att uppta talan till prövning. I NJA 1994 s. 712 I och II ledde inte HD:s skälighetsprövning till någon jämkning, medan bedömningen i fall III blev den motsatta då inskränkningen avseende att få bevisningen prövad rättsligt ansågs alltför långtgående. Även om det också här var fråga om en civilrättslig bedömning kan det noteras att HD inom ramen för denna alltså beaktade en processuell rättighet. Det faktum att HD inte tillämpade ”*rätten till rättslig prövning*” självständigt utan inom ramen för en civilrättslig bedömning skulle – liksom det förhållandet att HD inte alls berörde principen om att processuella avtal kräver lagstöd – tala för att processuella avtal numera som utgångspunkt är giltiga. Det är med denna tolkning 36 § AvtL och inte förekomsten av lagstöd som avgör om ett processuellt avtal är verksamt. I fall II berördes även mycket kort förenligheten med artikel 6.1 EKMR<sup>52</sup> och dåvarande 11 kap. 3 § RF<sup>53</sup>. Dessa bestämmelser utgör förstås också en yttersta gräns för vilka avtal som kan tillåtas ha processuell verkan.

Den linje som skisserades i NJA 1994 s. 712 är också den som Heuman förespråkar. Heuman menar att Lagrådsuttalandet från RB:s förarbeten idag inte bör godtas utan vidare. Han pekar på att den senare utvecklingen har inneburit en uppgradering av partsinflytandet, och finns inga skäl som med nämnvärd styrka talar mot att ge ett processuellt avtal verkan så ska därför avtalet upprätthållas. Det är tillräckligt att använda 36 § AvtL som korrigeringsinstrument och att ha EKMR som yttersta gräns. Heumans

<sup>52</sup> Se vidare om detta prejudikat och EKMR:s rättighetsskydd under 3.4.3 nedan.

<sup>53</sup> Se numera 11 kap. 5 § RF.

framställning må till del ha *de lege ferenda*-karaktär, men samtidigt är det tydligt att Heuman anser att NJA 1994 s. 712 visar att det är möjligt att i viss utsträckning träffa processuellt verksamma avtal som utesluter domstolsprövning av vissa frågor vilka har förbehållits ena parten att avgöra.<sup>54</sup> Att det ”i viss utsträckning” är möjligt torde förstås som att det måste vara fråga om mindre viktiga frågor. Heuman har exemplifierat detta med att det sannolikt är möjligt att avtala om ensidig beslutanderätt avseende hur t.ex. en avtalad prestation närmare ska utföras, medan det däremot inte är acceptabelt att en part förbehåller sig rätten att själv avgöra om den egna prestationen är behäftad med fel eller inte. En sådan föreskrift skulle ha karaktären av en *självdöm* varför den vore ogiltig.<sup>55</sup>

Lindskog har en annan uppfattning än Heuman avseende innebörden av NJA 1994 s. 712. Lindskog anser inte att det var fråga om några processuella avtal överhuvudtaget; istället är det endast så att försäkringsbolaget förbehållit sig rätten att ange avtalsinnehållet i visst avseende. Nyttjas den avtalade självbestämmanderätten och väcker motparten sedan talan om den fråga som således ensidigt har avgjorts enligt avtalet ska domstolen nämligen *inte avvisa talan utan ta upp den för materiell prövning*.<sup>56</sup> Det är riktigt, men samtidigt synes det mig knappast vara så att självbestämmandeklausulen är obetydlig i processuellt hänseende. HD prövade nämligen inte själva sakfrågan med mindre än att självbestämmandeklausulen kunde anses oskälig. Det är visserligen fråga om en materiell bedömning men likväl förefaller det mig som att effekten – givet att inte oskälighet kan anses föreligga – blir densamma som om ett sakprövningshinder vore för handen. Att HD behandlar självbestämmandeklausulen som en materiell fråga synes indirekt påverka de processrättsliga förutsättningarna för att få själva saken prövad. Detta eftersom oskälighetskravet i praktiken blir ett hinder som först måste övervinnas, och ett sådant hinder hade inte funnits om klausulen bedömts i förhållande till rent processrättsliga principer avseende möjligheten att avstå från domstolsprövning. HD hade i sådana fall prövat sakfrågan fullt ut på grundval av parternas talan utan att ge försäkringsbolaget en sådan fördel som oskälighetskravet rörande själva tvistlösningssammansättningen innebär.

Lindskog anser vidare inte att NJA 1994 s. 712 ger något stöd för att det numera skulle vara fritt att avtala bort rätten till domstolsprövning. Rätten till en rättvis rättegång är ”i princip oförytterlig” och HD:s hänvisning i fall II till NJA 1981 s. 1205 kan inte tas till intäkt för något annat än att domstolsprövning kan ersättas med skiljeförfarande. Lindskog menar att det faller på sin egen orimlighet att HD:s mycket kortfattade motivering i denna del skulle innebära någon generell avtalsfrihet i detta avseende.<sup>57</sup> Lindskog uppfattar principen om att processuella avtal är ogiltiga i avsaknad av lagstöd som begränsad till just ett förbud mot att avtala om sakprövningshinder. Han är emellertid också skeptisk till att tillerkänna parterna någon omfattande

---

<sup>54</sup> Heuman, Lars *Officialprövning eller åberopsskyldighet vid tillämpning av preklusionsregler*, JT, 2006/07, nr. 1 s. 57-70, s. 59-61.

<sup>55</sup> Heuman (1999b), a.a., s. 192.

<sup>56</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 4.1.1.

<sup>57</sup> Ibid. Jag delar Lindskogs uppfattning i denna fråga, jfr under 3.4.3 nedan.

processuell avtalsfrihet överhuvudtaget vad gäller rättegången.<sup>58</sup> I linje med det nu sagda räknar Lindskog upp *avtal om överklagandeförbud*<sup>59</sup>, *skiljeavtal*<sup>60</sup> och *prorogationsavtal*<sup>61</sup> som processuellt verksamma avtal. Dessa är i lag förankrade sakprövningshinder. *Stilleståndsavtal* saknar däremot sådant lagstöd och Lindskog anser mycket riktigt att ett sådant avtal torde vara processuellt överksamt.<sup>62</sup>

Westberg väcker frågan om det kan vara så att HD i NJA 1994 s. 712 glömt bort principen om att processuella överenskommelser är per se ogiltiga. Westberg anser inte att lagmotiven till reformer av RB under årens lopp ger något stöd för att principen har förlorat sin giltighet. Tvärtom har även senare ändringar av 49 kap. 2 § RB om avstående från rätten att överklaga skett med utgångspunkt i att principen är giltig. Westberg pekar vidare på att de lagstadgade undantag från principen som finns bygger på att det inte är fråga om att avstå från domstolsprövning (*prorogations- och derogationsavtal*) eller att avstående sker till förmån för ett tvisteorgan som av staten anses vara likvärdigt med en domstol (*skiljeförfarande*).<sup>63</sup> Att principen alltjämt är gällande är också den uppfattning som framförs i den viktigaste lagkommentaren till RB.<sup>64</sup> Vidare valde lagstiftaren i samband med införandet av MedL att avvika från UNCITRAL:s modellag – enligt vilken ett avtal om medling utgör ett temporärt processhinder – med explicit hänvisning till principen. I propositionen angavs att ”*Enligt en grundläggande princip i svensk rättsordning anses nämligen processuella överenskommelser [...] som regel vara ogiltiga, om inte annat särskilt föreskrivs*”.<sup>65</sup>

Den sammantagna slutsatsen måste bli att *principen om att processuella avtal kräver lagstöd alltjämt utgör gällande rätt*. I synnerhet får det faktum att lagstiftaren så sent som vid införandet av nyss nämnda MedL vidkände principen anses tala starkt för detta. Dessutom synes principen ha tämligen starkt stöd i doktrinen och åtminstone ha ett implicit stöd i HD:s praxis, om än möjligen med undantag för NJA 1994 s. 712. Jag delar dock Lindskogs uppfattning – möjligtvis med reservation för klausulen i fall III – att det i detta mål inte var fråga om processuella avtalsvillkor; låt vara att avtalet gav upphov till en materiell bedömning som svårligen kan förenas med de tankegångar som bär upp den processrättsligt restriktiva inställningen till avtalsfrihet avseende sakprövningshinder. Om HD verkligen övervägde principen om processuella avtals ogiltighet per se i NJA 1994 s. 712 förefaller det märkligt att den sjösatt en ordning där principen med civilrättsliga normer så kraftigt undermineras. En sådan ordning kan inte accepteras om principen annat än undantagsvis ska ha någon betydelse. Det finns vidare

---

<sup>58</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 4.1.2.

<sup>59</sup> 49 kap. 2 § RB.

<sup>60</sup> 10 kap. 17a § RB och 4 § LSF.

<sup>61</sup> 10 kap. 16 § RB.

<sup>62</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.3.

<sup>63</sup> Westberg (2005), a.a., s. 355-356.

<sup>64</sup> Fitger, Peter m.fl., *Rättegångsbalken*, Zeteo (uppdaterad oktober 2013), Stockholm: Norstedts Juridik AB, kommentar till 49 kap. 2 § RB. Samma ståndpunkt anges vidare i SOU 2007:26, s. 157.

<sup>65</sup> Prop. 2010/11:128, s. 43.

europarättsliga aspekter som talar i samma riktning, vilket jag får anledning att återkomma till.<sup>66</sup>

En diskussion som nog får sägas vara mer av *de lege ferenda*-karaktär är om det är rimligt att i alla situationer ha en fullt så restriktiv inställning till överenskommelser som till sin effekt åstadkommer sakprövningshinder. Nyss har sagts att det bör vara den civilrättsliga bundenheten som ska ge vika för att principen om att processuella avtal kräver lagstöd ska upprätthållas i praktiken. Stundtals kan det emellertid ifrågasättas om det inte bör förhålla sig tvärtom. Westberg ger – utan att ta ställning till frågan – ett exempel på en sådan situation. Om en klausul i ett köpeavtal stadgar att säljaren exklusivt får avgöra om köparen har rätt till hävning av köpet gör sig säljaren onekligen själv till domstol i denna fråga. Det är förstås inte förenligt med utgångspunkten att det inte går att avtala fritt om sakprövningshinder. Samtidigt har parterna odiskutabelt civilrättslig befogenhet att helt avtala bort hävning som påföljd vid händelse av att varan är behäftad med fel.<sup>67</sup> Den reella innebörden av klausulen är således inte kontroversiell. Att den processrättsliga språkdräkt som klausulen har givits då skulle inskränka avtalsfriheten kan framstå som obefogat. Det kan tyckas motiverat att den civilrättsliga befogenheten att indirekt utesluta en prövning av en viss fråga bör medföra en generösare hållning i processuellt hänseende. *De lege lata* gäller dock, på så sätt som sagts ovan, principen om att processuella avtal kräver lagstöd.

### 3.2.2 Processuella avtal i skiljeförfaranden

I ett skiljeförfarande står – till skillnad från vid en domstolsprocess – *partautonomin* i fokus.<sup>68</sup> Partsautonomin utgör utgångspunkten för handläggningen av skiljeförfarandet, vilket uttrycks i 21 § LSF.<sup>69</sup> Endast ett fåtal förfaranderegler anses vara tvingade. Att inte hörsamma parternas instruktioner rörande dispositiva frågor utgör i regel grund för klander: negligerar skiljenämnden vad parterna bestämt om prövningens omfattning föreligger ett uppdragsöverskridande och bortses från en anvisning om förfarandets genomförande är ett handläggningsfel för handen.<sup>70</sup>

Det förhållandet att vissa bestämmelser explicit anger att avtalsfrihet råder innebär inte att andra regler motsatsvis ska anses tvingande; tvärtom är dispositivt utgångspunkten för hela LSF.<sup>71</sup> När avtalsfriheten beträffande handläggningen av skiljeförfarandet väl är inskränkt står förklaringen ofta att finna i att förfarandet inte får strida mot ”*ordre public*”, ”*due process*” eller ”*natural justice*”. Dessa i den internationella doktrinen förekommande

<sup>66</sup> Jfr särskilt 3.4.3 nedan avseende diskussionen om rättigheten till ”*access to justice*”.

<sup>67</sup> Se Westberg (2005), a.a., s. 358-360.

<sup>68</sup> Jfr Heuman, Lars, *Skiljemannarätt*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 1999a, s. 266-270; Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 4.2.2; Madsen, Finn, *Skiljeförfarande i Sverige. En kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut*, Uppl. 2, Stockholm: Jure Förlag AB, 2009, s. 181.

<sup>69</sup> Jfr Madsen, a.a., s. 181.

<sup>70</sup> NJA 2009 s. 128. Se 34 § första stycket 2 respektive 6 LSF.

<sup>71</sup> Prop. 1998/99:35, s. 44; Heuman (1999a), a.a., s. 271.



begrepp innefattar hänsyn till dels parternas grundläggande rättssäkerhetskrav, dels det allmännas krav på skiljeförfarandet.<sup>72</sup> Några exempel på viktiga tvingande regler är ogiltighetsreglerna i 33 § LSF, rätten att i all behövlig omfattning utföra sin talan och principen om att parterna skall behandlas lika.<sup>73</sup> Att regler är tvingande innebär dock inte med nödvändighet att avtalsfrihet helt saknas. Partsavtal avseende vissa processuella rättssäkerhetsanspråk kan således accepteras om de inte i alltför hög grad begränsar det rättsskydd som den berörda regeln är avsedd att säkerställa.<sup>74</sup> Exempelvis kan parterna – givet att rätten att i all behövlig omfattning utföra sin talan alltjämt kan sägas vara tillgodosedd – avtala om att viss bevisning inte får återropas, att viss bevisning ska vara exklusiv eller att vissa bevisvärderingsregler ska gälla.<sup>75</sup> En generell tumregel är vidare att det finns anledning att ur rättssäkerhetssynpunkt vara mer generös mot avtal som träffas under handläggningens gång än mot sådana som har slutits på förhand.<sup>76</sup> Lindskog menar att indispositiva regler kan presumeras vara endast förhandstvingande och således inte efterhandstvingande.<sup>77</sup>

Av det nu sagda inser läsaren att processavtal som utgångspunkt är verksamma i ett skiljeförfarande.<sup>78</sup> Vad gäller specifikt avtal om *sakprövningshinder* – vilket värderings- och besiktningssklausulen som bekant kan uppfattas vara ett anspråk på – synes dock inte rättsläget vara helt entydigt. Både Heuman och Lindskog är av uppfattningen att den civilrättsliga bundenheten vid en revisors företagsvärdering medför att en skiljenämnd ska *avvisa bevisning som syftar till att motbevisa värderingen*.<sup>79</sup> Lindskogs tolkning av värderingssklausulen verkar vara att den innefattar en överenskommelse om att ett visst bevismedel – expertavgörandet – ska vara exklusivt. Detta får till följd att annan bevisning som återropas avseende samma sak ska, efter motpartens begäran, avvisas såsom uppenbart utan betydelse enligt 25 § andra stycket LSF.<sup>80</sup>

Tekniskt sett är det *inte* fråga om ett sakprövningshinder; åtminstone Lindskog är främmande för att värderingssklausulen skulle kunna ha en sådan verkan.<sup>81</sup> I praktiken synes det mig dock vara så att effekten blir densamma: värderingen kan inte omprövas eftersom bevisning som syftar till att stödja en sådan talan ska avvisas. Vad är logiken i att upprätthålla en princip innebärande att parterna inte med värderingssklausulen kan skapa egna sakprövningshinder men samtidigt se klausulen som ett fullt ut verksamt bevisavtal vilket de facto hindrar en prövning i sak? I sammanhanget menar jag vidare att det finns anledning att fråga sig om den förhandstvingande

---

<sup>72</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 271-272.

<sup>73</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 271-278. Se även prop. 1998/99:35, s. 109-112 och Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 4.2.5.

<sup>74</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 272.

<sup>75</sup> Jfr Ibid, s. 273; Lindskog, a.a., Kommentar till 25 § LSF, 4.6.

<sup>76</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 272-273.

<sup>77</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 5.1.2 och 5.1.5.

<sup>78</sup> Jfr Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 5.1.4; Håstad, a.a., s. 595-596.

<sup>79</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 50-51; Lindskog, a.a., Kommentar till 25 § LSF, 4.6.3.

<sup>80</sup> Lindskog, a.a., Kommentar till 25 § LSF, 4.3.1 och 4.6.3.

<sup>81</sup> Jfr ibid, Inledande anmärkningar, 3.2.2 och 4.1.1.

regeln om rätten att i behövlig omfattning utföra sin talan kan anses tillgodosedd om klausulen skulle innebära att parterna avsäger sig all möjlighet att i framtiden föra bevisning som syftar till att angripa värderingen. Naturligtvis inverkar den bestämmelsen på parternas möjlighet att inskränka bevisföringen.<sup>82</sup> Heuman menar exempelvis att bestämmelsen får till följd att ett avtal som utesluter möjligheten att åberopa viss bevisning bara är verksamt så länge parterna har en rimlig möjlighet att styrka sina påståenden med andra bevismedel.<sup>83</sup> Lindskog menar att en yttersta gräns för dispositionsfriheten avseende bevisningen utgörs av kravet på ett rättssäkert förfarande. Det betyder exempelvis att ett avtal som föreskriver att parterna överhuvudtaget inte får åberopa någon bevisning bör lämnas utan avseende, men i det enskilda fallet kan också mindre inskränkningar framstå som ett hot mot rättssäkerheten.<sup>84</sup> Det är inte alldeles enkelt att se hur de reservationer som Lindskog och Heuman har rörande friheten att träffa bevisavtal är förenliga med deras inställning att värderingsklausulens civilrättsliga bundenhetsföreskrift indirekt får den processuella konsekvensen att bevisning som syftar till att stödja en talan där revisorns värdering ifrågasätts ska avvisas. Innebär inte ett sådant förhållningssätt just att det för en sådan talan inte blir möjligt att föra någon bevisning överhuvudtaget? Vad finns det för rimlig möjlighet att styrka sina påståenden med andra bevismedel? Det synes nämligen vara *alla* bevismedel med ett visst specifikt bevistema som utesluts. Måhända kan det påstås att de rättssäkerhetskrav som Lindskog och Heuman vill upprätthålla skulle vara tillgodosedda genom att det är möjligt att formulera en talan om, och föra bevisning om, expertavgörandets bristande civilrättsliga bundenhet i termer av ogiltighet eller oskälighet. Detta är dock mer av en spekulation från min sida; det är i mitt tycke inte alls tydligt på vilket sätt Lindskog och Heuman anser att ståndpunkten att all bevisning som syftar till att ompröva ett expertavgörande ska avvisas är förenlig med de inskränkningar avseende bevisavtal som de båda vidkänner. Jag får vidare anledning att återkomma till det faktum att europarättsliga rättssäkerhetskrav knappast är helt oväsentliga för skiljeförfarandets vidkommande.<sup>85</sup>

Sammantaget måste slutsatsen bli att processuella avtal inom ramen för ett skiljeförfarande *i regel* är fullt verksamma. Utgångspunkten är således den diametralt motsatta i förhållande till vad som gäller för rättegången. Det finns emellertid vissa av rättssäkerhetsskäl motiverade inskränkningar av avtalsfriheten. Enligt min mening torde det få till följd att en civilrättsligt föreskriven bindande verkan av ett expertavgörande inte indirekt kan medföra processrättsliga konsekvenser i fråga om tillåtlighet av bevisning som till sin effekt är närmast likvärdiga med ett sakprövningshinder. Även i ett skiljeförfarande finns således processuella gränser, om än mindre omfattande än i en rättegång, för vilken effekt en civilrättslig bundenhetsföreskrift kan tillåtas få. Det som nu sagts hindrar inte att expertavgörandet sannolikt har ett mycket starkt *bevisvärde* i jämförelse med annan bevisning.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Madsen, a.a., s. 212.

<sup>83</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 273.

<sup>84</sup> Lindskog, a.a., Kommentarer till 25 § LSF, 3.4 och 4.6.1.

<sup>85</sup> Jfr 3.4.2-3.4.3 nedan.

<sup>86</sup> Jfr Håstad, a.a., s. 599.

### 3.3 Expertavgörandets civilrättsliga klassificering

Besiktning- och värderingsklausuler är som nämnt i grund och botten naturligtvis civilrättsliga rättsfigurer.<sup>87</sup> Att bundenhetsföreskriften kan förstås som ett anspråk på processuella verkningar innebär inte att det expertavgörande som klausulen ger upphov till inte kan identifieras i en civilrättslig kontext. Att expertavgörandet till sin natur kan uppfattas som en form av tvistlösning hindrar inte att det också har *avtalskaraktär*.<sup>88</sup> Det avtalsrättsliga regelverket är därför tillämpligt på själva expertavgörandet.<sup>89</sup> Detta förhållande ska hållas isär från den tidigare berörda frågan huruvida avtalsrättens ogiltighets- och oskälighetsregler kan fungera som en tröskel som måste passeras innan det blir fråga om att i sak ompröva en enligt parternas avtal redan avgjord fråga; nämnda regler appliceras nämligen då på själva tvistlösningssammansättningen och inte på expertavgörandet.<sup>90</sup>

Tillämpningen av det avtalsrättsliga regelverket på expertavgöranden diskuteras närmare längre fram i framställningen.<sup>91</sup> Här ska bara konstateras att vad som avses med att expertavgörandet har avtalskaraktär är att det är att betrakta som *utfyllnad av parternas avtal*. Det är den allmänna uppfattningen i doktrinen att besiktning- och värderingsklausulen, liksom andra privatdomarförfaranden, inte innebär något annat än att "*parterna lånar ut pennan*" till experten. Avgörandet har samma verkan som om det vore parterna själva som förhandlat fram en klausul med samma innehåll. Därav följer förstås att avtalsrättens ogiltighets- och oskälighetsregler bildar den civilrättsliga utgångspunkten för expertavgörandets angripbarhet.<sup>92</sup>

Att expertavgörandet sålunda är avtalsrättsligt bindande utfyllnad kan vidare sägas ha visst analogt stöd i NJA 2001 s. 511. I målet var frågan om en travhästägares talan om utbetalning av prispengar kunde prövas materiellt i domstol. Ägaren hade frändömts vinstpengar sedan dennes häst befunnits vara dopad. HD fann att ägaren genom att delta i tävlingen underkastat sig det aktuella tävlingsreglementet och på så sätt också var "*på ett avtalsliknande sätt*" bunden av tävlingsfunktionärernas bedömningar. HD ansåg därför att beslutet skulle respekteras vid domstolsprövningen såvida det inte förelåg vissa särskilda skäl för att åsidosätta detta. HD hänvisade härvid till 36 § AvtL. Konstruktionen med ett funktionärsbeslut förankrat i ett överenskommet tävlingsreglemente uppvisar onekligen likheter med expertavgörandet.<sup>93</sup>

---

<sup>87</sup> Se 3.1 ovan.

<sup>88</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.1. Jfr Westberg (2005, a.a., s. 358-360 och 2008, a.a., s. 581) avseende motsvarande resonemang om "självdömar".

<sup>89</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2. Se även hänvisningar i fotnot 92 nedan.

<sup>90</sup> Se om denna fråga i anslutning till diskussionen om NJA 1994 s. 712 i avsnitt 3.2.1 ovan.

<sup>91</sup> Se kapitel 4 nedan.

<sup>92</sup> Se t.ex. Edlund, a.a., s. 317; Forssman, a.a., s. 54; Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.1-3.2.2; Oldenstam m.fl., a.a., s. 33; Ramberg, a.a., s. 117-118; Westberg (2008), a.a., s. 599-600, 602. Se vidare kapitel 4 nedan.

<sup>93</sup> Jfr Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.1.

Westberg har utvecklat avtalsutfyllnadstanken något. En precisering av vad det egentligen är fråga om när parterna har överlåtit sin avtalsmakt till en tredje man skulle vara att det rör sig om en slags *fullmaktskonstruktion* eller en *medelbar förlikning*. I det förra fallet är synsättet att privatdomaren får sitt mandat att fylla ut avtalet på grundval av två huvudmäns simultana och samstämmiga uppdrag. I det senare fallet skulle den tredje mannens uppdrag bygga på att parterna har förbundit sig att följa en framtida uppgörelse dem emellan men vars innehåll bestäms av privatdomaren. Westberg hämtar idén om medelbar förlikning från den historiska uppfattningen av skiljeförfarandets konstruktion; skiljeavtalet betraktades som en medelbar förlikning vilken fylldes ut av skiljedomen som utgjorde ett materiellt rättsfaktum. Idag stämmer denna beskrivning bättre in på privatdomarförfarandet.<sup>94</sup> Förlikningsavtalet har nämligen endast civilrättsliga verkningar.<sup>95</sup> Som bekant är detta ett förhållande som också gäller för privatdomarens avgörande, men däremot inte för en skiljedom.<sup>96</sup>

En avtalstolkning av en privatdomarklausul som innehåller en föreskrift om att avgörandet är slutligt och bindande för parterna talar enligt min mening för att partsavsikten är att bundenhet vid det framtida avgörandet ska uppkomma redan vid avtalstidpunkten. Likaså bör avsikten kunna antas vara att det ska konstituera ett *avtalsbrott* att nonchalera det överenskomna tvistlösningsarrangemanget.<sup>97</sup> Med utgångspunkt i att privatdomaren är att betrakta som en uppdragstagare i förhållande till parterna menar Edlund att denne inte kan skiljas från sitt uppdrag med mindre än att parterna är ense om detta.<sup>98</sup> Ur bundenhetssynpunkt skulle det mot denna bakgrund kunna argumenteras för att synsättet att avgörandet utgör en medelbar förlikning är mer träffsäkert än uppslaget om en fullmaktskonstruktion. Om privatdomarens mandat bygger på fullmakt från respektive part skulle nämligen någon reell bundenhet inte uppkomma förrän uppdraget är slutfört eftersom en huvudman dessförinnan närsomhelst ensam kan återkalla sin fullmakt.<sup>99</sup> Trots bundenhetsföreskriften skulle i realiteten det avtalade privatdomarförfarandet ensidigt kunna väljas bort utan att något avtalsbrott ens uppkommer.

---

<sup>94</sup> Westberg (2008), a.a., s. 602.

<sup>95</sup> Se Westberg (2013), a.a., s. 434-436.

<sup>96</sup> Se 1.1 ovan. Skiljedomen har processuella verkningar: den vinner rättskraft och utgör en exekutionstitel (se t.ex. prop. 1998/99:35, s. 34.).

<sup>97</sup> Se om lydelsens betydelse som tolkningsdata för den gemensamma partsavsikten hos t.ex. Adlercreutz och Gorton, a.a., s. 56-58.

<sup>98</sup> Edlund, a.a., s. 314. Edlund anser att uppdraget kommer från båda parterna och att det då följer av allmänna uppdragsrättsliga principer att uppsägningsrätten endast kan utövas gemensamt. Edlund anser också att viss ledning rent allmänt kan hämtas från skiljemannarätten vad gäller uppdragsförhållandet. Analogivis kan därför uppmärksammas att beträffande skiljemannens uppdrag så kan, i avsaknad av avtalsföreskrifter härom, inte heller dennes uppdrag bringas att upphöra i förtid om inte parterna är ense om detta (se 12 § andra stycket och 14 § andra stycket LSF, prop. 1998/99:35, s. 100 och Heuman (1999a), a.a., s. 255-256). Här bortses dock från att en skiljeman också kan skiljas från uppdraget genom domstolsbeslut i vissa speciella situationer (se 10 § LSF).

<sup>99</sup> Se 12 § AvtL.

Westberg anser dock, till skillnad från Edlund, att det är mer diskutabelt om privatdomarens uppdrag är anse som *ett* från parterna gemensamt sådant eller om det rör sig om *två* samstämmiga uppdrag. Med tanke på att klausulen ändå inte hindrar att en part väcker talan i domstol förespråkar Westberg att uppsägningsrätten kan utövas ensidigt om inte annat har avtalats.<sup>100</sup> Med den ståndpunkten finns således inte – annorlunda vad som ovan redogjorts för – någon skillnad i bundenhets hänseende mellan synsätten att privatdomaravgörandet är en medelbar förlikning respektive resultatet av en fullmaktsmodell.

Alldeles oavsett om Edlunds eller Westbergs inställning är den riktiga är det dock en fråga med liten praktisk betydelse. Även om det med utgångspunkten att uppsägningsrätten endast är gemensam, och att avgörandet är en medelbar förlikning, i princip skulle utgöra ett avtalsbrott att negligera klausulen och direkt väcka talan vid domstol så är det ett konstaterande av teoretiskt intresse. Det torde nämligen vara förenat med stora svårigheter att visa att någon skada har orsakats av ett sådant agerande. Det är osäkert om den bevisvårigheten skulle kunna avväjas med ett avtalsvite.<sup>101</sup> Det är därför ändå bara på ett formellt plan som en medelbar förlikning möjligen skulle kunna vara en mer adekvat beteckning för privatdomaravgörandet ur bundenhetssynpunkt.

## 3.4 Europarättens betydelse

### 3.4.1 EKMR:s ställning i svensk rätt

Ett expertförfarande kan innebära att parternas *civila rättigheter och skyldigheter*, i den mening som avses i artikel 6.1 EKMR,<sup>102</sup> blir föremål för prövning. Jag ska återkomma till denna fråga och till frågan om vilken betydelse EKMR har i horisontella rättsförhållanden.<sup>103</sup> En första fråga som därför behöver diskuteras är vilken ställning EKMR har i Sverige.

Frågan om vilken normhierarkisk position EKMR intar i svensk rätt synes vid en första anblick vara lättbesvarad: EKMR har genom inkorporering *ställning som lag* i Sverige.<sup>104</sup> EKMR har emellertid en särskild förankring i RF genom

---

<sup>100</sup> Westberg (2008), a.a., s. 598.

<sup>101</sup> Ibid, s. 597. Se 5.3 nedan avseende möjligheten att knyta ett avtalsvite till en föreskrift om att *inte angripa* ett meddelat expertavgörande.

<sup>102</sup> Det bör uppmärksammas att artikel 47 i *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna* (C-83/389) innehåller en liknande garanti – vilken också ska tolkas på ett sådant sätt att den enskildes skydd blir minst lika starkt som motsvarande skydd i EKMR (artikel 52.3). I egenskap av EU-rätt skulle dessa regler ha ett obetingat företräde framför svensk rätt (se t.ex. C-6/64 *Flamino Costa mot ENEL*, dom av den 15 juli 1964 och C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, dom av den 17 december 1970). Emellertid är detta regelverks räckvidd begränsad till situationer då unionsrätt tillämpas (artikel 51). Det synes inte mig som att någon unionsrätt aktualiseras i de diskussioner som förs i denna uppsats varför betydelsen av nämnda artikel 47 i stadgan lämnas därhän.

<sup>103</sup> Se 3.4.2-3.4.3. Begreppet "*civila rättigheter och skyldigheter*" berörs i avsnitt 4.2.2.

<sup>104</sup> Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.

ett stadgande om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med EKMR.<sup>105</sup> Detta medför dock inte någon normhierarkisk särställning per se.<sup>106</sup> Förarbetena anger istället att i fall av *verkliga normkonflikter* – d.v.s. situationer då det inte finns utrymme för förstahandsalternativet *konventionskonform tolkning* – är den aktuella inhemska lagstiftningen och EKMR att uppfatta som hierarkiskt sidoordnade.<sup>107</sup> Till detta ska emellertid tilläggas att HD och HFD har ansett att EKMR, på grund av sin speciella karaktär, bör tillmätas en *särskild vikt* i fall av konflikt med inhemska lagregler.<sup>108</sup> I sammanhanget bör också noteras att det kan räcka med en misstanke om att svensk lag står i konflikt med EKMR för att en prövning av huruvida så är fallet ska aktualiseras. HD har tillämpat en konventionskonform tolkning redan då domstolen funnit det sannolikt att en eventuell prövning av ED skulle visa att svensk rätt står i konflikt med EKMR.<sup>109</sup> Denna form av prognostänkande understryker EKMR:s särskilda vikt eftersom förhållningssättet får anses något avvikande från den annars defensiva attityd till konventionsbaserad rätt som följer av den dualistiska tradition som präglat svensk rätt på konventionsrättens område.<sup>110</sup>

Av diskussionen ovan framgår att det är helt avgörande att skilja mellan normkonflikter där den ifrågasatta lagstiftningen är tillräckligt flexibel för att en konventionskonform tolkning ska vara möjlig och sådana konflikter som inte kan lösas på denna väg – d.v.s. verkliga normkonflikter. Detta är således den första frågan som måste undersökas när det föreligger en konflikt mellan inhemska lagstiftning och EKMR. Av HD:s praxis följer att det för det fall en verklig normkonflikt är för handen finns en ytterligare fråga som måste besvaras. Det räcker inte att konstatera att det i denna situation föreligger en konflikt mellan två sidoordnade normer, vilken ska lösas med ledning i sedvanliga lagtolkningsprinciper.<sup>111</sup> I NJA 2010 s. 168 uttalade HD nämligen att det synsätt som nyss redogjorts för *”främst tar sikte på frågor om Europakonventionens tillämpning i enskilda fall och inte på mer allmänna frågor om svensk lagstiftnings förenlighet med konventionen”*. Av konstitutionella skäl – maktfördelningen mellan lagstiftaren och domstolarna – gäller i sådana fall av *”mer allmänna frågor”* ett krav på *klart stöd* i EKMR eller ED:s praxis för att underkänna den ordning som gäller enligt interna svenska regler.<sup>112</sup> Kravet på klart stöd är inte någon ny innovation,<sup>113</sup> men förefaller här placeras i en tydligare konstitutionell kontext. För att veta om

---

<sup>105</sup> 2 kap. 19 § RF.

<sup>106</sup> Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2012, s. 59. Jfr även Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Uppl. 4, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2012, s. 38-40.

<sup>107</sup> Prop. 1993/94:117, s. 37-38. Jfr även Bernitz (2012), a.a., s. 59-60.

<sup>108</sup> Bernitz (2012), a.a., s. 60. Jfr härtill t.ex. NJA 2003 s. 217, NJA 2005 s. 805, NJA 2009 s. 468 och RÅ 1997 ref. 6.

<sup>109</sup> NJA 2005 s. 805.

<sup>110</sup> Jfr Wersäll, Fredrik, *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*, SvJT, 2014 s. 1-8, s. 2-5.

<sup>111</sup> Här åsyftas t.ex. *lex posterior* (yngre lag går före äldre lag) och *lex specialis* (speciell bestämmelse går före allmänt hållen bestämmelse). Se prop. 1993/94:117, s. 37-38.

<sup>112</sup> NJA 2010 s. 168 (I), p. 31-32.

<sup>113</sup> Se NJA 2000 s. 622 och NJA 2004 s. 840.

en verklig normkonflikt ska hanteras enligt vanliga lagtolkningsprinciper eller om den ska bedömas mot bakgrund av ett krav på ”klart stöd” måste således utredas om konflikten är av sådan mer allmän karaktär, som NJA 2010 s. 168 talar om, eller inte. HD har genom NJA 2012 s. 1038 (I, p. 13-15) sedermera utvecklat sitt resonemang genom att ta fasta på att EKMR för rättstillämpningens vidkommande verkar rättsligt sett på två skilda plan; dels i egenskap av *statsrättsligt instrument*, dels i egenskap av *svensk lag*. Det förra tar sikte på fall där fråga är om svensk rätt i sig innebär att Sverige gör sig skyldigt till konventionsbrott, medan det senare äger relevans i mål där fråga är huruvida den enskildes rättigheter enligt EKMR har respekterats eller inte.<sup>114</sup>

NJA 2013 s. 502 synes klargöra att det är när normkonflikten berör vad som i NJA 2010 s. 168 benämns ”*mer allmänna frågor*” som EKMR ska tillämpas i sin folkrättsligt förpliktande egenskap och inte såsom inhemsk lag. Därvid upprätthålls kravet på klart stöd för att underkänna den svenska ordningen. I andra fall, d.v.s. sådana som *inte* berör ”*mer allmänna frågor*”, av verkliga normkonflikter gäller inte kravet på klart stöd utan konflikten hanteras helt inom ramen för samma principer som gäller för annan intern lagstiftning, vilket ligger i linje med att EKMR då tillämpas i dess egenskap av svensk lag.<sup>115</sup> Det tycks mig vara en delikat uppgift att bedöma när en normkonflikt mer allmänt rör svensk lags förenlighet med EKMR och när så inte är fallet. Av praxis att döma är detta en fråga om normkonfliktens dignitet, eller annorlunda uttryckt: en fråga om en avvägning mellan å ena sidan respekten för den inhemska maktindelningen mellan lagstiftare och domstol och å andra sidan att ge EKMR genomslag i praktiken.<sup>116</sup>

För att sammanfatta så kan EKMR sägas ha en särskild position i normhierarkin men är inte klart överordnad annan svensk lag.<sup>117</sup> En tydlig prioritet för konventionen synes egentligen bara vara för handen så länge en konventionskonform tolkning är möjlig. Med detta sagt om EKMR:s allmänna ställning i svensk rätt blir nästa fråga vilken betydelse konventionen har i specifikt horisontella rättsförhållanden.

---

<sup>114</sup> Sverige saknar ett system för abstrakt normprövning (jfr prop. 2009/10:80, s. 146). Mot bakgrund härav infinner sig frågan i vilka fall en domstol kan komma att bedöma om svensk rätt i sig utgör ett konventionsbrott utan att det också är fråga om att pröva om den enskildes rättigheter har kränkts? Den förra frågan synes mig inte kunna bli föremål för domstolsprövning med mindre än att ett konkret fall – där någon hävdar att dennes konventionsrättigheter har kränkts – når en domstol.

<sup>115</sup> NJA 2013 s. 502, p. 51-55.

<sup>116</sup> I NJA 2010 s. 168 (I, p. 31) talas uttryckligen om att sådana allmänna frågor om svensk rätts förenlighet med EKMR i första hand är ett ansvar för lagstiftaren och att det är mot bakgrund av detta som kravet på klart stöd ska uppfattas. I NJA 2013 s. 502 (särskilt p. 54-55) är det också tydligt att det är normkonfliktens dignitet, om än denna ska jämföras med den berörda rättighetens betydelse, som är avgörande för om HD kommer att betrakta som frågan som mer allmän och således inta det betydligt mer restriktiva förhållningssätt till konventionen som följer av en sådan slutsats.

<sup>117</sup> Med en travesti på Orwell skulle EKMR:s ställning kunna beskrivas med att *alla lagar är jämlika men vissa lagar är mer jämlika än andra*.

## 3.4.2 EKMR:s indirekta tillämplighet i horisontella rättsförhållanden

### 3.4.2.1 Konventionskonform tolkning

Besiktning- och värderingsklausuler är civilrättsliga rättsfigurer och behandlas i den här uppsatsen i en rent kommersiell kontext.<sup>118</sup> En berättigad fråga är om EKMR verkligen är av någon relevans för ett sådant rättsförhållande? EKMR är ett statsrättsligt instrument – ett traktat – och det är konventionsstaten som är det primära ansvarssubjektet vad gäller att tillse att konventionen efterlevs. Därav följer att civilrättsliga förändringar som är nödvändiga till följd av konventionskrav ska komma till stånd genom förändrad lagstiftning och inte genom att domstolar ålägger enskilda subjekt förpliktelser direkt grundade på EKMR.<sup>119</sup> HD har följdriktigt också tydligt avvisat tanken på att det skulle vara möjligt att påföra en enskild ett skadeståndsansvar *direkt* grundat på EKMR.<sup>120</sup> Detta betyder emellertid inte att EKMR inte på andra sätt än ett positivt åläggande av skadeståndsansvar kan ge upphov till *horisontella effekter*.<sup>121</sup> Ett tydligt prov på detta är att principen om konventionskonform tolkning *indirekt* kan ge horisontellt genomslag åt konventionen. Om den befintliga lagstiftningen innehåller flexibla rekvisit – t.ex. ”skälighet” eller ”oaktsamhet” – så kan tolkningen av dessa påverkas av standarder som kommer till uttryck i EKMR och ED:s praxis. Det är således inte fråga om att skapa nya direkta förpliktelser grundade på EKMR, utan om en tolkning av befintliga ansvarsgrunder vilken ger utrymme för att ge EKMR viss horisontell verkan. Notera att en tolkning av det här slaget inte härrör från något konventionsrättsligt krav, utan är ett resultat av det nationella förhållningssättet till EKMR. Rättssäkerhetsskäl – särskilt förutsägbarheten för den enskilde – talar för att en sådan här typ av konventionskonform tolkning inte kan vara alltför långtgående. Andersson håller det exempelvis för troligt att en domstol inte skulle ”*culpastämpla*” ett enligt svensk rätt tillåtet beteende med hänvisning till konventionen.<sup>122</sup>

NJA 1994 s. 712 (III) synes mig kunna uppfattas som ett visst stöd för uppslaget att tolkningen av en *civilrättslig* regel till en inte oväsentlig del skulle kunna påverkas av en europarättslig standard. HD gör förvisso ingen explicit hänvisning till artikel 6.1 EKMR, men finner den aktuella självbestämmandeklausulen i försäkringsavtalet oskälig enligt 36 § AvtL med hänvisning till att ”*Försäkringstagaren eller dennes förmånstagare utestängs*

---

<sup>118</sup> Se 1.4 och 3.1 ovan.

<sup>119</sup> Jfr Danelius, a.a., s. 36; Andersson, Håkan, *EKMR:s varierande horisontella effekter på olika civila krav – problem och konstruktiva möjligheter*, JP, 2013, nr. 2 s. 249-271, s. 255-256. Se även van Dijk, Pieter m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Uppl. 4, Antwerpen- Oxford: Intersentia, 2006, s. 28-32.

<sup>120</sup> NJA 2007 s. 747. Se vidare Bernitz (2012), a.a., s. 63.

<sup>121</sup> Andersson (a.a., s. 263) exemplifierar detta med att EKMR får till följd att ett agerande som befunnits vara konventionsstridigt inte kan tillåtas underbygga ett krav som drivs civilrättsligt i nationell domstol. Den horisontella effekt som uppstår kallar Andersson för ett ”*positivt förhindrande av andra krav*”.

<sup>122</sup> Andersson, a.a., s. 267-268.



[...] helt från möjligheten att få denna bevisning prövad i rättslig ordning. En så långtgående inskränkning i rätten till rättslig prövning är inte godtagbar.” En sådan tolkning skulle givetvis kunna motiveras av hänsyn till inhemska regler,<sup>123</sup> men det skulle också kunna vara EKMR som HD haft i åtanke.<sup>124</sup> Hur det än förhåller det sig härom synes det mig som att en konventionskonform tolkning är påbjuden i en situation likt den i NJA 1994 s. 712 (III).<sup>125</sup> En sådan tolkning är i synnerhet motiverad då det inte är fråga om att tillskapa en positiv förpliktelse för någon enskild utan snarare om att negativt förvägra ett krav som är oförenligt med EKMR.<sup>126</sup>

Det kan tilläggas att doktrinen om konventionskonform tolkning ligger i linje med det av ED många gånger upprepade kravet att ”[...] the Convention must be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory”.<sup>127</sup> Att i en rimlig utsträckning tolka även civilrättsliga regler konventionskonformt bidrar förstås till att konventionen tillämpas på just ett praktiskt och effektivt sätt.

Det har tidigare konstaterats att ett expertavgörande är att betrakta som avtalsutfyllnad och att det avtalsrättsliga regelverket således tillhandhåller relevanta korrigeringsmöjligheter i händelse av att avgörandet kan anses ogiltigt eller oskäligt i avtalsrättslig mening.<sup>128</sup> I det här avsnittet har argumenterats för att EKMR kan få en horisontell effekt inom ramen för en konventionskonform tolkning – d.v.s. en sorts *indirekt tillämplighet* som ett resultat av den *internrättsliga* relationen till konventionen. 36 § AvtL:s oskälighetsrequisit torde vara ett typexempel på ett sådant begrepp som är tillräckligt elastiskt för att tolkas konventionskonformt och därvid beakta en europarättslig standard. Det föreligger alltså inte heller någon sådan verklig normkonflikt som kräver vidare ställningstaganden av konstitutionell natur.<sup>129</sup> Det är således relevant att undersöka vilken europarättslig standard ett expertförfarande bör leva upp till för att inte riskera att 36 § AvtL, på det sätt som nu har diskuterats, blir ett medel med vilket den överenskomna bundenheten kan försvagas.<sup>130</sup> Först ska dock diskuteras huruvida EKMR kan ha också en *konventionsgrundad indirekt tillämplighet* i ett expertförfarande.

---

<sup>123</sup> Faktum är dock att rätten till domstolsprövning, särskilt vad gäller mål mellan enskilda, var tämligen ofullständigt reglerad i dåvarande regeringsformen (1974:152). Några spridda bestämmelser berörde rättsskipningen i detta avseende (främst 2 kap. 9-11 §§ och 11 kap. 5 §), men ingenstans fanns någon tydlig deklaration om rätten till domstolsprövning. Likväl gällde givetvis en sådan rätt till rättegång (jfr t.ex. Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 4.1.1 med där gjorda hänvisningar).

<sup>124</sup> För detta skulle kunna tala att EKMR explicit berörs i systerfallet NJA 1994 s. 712 (II).

<sup>125</sup> Principen om konventionskonform tolkning gällde även innan EKMR inkorporerades i svensk rätt. Se Danelius, a.a., s. 37 med där anmärka rättsfall.

<sup>126</sup> Jfr Andersson, a.a., s. 267. Se vidare om EKMR:s avsaknad av krav på direkt horisontell effekt hos van Dijk m.fl., a.a., s. 31-32.

<sup>127</sup> Se t.ex. *Maresti mot Kroatien*, ED:s dom av den 25 juni 2009, p. 62 och *Zolothukin mot Ryssland*, ED:s dom av den 10 februari 2009, p. 80.

<sup>128</sup> Se 3.3. ovan.

<sup>129</sup> Se härom 3.4.1 ovan.

<sup>130</sup> Se 3.4.3 nedan.

### 3.4.2.2 Konventionsstatens övervakningsansvar

Artikel 6.1 EKMR är en *processuell* bestämmelse som syftar till att garantera en rättssäker prövning av rättsliga anspråk. Bestämmelsen innefattar både en grundläggande rätt att tvister ska kunna prövas av domstol,<sup>131</sup> och ett krav på att en sådan prövning ska uppfylla vissa rättssäkerhetsgarantier.<sup>132</sup> En prövning behöver emellertid inte ske inom ramen för en allmän domstol; skiljeförfarande har av ED ansetts vara ett godtagbart substitut för rättegången i de fall avståendet till förmån för skiljeförfarandet sker *frivilligt* och *klart och otvetydigt*.<sup>133</sup> Att ersätta domstolsprövning med skiljeförfarande innebär dock inte att parterna avstår från alla rättssäkerhetsgarantier som följer av artikel 6.1 EKMR.<sup>134</sup> Det är således endast fråga om ett *partiellt avstående* från de rättigheter som stadgas i artikeln.<sup>135</sup> Därför inställer sig frågan på vilket sätt ansvar kan hävdas med avseende på att resterande rättigheter efterlevs?

Faktum är att skiljenämnden inte bär något egentligt ansvar för att artikel 6.1 EKMR inte kränks under skiljeförfarandet. EKMR har med andra ord ingen *direkt* tillämplighet inom skiljeförfarandet och en skiljedom kan inte läggas till omedelbar grund för ett klagomål till ED. Detta hänger samman med att det istället är konventionsstaten som bär ett *övervakningsansvar* med avseende på att ett skiljeförfarande lever upp till EKMR:s krav. Enligt artikel 1 EKMR ska konventionsstaterna garantera konventionens fri- och rättigheter för alla som befinner sig under deras jurisdiktion. Statens ansvar upphör inte helt för att parterna väljer bort domstolsprövning till förmån för skiljeförfarande. Skiljeförfarandet är sammanlänkat med statsapparaten på så sätt att staten erkänner och verkställer skiljedomar. På detta sätt föreligger ett konventionsrättsligt ansvar för staten att vägra verkställighet av skiljedomar som inte uppfyller EKMR:s krav. Därigenom får således EKMR en *indirekt*

<sup>131</sup> Se om "Access to court" t.ex. *Golder mot Storbritannien*, ED:s dom av den 21 februari 1975.

<sup>132</sup> Jfr Danelius, a.a., s. 146, 150; van Dijk m.fl., a.a., s. 557.

<sup>133</sup> *Oberschlick mot Österrike*, ED:s dom av den 23 maj 1991; *Transado-Transportes Fluviais do Sado mot Portugal*, ED:s dom av den 16 december 2003. Frivillighetskriteriet utesluter att ett legalt skiljeförfarande skulle anses vara ett godtagbart avstående från rätten till domstolsprövning (se *Bramelid och Malmström mot Sverige*, EK:s beslut av den 12 oktober 1982).

<sup>134</sup> ED anför i *Suovaniemi mot Finland* (ED:s beslut av den 23 februari 1999) att: "There is no doubt that a voluntary waiver of court proceedings in favour of arbitration is in principle acceptable from the point of view of Article 6. Even so, such a waiver should not necessarily be considered to amount to a waiver of all the rights under Article 6." Lindskog (a.a., Inledande anmärkningar, 4.1.2) menar för övrigt att den rätt till "fair trial" som EKMR garanterar alldeles oavsett gäller för ett svenskt skiljeförfarande; kravet är universellt och behöver inte ens något författningsstöd.

<sup>135</sup> Landrove, Juan Carlos, *European Convention on Human Rights' impact on consensual arbitration. An état des lieux of Strasbourg case-law and of a problematic swiss law feature*, i Hottelier, Michel, Besson, Samantha och Werro Franz (red.), *Human Rights at the Center*, Zürich: Schulthess Verlag, 2006, s. 73-101, s. 82-83. Jfr dock Bengt Lindell (*Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?*, Uppsala: Iustus Förlag AB, 2006, s. 211) för exempel på äldre praxis som antyder att det skulle röra sig om ett totalt avstående. Kendall, Freedman och Farrell (a.a., s. 242) menar utan någon närmare motivering att rättigheterna i artikel 6.1 EKMR helt saknar relevans när domstolsprövning väljs bort – i vart fall gäller det för expertförfaranden.

tillämplighet i skiljeförfarandet.<sup>136</sup> Skiljenämnden måste därför naturligtvis vinnlägga sig om att handlägga målet på ett sådant sätt att skiljedomen kommer att vara exigibel.<sup>137</sup>

Ett expertavgörande saknar som bekant både rättskraft och verkställbarhet; det är således i ett rättssäkerhetsperspektiv inte jämförbart med en skiljedom.<sup>138</sup> Inte desto mindre borde expertförfarandets genomförande i förhållande till europarättens rättssäkerhetskrav kunna vara av intresse på ett eventuellt senare verkställighetsstadium. Det är en sak att statens övervakningsansvar avseende privat tvistlösning med avtalskaraktär är ytterst begränsad när det är *båda* parter som samtycker till verkställighet.<sup>139</sup> Situationen borde dock vara en annan om *ena* parten söker utverka en dom eller skiljedom, till vilken ett expertavgörande ska ligga till omedelbar grund, och motparten invänder mot detta under påstående att expertförfarandet har brustit i rättssäkerhetskänslighet. Har staten ett ansvar att inte verkställa skiljedomar som inte uppfyller EKMR:s rättssäkerhetskrav är det enligt min mening inkonsekvent att en domstol skulle kunna lämna en sådan invändning utan avseende och lägga expertavgörandet till omedelbar grund för en verkställbar dom. I linje med detta bör staten inte heller verkställa en skiljedom vilken "stadfäster" ett expertavgörande som påstås vara konventionsrättsligt sett bristfälligt utan någon egentlig prövning av den invändningen. I båda dessa fall innebär nämligen ett verkställande av domen respektive skiljedomen att saken aldrig kommer att ha prövats på ett i europarättslig mening rättssäkert sätt; ett konventionsbrott uppstår om staten på så sätt ger effekt åt ett så att säga konventionsstridigt expertavgörande.<sup>140</sup> Med detta i åtanke bör de krav som enligt artikel 6.1 EKMR gäller för ett skiljeförfarande rimligtvis också lika gärna kunna ställas på ett expertförfarande.<sup>141</sup> Jag menar således att möjligheten att angripa ett expertavgörande bör påverkas av hur väl förfarandet har svarat mot de

---

<sup>136</sup> Landrove, a.a., s. 91-92. Se också Lindell (2006), a.a., s. 211-212; Nilsson, Bo G.H. och Rundblom Andersson, Björn, *Fundamental principles of International Arbitration in Sweden*, i Franke, Ulf m.fl. (red.), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, Kluwer Arbitration online, Kluwer Law International, 2013, s. 6. Jfr även *Jakob Boss Sohne KG mot Tyskland*, EK:s beslut av den 2 december 1991; *Suovaniemi mot Finland*. Jfr annorlunda *Nordström-Janzon mot Nederländerna*, EK:s beslut av den 27 november 1996.

<sup>137</sup> Jfr t.ex. skyldigheten att enligt artikel 41 ICC *Arbitration Rules* "make every effort to make sure that the award is enforceable at law". Samma skyldighet stadgas i § 47 SCC *Skiljedomregler 2010*.

<sup>138</sup> Westberg (2013), a.a., s. 45-46.

<sup>139</sup> Så är fallet med verkställighetsförklaringar av medlingsöverenskommelser enligt 7 § MedL och stadfästelser av förlikningsavtal enligt 17 kap. 6 § RB, vilka båda bygger på att parterna är överens. Se prop. 2010/11:128, s. 46; Fitger m.fl., a.a., Kommentar till 17 kap. 11 § RB och Westberg (2013), a.a., s. 435-436.

<sup>140</sup> Jfr Lindells (2006, a.a., s. 213) delvis liknande resonemang om övervakningsskyldighet av medlingsöverenskommelser. I det sammanhanget ser Lindell dock skyldigheten som en akademisk fråga eftersom det enligt honom är svårt, om än möjligt, att föreställa sig att en rättsmedlingsprocess som innebär en kränkning av artikel 6.1 EKMR.

<sup>141</sup> Detta givet uppsatsens utgångspunkt att parterna egentligen inte tänkt att det ska kunna bli fråga om någon prövning i domstol eller skiljeförfarande. Skulle det däremot vara meningen att expertavgörandet skulle stå helt öppet för omprövning i domstol eller skiljeförfarande är det naturligtvis inget problem med ett expertförfarande som inte uppfyller EKMR:s rättssäkerhetskrav.

rättssäkerhetsgarantier som EKMR ställer på ett skiljeförfarande.<sup>142</sup> För att ytterligare förtydliga det sista något: en talan som går ut på att göra expertavgörandet exigibelt måste ta formen av en fullgörelsetalan,<sup>143</sup> och om en invändning avseende expertförfarandets bristande rättssäkerhet i ett konventionsperspektiv har fog för sig synes det som att domstolen rimligen ska ogilla denna talan. Detta eftersom det annars sedermera vore ett konventionsbrott att verkställa domen och därigenom aldrig låta saken som expertavgörandet avsåg prövas på ett rättssäkert sätt. I ett sådant fall skulle det förstås också – givet att parternas talan ger utrymme för detta – vara motiverat att jämka expertavgörandet genom en konventionskonform tolkning av 36 § AvtL.<sup>144</sup>

EKMR är alltså inte tillämpligt per se i ett expertförfarande, men beaktat verkställighetsintresset kan det nog ändå, mot bakgrund av ovanstående, påstås att EKMR också har en form av *konventionsgrundad indirekt tillämplighet* i ett expertförfarande.

### 3.4.3 Möjligheten att avstå från rättigheter enligt artikel 6.1 EKMR

Med EKMR:s indirekta tillämplighet i ett expertförfarande konstaterad måste nästa fråga bli vilken europarättslig standard som ett förfarande ska leva upp till? I vad mån är det möjligt att avstå från de rättssäkerhetsgarantier som kommer till uttryck i artikel 6.1 EKMR? Det finns ingen praxis beträffande huruvida det är möjligt att överhuvudtaget avstå från *all* rätt till rättskipning. Enligt vissa är *”access to justice”* en absolut rättighet, vilket skulle tala emot att det vore möjligt att avstå all rätt till rättskipning.<sup>145</sup> Skiljeförfarande uppfattas av tradition som ett likvärdigt alternativ till domstol och skiljedomar är verkställbara genom statens försorg. Därför är det inte fråga om ett totalt avstående av rättskipning, utan om att ersätta det statliga alternativet med ett jämbördigt privat.<sup>146</sup> Valet av skiljeförfarande som tvistlösningsmetod innefattar som nämnt bara ett *partiellt avstående* från den rättighetskatalog som artikel 6.1 EKMR ger uttryck för.

Den praxis som finns avseende EKMR:s rättssäkerhetsgarantier i förhållande till skiljeförfarandet bör kunna tjäna som ledning för att bedöma vad som kan tänkas gälla för ett expertförfarande.<sup>147</sup> Således måste undersökas vilka krav som uppställs härvidlag och i vad mån det är möjligt att avstå från sådana rättigheter. I artikel 6.1 EKMR kan följande krav utläsas:

<sup>142</sup> Se vidare 4.3.3.

<sup>143</sup> Se Fitger m.fl., a.a., Inledning till 13 kap. RB, De olika kategorierna av talan.

<sup>144</sup> Se härom 3.4.2.1 ovan.

<sup>145</sup> Jfr Landrove, a.a., s. 78-79.

<sup>146</sup> Westberg (2005), a.a., s. 363-364.

<sup>147</sup> Jfr Lindell (2006, a.a., s. 210-215) som lägger praxis rörande skiljeförfarande till grund för vilka förfarandegarantier som kan antas gälla för rättsmedling. Dessutom menar jag att denna praxis kan tjäna som utgångspunkt eftersom det i föregående avsnitt konstaterats att en skiljedom som, trots invändning från part, utan vidare fastställer ett ur europarättslig synpunkt bristfälligt expertavgörande inte bör verkställas. De krav som gäller för skiljeförfarandet bör därför som sagt lika gärna kunna ställas på expertförfarandet.

- a) Domstolen ska vara *oberoende* och *opartisk*.
- b) Domstolen ska ha *inrättats enligt lag*.
- c) Förfarandet ska vara korrekt och rättvist mot den enskilde ("*rättvis rättegång*")
- d) Förfarandet ska i allmänhet vara *muntligt* och *offentligt*, men undantag härifrån får göras i vissa fall.
- e) Domstolsprövningen ska ske inom *skälig tid*.
- f) Domen ska *avkunnas offentligt*.<sup>148</sup>

Rätten till rättvis rättegång (punkt c ovan) är ett mångfacetterat begrepp och inrymmer en rad olika krav. Det finns inte inom ramen för denna uppsats möjlighet att beröra alla delar av konceptet rättvis rättegång. Här följer endast några viktiga exempel på vad denna rättighet inbegriper:

- 1) *Rätt att bli hörd* av domstolen och att *få framföra sin sak*.
- 2) Principen om parternas likställighet (*equality of arms*).
- 3) Principen om ett *kontradiktoriskt förfarande*.
- 4) Krav på en *processordning*, varmed avses existensen av mer eller mindre strikta procedurregler som parterna vet är tillämpliga.
- 5) Krav på *domskäl*.<sup>149</sup>

Förutom de tidigare nämnda kraven på att ett avstående av en rättighet enligt artikel 6.1 EKMR måste ske frivilligt och klart och otvetydigt gäller också rent allmänt ett *proportionalitetskrav*. Detta har uttryckts som att "[...] a limitation will not be compatible with Article 6 para. 1 (art. 6-1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved".<sup>150</sup>

Redan av det faktum att skiljeförfarande är ett godkänt substitut följer att vissa rättigheter uppenbarligen är möjliga att avstå från. Det gäller givetvis rätten att få saken prövad inför en domstol inrättad enligt lag,<sup>151</sup> och rätten till en offentlig prövning.<sup>152</sup> Det synes vanligen inte finnas några hinder mot att på förhand avstå från också rätten till muntlig förhandling.<sup>153</sup> Av liten praktisk betydelse är att redan skiljeavtalet torde avsäga även rätten till prövning inom skälig tid.<sup>154</sup> Rätten till en oberoende och opartisk prövning liksom de rättigheter som följer med kravet på en rättvis rättegång kan däremot inte avsägas på förhand.<sup>155</sup> Av *Suovaniemi mot Finland* framgår emellertid att rätten till en oberoende och opartisk prövning kan efterges när

<sup>148</sup> Danelius, a.a., s. 146; SOU 2007:26, s. 154.

<sup>149</sup> Se SOU 2007:26 (s. 154-155) för en mer utförlig redogörelse. Se även van Dijk m.fl., a.a., s. 578-596.

<sup>150</sup> *Lithgow m.fl. mot Storbritannien*, ED:s dom av den 8 juli 1986, p. 194; Landrove, a.a., s. 80. Se vidare van Dijk m.fl., a.a., s. 573-575.

<sup>151</sup> *Deweert mot Belgien*, ED:s dom av den 27 februari 1980.

<sup>152</sup> Se *Nordström-Janzon mot Nederländerna*. I vart fall så länge ett sådant avstående inte strider mot något viktigt allmänt intresse (*Håkansson och Sturesson mot Sverige*, dom av den 21 februari 1990).

<sup>153</sup> Jfr Danelius, a.a., s. 233-235.

<sup>154</sup> Landrove, a.a., s. 85.

<sup>155</sup> *Ibid*, s. 86.

skiljeförfarandet väl pågår. Enligt Landrove förhåller det sig på samma sätt med rätten till rättvis rättegång. Att dessa rättigheter inte kan avsägas i förväg motiveras av rättigheternas vikt och det förhållandet att parterna vid denna tidpunkt inte kan överblicka konsekvenserna av sådana avståenden.<sup>156</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att en rad viktiga rättigheter – t.ex. rätten att bli hörd och att få framföra sin sak, principen om parternas likställighet och kravet på ett kontradiktoriskt förfarande – gäller också för ett skiljeförfarande. Rimligtvis är dessa principer då relevanta också för ett expertförfarande. Möjligen kan parterna avstå från dessa rättigheter under förfarandet gång, givet att det sker frivilligt och på ett klart och otvetydigt sätt. Den proportionalitetsprincip som också gäller medför dock att det kan ifrågasättas om det skulle vara möjligt att avstå från samtliga rättigheter som artikel 6.1 EKMR tillerkänner den enskilde. Det är svårt att se vilket legitimitet ändamål som skulle kunna motivera det.<sup>157</sup> Vidare torde en prövning som helt saknar de kännetecken som förknippas med en rättssäker process tangeras en kränkning av ”*access to justice*”, vilket som sagt möjligen är en absolut rättighet. Det förefaller mig som att det svårigen kan påstås att den rätten skulle vara tillgodosedd om den prövning som förekommit inte bär några drag av den rättssäkerhet som artikel 6.1 EKMR avser att garantera.

Mot bakgrund av vad som nu sagts om möjligheterna att avstå från EKMR:s rättssäkerhetskrav, och om att en skiljeklausul endast är att uppfatta som ett partiellt avstående från artikel 6.1 EKMR, framstår det som mycket egendomligt att HD i NJA 1994 s. 712 (II) utan vidare fann försäkringsbolagets självbestämmanderätt förenlig med EKMR endast därför att en skiljeklausul är ett giltigt sätt att avstå från rätten till domstolsprövning (hänvisningen till NJA 1981 s. 1205).<sup>158</sup>

### 3.5 Sammanfattande slutsatser

Besiktnings- och värderingsklausuler är att uppfatta som *civilrättsliga klausuler med processuella anspråk* – närmare bestämt synes klausulerna med sin formulering om slutlig och bindande verkan ha ambitionen att åstadkomma ett *sakprövningshinder*. Vad gäller domstolsprocessen kommer en sådan ambition i konflikt med *principen om att processuella avtal är ogiltiga i avsaknad av lagstöd*. I skiljeförfarandet är utgångspunkten den

---

<sup>156</sup> Landrove, a.a., s. 89-90.

<sup>157</sup> Jfr Westberg (2005), a.a., s. 363-364.

<sup>158</sup> Med tanke på EK:s motivering i *Jacob Boss Sohne KG mot Tyskland* från 1991, där det sägs att staten har ett övervakningsansvar för att ett skiljeförfarande har levt upp till grundläggande konventionskrav, kan det inte gärna ens vid tidpunkten för NJA 1994 s. 712 (II) ha framstått som något självklart att det skulle vara möjligt att hursomhelst avtala bort de rättssäkerhetsgarantier som följer av artikel 6.1 EKMR. Om en skiljeklausul inte medförde att konventionen blev irrelevant borde knappast försäkringsbolagets självbestämmandeklausul tillåts ha sådana följder. HD hade i mitt tycke för att avfärda invändningen om artikel 6.1 EKMR ha behövt förklara på vilket sätt ett självbestämmandeförfarande var förenligt med grundläggande konventionskrav. För egen del har jag, bara för att nämna något exempel, svårt att se hur en sådan prövning som försäkringsavtalet anvisade skulle vara förenlig med det grundläggande och förhandstvingande kravet avseende oberoende och opartiskhet.

motsatta; processuella avtal är normalt verksamma. I doktrinen har föreslagits att värderingsklausulen ska uppfattas som ett *bevisavtal* vilket medför att all bevisning som syftar till att motbevisa värderingen ska *avvisas*. Det kan emellertid ifrågasättas om en så långtgående bevisrättslig inskränkning är förenlig med särskilt den indispositiva regeln om att parterna har rätt att i all behövlig omfattning utföra sin talan; effekten blir onekligen närmast densamma som om ett sakprövningshinder vore för handen. En annan sak är att ett expertavgörande kan antas ha ett *betydande bevisvärde*.

Är det inte möjligt att processuellt avtala om sakprövningshinder kan det heller rimligtvis inte förhålla sig på så sätt att en omprövning i sak bara skulle kunna komma ifråga först om själva tvistlösningsvalet är ogiltigt eller oskäligt i avtalsrättslig mening. En sådan tröskel för att överhuvudtaget företa en omprövning torde till sin effekt vara alltför näraliggande ett sakprövningshinder. Den civilrättsliga bundenheten är såtillvida inskränkt av hänsyn till processrättsliga principer.

Civilrättsligt är ett expertavgörande att klassificera som *avtalsutfyllnad*, vilket medför att omprövningsmöjligheterna av en värdering eller besiktning underkastas avtalsrättsliga ogiltighets- och oskälighetsregler. Besiktnings- och värderingsklausulen innebär inget annat än att parterna har låtit experten formulera ett avtalsvillkor å deras vägnar.

Även europarätten kan motivera en modifiering av den civilrättsliga regeltillämpningen på besiktnings- och värderingsklausuler. 36 § AvtL är ett typexempel på en bestämmelse som kan tolkas *konventionskonformt*. Inom ramen för en sådan tolkning kan EKMR indirekt få *horisontell effekt*. Inget synes tala emot en sådan verkan när konsekvensen av den konventionskonforma tolkningen inte medför att den enskilde åläggs någon förpliktelse. Här handlar det istället om att ett krav avseende att någon omprövning inte ska äga rum kommer att bortses från om ett tillmötesgående av det kravet skulle innebära en kränkning av konventionen. Vidare kan EKMR sägas ha en sorts indirekt tillämplighet i expertförfarandet på så sätt att staten gör sig skyldig till konventionsbrott om den, trots invändning från part, verkställer domar eller skiljedomar till vilka ett från konventionssynpunkt bristfälligt expertavgörande legat till omedelbar grund.

Ett fåtal av de rättssäkerhetskrav som kommer till uttryck i artikel 6.1 EKMR är *förhandsdispositiva*, men flera är det inte. Rätten att bli hörd, principen om parternas likställighet och kravet på ett kontradiktoriskt förfarande är exempel på den senare kategorin. Möjligen kan sådana krav efterges under förfarandets gång, men samtidigt måste observeras att det finns ett allmänt krav på proportionalitet mellan den rättighetsbegränsning som följer med en sådan eftergift och det legitima ändamål som avsägelsen ska tjäna. Av detta krav och av rätten till *"access to justice"* synes det kunna konstateras att också europarätten hindrar att en domstolsprövning avtalar bort, givet att inte så sker till ett fullgott substitut. Det är oklart om det finns något sådant alternativ vid sidan av skiljeförfarande. I brist på klarhet får det antas att expertförfarandet inte fullt ut kan vara ett sådant alternativ. I syfte att ändå

minska risken för att bristande uppfyllelse av EKMR ska bli en ständigt tillgänglig möjlighet för att – genom en konventionskonform tolkning av oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL – få till stånd en omprövning av expertavgörandet bör expertförfarandet utformas på ett sätt som uppfyller de europarättsliga rättssäkerhetsgarantier som gäller för skiljeförfarandet och som inte är förhandsdispositiva. I samma riktning talar det förhållandet att ett expertavgörande som inte uppfyller dessa krav kan komma att möta hinder när en part söker göra avgörandet exigibelt genom att utverka en dom eller skiljedom till vilken avgörandet ska ligga till omedelbar grund. Att expertförfarandet uppfyller de förhandstvingande kraven i artikel 6.1 EKMR lär alltså inte hindra att en överprövning initieras i domstol eller skiljeförfarande, men det minskar avsevärt antalet tänkbara angreppspunkter.

I detta kapitel har alltså de rättsliga regler och principer som bildar utgångspunkten för ett expertavgörandes angripbarhet identifierats och analyserats. Att besiktnings- och värderingsklausulens bundenhetsföreskrift inte utesluter omprövning står klart. I nästa kapitel diskuteras, med avstamp i slutsatserna från detta avsnitt, hur denna omprövning ser ut; vilka faktorer påverkar expertavgörandets angripbarhet i en efterföljande prövning?



# 4 Expertavgörandets angripbarhet

## 4.1 Inledning

Från ett avtalsrättsligt perspektiv, och utifrån det inte minst i kommersiella sammanhang viktiga intresset av förutsägbarhet, måste utgångspunkten vara att en föreskrift om ett expertavgörandes bindande verkan ska ge skäl för sin ordalydelse. Samtidigt har framställningen visat att ett alltför strikt upprätthållande av en sådan ambition riskerar att komma i konflikt med betydelsefulla process- och europarättsliga principer. Därför kan besiktnings- eller värderingsklausulens föreskrift om slutlig bundenhet vid expertavgörandet inte utgöra ett verksamt sakprövningshinder. Istället blir ur angripbarhetssynpunkt det avgörande hur den närmare tillämpningen av främst avtalsrättens ogiltighets- och oskälighetsregler ser ut. I detta sammanhang tål att upprepas att det inte handlar om att uppställa en oskälighetströskel för att *överhuvudtaget göra en materiell bedömning*. Oskälighetskravet relaterar då med andra ord till själva tvistlösningsarrangemanget. Ett sådant krav har antagits vara oförenligt med processrättsliga principer. Istället handlar det här om ett krav på oskälighet för att åsidosätta expertens bedömning *vid den materiella prövningen*, vilket ligger helt i linje med att avgörandet utgör avtalsutfyllnad.<sup>159</sup>

I detta kapitel diskuteras, mot bakgrund av vad som nu sagts, hur angripbarheten av ett expertavgörande ser ut. Det finns ett par särskilt betydelsefulla faktorer som verkar bestämmande i detta avseende. Det handlar om betydelsen av *uppdragets karaktär* (4.2) – närmare bestämt huruvida expertavgörandet avser *sak- eller rättsfrågor* – och det påstådda *felets karaktär* (4.3). Det sista åsyftar distinktionen mellan *materiella* och *formella* fel. Diskussionen har, om inte annat påpekas, bäring oavsett om det är en domstol eller skiljenämnd som har att pröva expertavgörandet.

## 4.2 Betydelsen av uppdragets karaktär

### 4.2.1 Gränsdragning mellan sakfrågor och rättsfrågor

Med sakfrågor avses normalt sådant som har att göra med bevisningen i ett mål, medan övrigt är att betrakta som rättsfrågor.<sup>160</sup> Lindell menar att den relevanta skiljelinjen mellan sak- och rättsfrågor kan utmejslas genom att granska *hur* ett faktum fastställs medan det är irrelevant *av vilket slag* det fastställda faktumet är. Sakfrågor är *”fastställande av fakta med hjälp av fri*

---

<sup>159</sup> Se 3.2.1-3.3 ovan.

<sup>160</sup> Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Uppsala: Iustus Förlag AB, 1987, s. 15.

*bevisprövning*". Rättsfrågor handlar däremot om subsumtion; "*införandet av en beskrivning av ett händelseförlopp under en rättsats*".<sup>161</sup>

Besiktningar och värderingar anses typiskt sett handla om *uttalanden om faktiska frågor*.<sup>162</sup> Det är emellertid inte helt enkelt att säga om sådana uppdrag handlar om att avgöra sak- eller rättsfrågor. Detta kan illustreras med AB 04:s formuleringar kring besiktningssuppdragets natur. Besiktningssmannens uppgift är att undersöka och bedöma i vad mån entreprenaden, eller en del av den, uppfyller *kontraktsrättsliga* fordringar.<sup>163</sup> Med AB 04:s begreppsapparat föreligger *fel* vid avvikelser som innebär att en del av entreprenaden inte utförts alls eller inte utförts på ett *kontraktsenligt* sätt.<sup>164</sup> Besiktningssmannen ska anteckna fel i sitt besiktningssutlåtande.<sup>165</sup> För att konstatera om ett fel föreligger eller inte måste undersökas hur t.ex. en byggnad faktiskt ser ut och faktiskt fungerar. Detta är *bevisfrågor*, vilket skulle kunna tala för att besiktningssuppdraget går ut på att avgöra sakfrågor. Som Håstad skriver är detta emellertid inte tillräckligt. För att kunna avgöra om entreprenaden är kontraktsenligt utförd måste besiktningssmannen utreda andra faktiska förhållanden, t.ex. omständigheter av betydelse för vad som kan anses vara avtalat, och även ta ställning till juridiska problem. Besiktningssmannen kan ha att hantera exempelvis betydelsen av motstridiga kontraktshandlingar, muntliga besked under entreprenadens utförande i förhållande till klausuler om skriftlighetskrav för ändringar eller inverkan av vetskap om motpartens förutsättningar. Det här är exempel på *rättsfrågor*. Uppdraget går i grund och botten ut på att fastställa avtalsinnehåll, vilket inte låter sig göras med mindre än att besiktningssmannen företar en juridisk bedömning. Det torde dock kunna röra sig om rena sakfrågor om arbetet bara går ut på att uttala sig om entreprenadens *skick*, men för att kunna avgöra förekomsten av *fel* i AB 04:s mening krävs oundvikligen ställningstaganden också till rättsfrågor.<sup>166</sup>

Även vad gäller uppgiften att *värdera ett företag* kan det diskuteras om de ställningstaganden som därvid aktualiseras är att anse som avgöranden av rättsfrågor eller sakfrågor. Sådana rättsfrågor som nyss antagits förekomma vid besiktningssuppdraget synes mig kunna kräva en bedömning också i detta sammanhang. Dessutom kan det argumenteras för att värderingen *i sig* är att betrakta som rättstillämpning. Värderingssuppdraget är intimt förknippat med bestämmandet av köpeskillingen.<sup>167</sup> 45 § KöpL stadgar att priset av en vara ska vara skäligt med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet samt omständigheterna i övrigt. Detta talar för att betrakta bestämmandet i prisfrågan – vilket i princip ofta är samma fråga som värderingen – som en *rättsskipningsuppgift*.<sup>168</sup> Det är dock primärt *parternas*

<sup>161</sup> Ibid, s. 19-25.

<sup>162</sup> Westberg (2008), a.a., s. 599.

<sup>163</sup> 7 kap. § 11 AB 04.

<sup>164</sup> Begreppsbestämningar med anmärkningar i AB 04.

<sup>165</sup> 7 kap. § 11 AB 04.

<sup>166</sup> Håstad, a.a., s. 578-579, 582. Jfr Lindell (1987, a.a., s. 25) avseende ett liknande synsätt på andra sakkunnigutlåtanden.

<sup>167</sup> Jfr Edlund, a.a., s. 311.

<sup>168</sup> Jfr Heuman (1999b), a.a., s. 187.

*avtal* och *god redovisningssed* – inte 45 § KöpL – som utgör relevanta normer för värderingens utförande.<sup>169</sup> Jag kan emellertid inte se att det skulle förändra uppdragets rättskipande karaktär. Att ett uppdrag går ut på att fastställa avtalsinnehåll talar som nämnt för att det inkluderar ställningstaganden till rättsfrågor.

Överhuvudtaget synes det inte sällan vara så att en prövning om existensen av fakta också innefattar rättsliga kvalificeringar. Uppdrag som går ut på att avgöra från rättsfrågor *helt fristående faktiska omständigheter* förekommer dock. Detta är nämligen utgångspunkten för att skiljemän, med båda parter medgivande, kan avgöra förekomsten av en viss fristående omständighet, givet att ett sådant faktum faller under det materiella avtalet.<sup>170</sup> Beträffande besiktning- och värderingsklausuler måste slutsatsen bli att prövningen vanligen med nödvändighet innefattar avgöranden av rättsfrågor och inte bara sakfrågor. Det kan likväl inte uteslutas att uppdragets natur stundom kan vara sådant att experten bara prövar sakfrågor; ett utlåtande om en entreprenads *skick* verkar vara ett möjligt exempel på detta. För fullständighetens skull ska därför i nästkommande avsnitt angripbarhetsfrågan diskuteras både utifrån att prövningen omfattar rättsfrågor och utifrån att den bara berör sakfrågor.

#### **4.2.2 Gränsdragningens relevans – begränsad möjlighet att överpröva sakfrågor**

En talan om att fastställa förekomsten av *rena sakförhållanden* kan inte upptas till prövning av allmän domstol. En fastställsetalan enligt 13 kap. 2 § RB måste avse *ett visst rättsförhållande*, vilket ska uppfattas som ett krav på tillräcklig rättsföljdsanknytning. En talan som avser rena sakförhållanden kan inte tillgodose detta rekvisit.<sup>171</sup> Artikel 6.1 EKMR förutsätter för sin tillämpning att det är fråga om en prövning av *civila rättigheter och skyldigheter*. Bestämmelsen omfattar bara förfaranden som direkt påverkar privata rättigheter.<sup>172</sup> Ett expertavgörande som endast omfattar en prövning av sakfrågor är således i princip ointressant i ett europarättsligt perspektiv. En skiljeklausul kan formuleras på ett sådant sätt att skiljenämnden ges behörighet att pröva rena sakförhållanden.<sup>173</sup> Den enda *direkta* möjligheten till en prövning av ett expertavgörande som bara omfattar sakfrågor är alltså inom ramen för ett skiljeförfarande. Saknas en skiljeklausul lär därför ett expertavgörande av detta slag inte utan vidare bli föremål för prövning; bundenhetsföreskriften ger i sådana fall verkligen starka skäl för sin formulering.<sup>174</sup> Det måste dock noteras att den slutsatsen har bäring på försök att angripa ett sådant expertavgörande *i sig*. Om expertens fastställande av

---

<sup>169</sup> Edlund, a.a., s. 316.

<sup>170</sup> Jfr Heuman (1999b), a.a., s. 190; Prop. 1998/99:35, s. 59-62.

<sup>171</sup> Jfr Fitger m.fl., a.a., Kommentar till 13 kap. 2 § RB; jfr NJA 1964 s. 66.

<sup>172</sup> Danelius, a.a., s. 155.

<sup>173</sup> 1 § första stycket LSF; Prop. 1998/99:35, s. 59; Heuman (1999a), a.a., s. 170-171.

<sup>174</sup> Det är naturligtvis möjligt att ingå ett skiljeavtal avseende en uppkommen tvist (1 § första stycket LSF). Den part som är nöjd med expertavgörandet har ju emellertid inget intresse av att gå med på ett sådant avtal när motparten saknar möjlighet att föra tvisten till något annat forum.

fakta sedermera äger relevans för *bedömningen av ett avtalsvillkor* – och således har betydelse för en rättsfråga – kan expertens bedömning så att säga mer *indirekt* omprövas i domstol inom ramen för en talan som formuleras med utgångspunkt i detta avtalsvillkor.<sup>175</sup> Så torde det ganska ofta kunna förhålla sig, vilket förstås i ett praktiskt perspektiv gör konstaterandet om denna typ av expertbedömnings begränsande omprövningsmöjlighet något mindre intressant.<sup>176</sup> I det följande är utgångspunkten att avtalet är försett med en skiljeklausul som omfattar besiktnings- eller värderingsklausulen.

Eftersom en prövning av endast sakfrågor inte omfattas av artikel 6.1 EKMR behöver inte skiljenämnden tolka det avtalsrättsliga regelverk som avgör expertavgörandets angripbarhet konventionskonformt.<sup>177</sup> Mer diskutabelt torde däremot vara huruvida processrättsliga regler även här kan ha betydelse för hur stark bundenhet som expertavgörandet kan tillerkännas. Låt exempelvis säga att en missnöjd part vill ha ett expertavgörande, i vilket en besiktningsman har fastslagit att *en viss byggnad är i fullgott skick*, omprövat i ett skiljeförfarande. Motparten – som inte önskar sig någon omprövning av expertavgörandet – yrkar då rimligen för egen del att skiljenämnden ska fastställa att byggnaden är i fullgott skick och anför att expertavgörandet är bindande i detta avseende.<sup>178</sup> Som nämnt menar Heuman och Lindskog att bundenhetsformuleringen medför att bevisning som syftar till att angripa värderingar ska *avvisas*.<sup>179</sup> Jag kan inte se några skäl till att det skulle förhålla sig annorlunda med besiktningar. Onekligen synes då skiljedomen komma att resultera i att byggnaden fastställs vara i fullgott skick, givet att inte expertavgörandet kan angripas på andra grunder än att besiktningsmannen gjort en felbedömning. Även en sådan dom rörande en rent faktisk fråga vinner *rättskraft* och får således *prejudiciell betydelse* med avseende på alla tänkbara rättsföljder som senare kan komma att bli föremål för prövning.<sup>180</sup>

---

<sup>175</sup> Låt säga att ett expertavgörande avser en entreprenads ”goda skick”. Som diskuterats under 4.2.1 ovan kan detta vara ett exempel på ett avgörande av en ren sakfråga. Entreprenören väcker sedan fullgörelsetalan och kräver betalning med hänvisning till att entreprenaden är kontraktsevenligt utförd och anför expertavgörandet som ett stöd för detta. Beställaren bestrider betalningsskyldighet och invänder mot expertavgörandets korrekthet. I detta läge kommer naturligtvis domstolen att behöva ta ställning till expertavgörandets betydelse och pröva dess riktighet. Beträffande denna bedömning hänvisas till vad som sägs om domstolsprövning av expertavgöranden under 4.3 nedan.

<sup>176</sup> Teoretiskt sett tycker jag trots detta att det finns ett värde i att uppmärksamma att det i avsaknad av en skiljeklausul inte kan bli fråga om någon omprövning av en experts bedömning av rena sakfrågor med mindre än att en koppling till en rättsfråga kan etableras – t.ex. på nyss beskrivet sätt. Parentetiskt kan dessutom noteras att detta förhållande är av relevans om parterna har tänkt sig ett tvåstegsarrangemang där expertens bedömning av fakta inom viss tid ska kunna prövas av en ”andra instans”. Denna instans kan då nämligen inte vara en domstol, men väl en skiljenämnd.

<sup>177</sup> Därmed inte sagt att expertförfarandets förenlighet med EKMR är helt ointressant ur angripbarhetssynpunkt. En del gånger kan nog den frågan i förlängningen ha viss betydelse, se fotnot 184 nedan.

<sup>178</sup> Ett sådant eget yrkande finns det rimligen inget hinder mot. Se 23 § andra stycket LSF; Heuman (1999a), a.a., s. 428; Madsen, a.a., s. 202-203.

<sup>179</sup> Se 3.2.2 ovan. Liknande ståndpunkt återfinns också hos Ramberg, a.a., s. 118.

<sup>180</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 170-171.

Mot bakgrund av att skiljedomen får sådana avgörande verkningar för parternas fortsatta förhållande kan jag tycka att den indispositiva regeln om parternas rätt att *i all behövlig omfattning utföra sin talan* bör, i likhet med vad som har argumenterats för i avsnitt 3.2.2, medföra att det åtminstone är tillåtet att föra bevisning om besiktningens oriktighet. En annan sak är att den missnöjda parten ändå har en rejäl uppförsbacke eftersom expertavgörandets bevisverkan lär vara mycket stark.<sup>181</sup> Expertavgörandets avtalskaraktär talar vidare för att det inte räcker att påvisa besiktningens oriktighet; den torde behöva vara *väsentligt felaktig*, eller med andra ord framstå som *oskäligen*, för att kunna rubbas på *materiell*<sup>182</sup> grund.<sup>183</sup> Från ett rättssäkerhetsperspektiv torde emellertid inte denna, om än begränsade, möjlighet till omprövning på materiella grunder vara obetydlig.<sup>184</sup> Naturligtvis är det dock bättre för den missnöjde parten om denne kan presentera sådana *formella*<sup>185</sup> grunder – t.ex. uppdragsöverskridande – som klart kan få till följd att expertavgörandet ogiltigförklaras.<sup>186</sup> Överhuvudtaget torde *klanderreglerna* i LSF vara relevanta. En tanke är att dessa regler kan tillämpas analogt vad gäller angripbarheten på formell grund.<sup>187</sup> Ett annat synsätt är att klanderreglerna förvisso inte tillämpas analogt men väl kan fungera som riktlinjer för en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL.<sup>188</sup>

Vad gäller möjligheterna att överpröva rättsfrågor ser det något annorlunda ut. Det är rättsfrågor som ligger till grund för analysen i nästa avsnitt.

---

<sup>181</sup> Jfr Håstad, a.a., s. 599.

<sup>182</sup> Begreppet materiella fel förklaras närmare under 4.3.1 nedan.

<sup>183</sup> Jfr Edlund, a.a., s. 318-319; Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2. Se mer ingående diskussion hos Westberg (2008), a.a., s. 602-604. Frågan diskuteras närmare med avseende på rättsfrågor under 4.3.2 nedan.

<sup>184</sup> Att skiljedomen vinner positiv rättskraft innebär att besiktningen inte kommer att prövas i en senare tvist där den har betydelse för rättsfakta och där *civila rättigheter och skyldigheter* i europarättslig mening sannolikt prövas. Anta att, vilket nog ibland kan vara fallet, expertförfarandet inte uppfyller EKMR:s rättssäkerhetskrav (se 4.3.3 nedan). Skulle skiljenämnden avvisa all bevisning som syftar till att angripa besiktningen i den första processen samtidigt som byggnadens skick blir rättskraftigt avgjort för framtida tvister kan det ifrågasättas om de rättsfrågor – för vilka besiktningen har omedelbar relevans – någonsin blir till fullt rättsäkert prövade. Har t.ex. expertförfarandet haft en summarisk utformning och därför saknat någon egentlig kontradiktion kan det sättas i fråga om inte ett påföljande skiljeförfarande, vari all bevisning rörande de frågor expertavgörandet avser avvisas, resulterar i en klanderbar skiljedom? Möjligen skulle det med framgång då kunna påstås att skiljemännens agerande leder till att parterna aldrig – varken förr eller senare – ens får möjlighet att ordentligt föra talan (eller med europarättsliga termer blivit hörd och fått framföra sin sak) om de aktuella frågorna och att skiljedomen sålunda kan upphävas efter klander, givet att detta fel sannolikt inverkat på utgången av målet (34 § första stycket 6 LSF, jfr Heuman (1999a), a.a., s. 645-651). Vad som nu sagts torde i vart fall kunna tala för att det även i ett skiljeförfarande rörande sakfrågor som varit föremål för expertavgörande bör finnas en säkerhetsventil i form av möjligheten att trots allt föra motbevisning.

<sup>185</sup> Begreppet formella fel förklaras närmare under 4.3.1 nedan.

<sup>186</sup> Jfr t.ex. Heuman (1999a), a.a., s. 51; Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2; Ramberg, a.a., s. 118.

<sup>187</sup> Edlund, a.a., s. 318. Detta lär gälla oavsett om prövningen har avsett sak- eller rättsfrågor. Se vidare 4.3.3 nedan.

<sup>188</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2. Se vidare om denna diskussion under 4.3.3 nedan.

## 4.3 Betydelsen av det påstådda felets karaktär

### 4.3.1 Gränsdragning mellan formella och materiella fel

I detta avsnitt utgår jag alltså från att expertavgörandet – i likhet med vad som lär vara normalfallet – har innefattat en prövning också av rättsfrågor.<sup>189</sup> Här ska undersökas hur angripbarheten ser ut beroende på om det påstådda felet är av *materiell* eller *formell* natur. Med materiella fel avses oriktig *rättstillämpning* eller *bevisvärdering*; det handlar med andra ord om *bedömningsfel*. Inom ramen för detta ryms följdriktigt också felaktig *avtalstolkning*. Formella fel åsyftar istället *handläggningsfel* med avseende på själva förfarandet.<sup>190</sup>

Gränsdragning mellan formella och materiella fel synes ganska klar. I praktiken kan det emellertid stundtals vara svårare att göra denna distinktion. Låt oss exempelvis anta att en värderingsman – utan explicit stöd i avtalet – har utfört en värdering utifrån någon form av *skälighets- och billighetsresonemang* trots att *god redovisningssed* antas vara den givna dispositiva normen att tillämpa.<sup>191</sup> Värderingsmannen skulle kunna påstås ha tillämpat fel normer. Om den relevanta normen – här god redovisningssed – inte har påtalats av parterna och värderingsmannen inte heller uppmärksammat den trots att den är tillämplig föreligger förmodligen ett bedömningsfel.<sup>192</sup> Om normen har angivits i kontraktet och värderingsmannen trots detta inte utför värderingen med ledning av denna är det enligt Lindskog också fråga om ett bedömningsfel. Enligt andra är det emellertid fråga om ett *uppdragsöverskridande* och därmed att betrakta som ett handläggningsfel.<sup>193</sup> Avtalet är värderingsmannens främsta norm.<sup>194</sup> Om avtalet stipulerar att värderingen ska utföras i enlighet med god redovisningssed och värderingsmannen inte tillämpar denna norm så synes det mig *inte* röra sig om en *felaktig tillämpning* av den föreskrivna normen utan om ett *negligerande* av densamma. Jag är därför beredd att instämma med de som förespråkar att det nu beskrivna ägerandet ska betraktas som ett

---

<sup>189</sup> Se 4.2.1 ovan.

<sup>190</sup> Jfr Lindskog, a.a., Kommentar till 34 § LSF, 5.1.2-5.1.3.

<sup>191</sup> Edlund, a.a., s. 316.

<sup>192</sup> Lindskog, a.a., Kommentar till 34 § LSF, 5.1.2. Jfr även Heuman (1999b, a.a., s. 185-188) som pekar på en liknande gränsdragningsproblematik med avseende på skiljemäns behörighet att göra värderingar. Ryms en sådan behörighet inom ramen för vanlig rättstillämpning och avtalstolkning? Eller krävs en sådan särskild kompletteringsbehörighet som skiljenämnden med stöd av 1 § andra stycket LSF kan utrustas med? I det förra fallet är en felaktig värdering ett icke klanderbart materiellt fel, medan i det senare – d.v.s. att skiljenämnden felaktigt trots sig haft en särskild kompletteringsbehörighet – föreligger ett klanderbart formellt fel. Heuman argumenterar för att rena värderingar inte kräver någon särskild behörighet; en felaktig värdering blir därmed ett materiellt fel.

<sup>193</sup> Lindskog, a.a., Kommentar till 34 § LSF, 5.1.2 med där gjorda hänvisningar.

<sup>194</sup> Edlund, a.a., s. 316.

uppdragsöverskrivande och således ett formellt fel. Lindskog menar dock att det rör sig om ett handläggningsfel om fel normer *avsiktligen* tillämpats.<sup>195</sup>

En slutsats som hursomhelst synes motiverad är att det verkar vara mer sannolikt att ett avvikande från god redovisningssed till förmån för skälighetsresonemang är att betrakta som ett formellt fel om det explicit har angivits i avtalet att god redovisningssed ska tillämpas. Så kanske inte alltid sker med tanke på att det mycket väl kan vara så att parterna utgått från att god redovisningssed är den relevanta normen alldeles oavsett och därför inte funnit det nödvändigt att ange det i kontraktet. Som vi ska se i kommande avsnitt är det knappast oväsentligt från angripbarhetssynpunkt om ett fel är att anse som formellt eller materiellt.

### 4.3.2 Angripbarhet på materiella grunder

Vad gäller möjligheten att genom rättegång eller skiljeförfarande angripa ett expertavgörande på materiell grund – d.v.s. fall där en part påstår att värderings- eller besiktningsmannen har *tillämpat gällande rätt felaktigt* eller *brustit vid bevisvärderingen* – så är den rättsliga utgångspunkten att detta avgörs av avtalsrättens regler kring ogiltighet och oskälighet. Detta förhållande förklaras av att expertavgörandet som bekant har karaktären av avtalsutfyllnad.<sup>196</sup> Vid en första anblick synes det således ganska enkelt att avgöra när ett expertavgörande kan åsidosättas på materiella grunder, men i praktiken är det av flera skäl inte okomplicerat att göra en sådan bedömning.

Svårigheten ligger främst i att avgöra vilka materiella fel som medför att ogiltighet eller oskälighet kan anses föreligga. Det avtalsrättsliga regelverket är anpassat med parternas viljeförklaringar som utgångspunkt, men till grund för ett expertavgörande ligger istället parternas positioneringar i förfarandet. För en ogiltighets- eller oskälighetsbedömning är det något främmande att lägga vikt vid en tredje mans, och inte parternas, agerande vilket det här blir fråga om.<sup>197</sup> Det avtalsrättsliga regelverket är dock tillräckligt flexibelt för att täcka också dessa situationer, även om det vållar särskilda svårigheter att fastslå vilka fel som kan konstituera ogiltighet eller oskälighet och vilka som inte gör det.<sup>198</sup>

Rimligen ska inte varje materiell felbedömning medföra ogiltighet eller jämkning; det skulle helt och hållet undergräva grundtanken att expertavgörandet ska vara slutligt och bindande.<sup>199</sup> Ett uppslag är därför att

---

<sup>195</sup> Lindskog, a.a., Kommentar till 34 § LSF, 5.1.2.

<sup>196</sup> Se 3.3 ovan.

<sup>197</sup> Jfr Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2; Westberg (2008), a.a., s. 602.

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> Kendall, Freedman och Farrell (a.a., s. 238-239) menar t.o.m. att omprövning på materiella grunder i princip inte kan komma i fråga. Ett mycket begränsat undantag skulle möjligen föreligga om avgörandet är "*a fundamentally flawed decision*" och experten dessutom är att betrakta som "*agent*" för ena parten. Som vi ska se är dock inställningen i svensk doktrin inte lika restriktiv. Jfr annorlunda Svea Hovrätts dom 2008-11-14 i mål T 4968-07 där domstolen (s. 5) obiter dictum synes vara av uppfattningen att materiell överprövning av ett privatdomaravgörande inte kan komma ifråga.

jämkning, vilket torde vara den följd med störst relevans, bara skulle kunna komma ifråga om felet har orsakat ett *oskäligt resultat*.<sup>200</sup> En sådan bedömning förutsätter emellertid att det går att bedöma om avgörandet innebär en väsentlig avvikelse från ett objektivet riktigt resultat. Många gånger är det förenat med stora svårigheter att fastställa ett sådant resultat – i synnerhet i fråga om utpräglat subjektiva bedömningar såsom bevisvärdering. Liknande svårigheter gör sig gällande beträffande tillämpningen av sådana normer som ofta saknar en entydig innebörd – t.ex. god redovisningssed.<sup>201</sup>

Ett annat uppslag är att *felet i sig* måste vara kvalificerat för att oskälighet ska vara för handen. Lindskog menar att expertavgörandet i materiellt hänseende måste vara klart felaktigt – dock inte uppenbart orimligt – för att jämkas.<sup>202</sup> Westberg pekar i detta sammanhang på en analogi med rekvisitetet för resning i civilprocessen: *uppenbart oriktig rättstillämpning*. Ett så allvarligt fel kan också presumeras ha påverkat utgången på ett sådant sätt att ett oskäligt resultat föreligger. Westberg menar dock att det avtalstolkningsvis finns anledning att fästa vikt vid att parterna inte har valt skiljeförfarande som tvistlösningsform och således lämnat en öppning för att avgörandet ska kunna omprövas. Att felet måste vara såpass allvarligt att en analogi till resning aktualiseras framstår som oförenligt med att parterna velat ha bredare överprövningsmöjligheter än vad skiljeförfarandet erbjuder.<sup>203</sup>

Ytterligare en tanke är att ledning skulle kunna hämtas från de regler som gäller avseende möjligheten att klandra stämmobeslut enligt 7 kap. 50 § ABL. Enligt denna bestämmelse är det långt ifrån alla materiella beslut som kan överprövas; en betydande avgränsning ligger i att endast beslut som strider mot ABL, ÅRL eller bolagsordningen kan klandras. Vad som är av intresse i detta sammanhang skulle möjligen kunna vara att det i denna avgränsning finns en sorts *kvalificering* av materiella fel eftersom beslutet – oavsett vad det berör – kan klandras först om det strider mot vissa grundläggande associationsrättsliga regler. Ett av de allra viktigaste exemplen på en sådan kvalificerande regel är generalklausulen i 7 kap. 47 § ABL, enligt vilken beslut som är ägnade att ge en otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon annan till nackdel för bolaget eller någon annan aktieägare är otillåtna.<sup>204</sup> Det möjliga analogivärdet synes mig eventuellt kunna ligga i att ett expertavgörande i materiellt hänseende skulle kunna anses vara oskäligt först om det gav en *otillbörlig fördel* åt den ena parten till nackdel för den andre.<sup>205</sup>

<sup>200</sup> Jfr Edlund, a.a., s. 317-318; Forssman, a.a., s. 54; Westberg (2008), a.a., s. 603.

<sup>201</sup> Edlund, a.a., s. 317; Westberg (2008), a.a., s. 603.

<sup>202</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2.

<sup>203</sup> Westberg (2008), a.a., s. 601, 603.

<sup>204</sup> Jfr Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, Uppl. 4, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2012, s. 194-195.

<sup>205</sup> I övrigt har jag svårt att se något analogivärde med klanderreglerna. Regelverket förklaras av de speciella svårigheter som är förknippade med beslutsfattandet i just associationsformen aktiebolag. Klanderreglerna är en del av det aktiebolagsrättsliga *minoritetsskyddet*. I linje med detta kan materiella beslut i princip klandras endast under speciella omständigheter som innebär just att ägarna särbehandlas – typiskt sett antingen i strid med *likhetsprincipen* (jfr 4 kap. 1 § ABL) eller med *generalklausulen* (7 kap. 47 § ABL) (jfr Sandström, a.a., s. 192-195, 202-203). Enligt min mening blir analogiuppslagets fruktbarhet begränsad av att klandergrunderna begränsar sig till situationer då den klanderberättigade är så att säga *mer*



Detta underlättar dock inte oskälighetsbedömningen i någon nämnvärd utsträckning. Liksom vad gäller idén att felet måste åstadkomma ett oskäligt resultat torde bedömningen av vad som utgör en otillbörlig fördel förutsätta att en objektivt riktig bedömning går att fastställa. En felbedömning i materiellt avseende kan inte sägas vara otillbörlig med mindre än att det går att bedöma hur pass kraftig avvikelser som föreligger i förhållande till vad som borde ha varit utgången av förfarandet.

Det är svårt att ge några närmare riktlinjer om hur allvarliga materiella felbedömningar måste vara för att ett expertavgörande ska åsidosättas. Det synes mig rimligt att, i likhet med vad flera författare påpekat, ställa upp ett krav på att *själva felet ska vara av viss dignitet*. Vidare anser jag att det ligger i jämkningsbestämmelsens natur att också *resultatet* är av intresse för skälighetsbedömningen. Enligt min mening torde det också vara befogat att utgå från att ett kausalsamband kan *presumeras* mellan verkligt allvarliga fel och ett felaktigt ”domslut”. Det går emellertid inte att komma ifrån att det är förenat med svårigheter att fastställa ett objektivt riktigt resultat som referenspunkt för skälighetsbedömningen. En bedömning enligt 36 § AvtL förutsätter dock, också på dess mer konventionella användningsområde, ofta att en objektiv måttstock på ett liknande sätt kan etableras. För att bedöma om ett avtalsvillkor är oskäligt är nämligen en jämförelse med näraliggande tvingande regler och med dispositiva regler ofta av stor vikt.<sup>206</sup> Jag tror hursomhelst att det går att sluta sig till att det finns ett utrymme för att korrigera *väsentligt felaktig rättstillämpning* med 36 § AvtL. Beträffande *felaktig bevisvärdering* torde det däremot vara ytterst besvärligt, om än inte uteslutet, att åstadkomma någon jämkning eftersom det då är än svårare att hitta objektiva parametrar som en skälighetsbedömning kan relatera till. De nu skisserade riktlinjerna synes mig vara en rimlig avvägning mellan att å ena sidan tillmäta klausulernas bundenhetsformulering stor betydelse och att å andra sidan tillse att expertavgörandet ur angripbarhetssynpunkt är något annat än en skiljedom.

### 4.3.3 Angripbarhet på formella grunder

Beträffande möjligheten att på formella grunder – varmed åsyftas påståenden om *handläggningsfel* med avseende på förfarandet – angripa ett expertavgörande är den i doktrinen framförda uppfattningen att det finns skäl att hämta ledning från LSF:s *klanderregler*.<sup>207</sup> Vad som avses är naturligtvis

---

*direkt* påverkad av ett beslut på grund av dess särbehandlande innebörd. Normalt berörs bara en aktieägares rättsställning *indirekt* av ett stämmobeslut. Denna förklaring bakom den restriktiva utformningen av de materiella klandergrunderna i ABL har ingen relevans för diskussionen om expertavgörandets angripbarhet. Det är därför svårt att se att möjligheterna att angripa ett expertavgörande skulle vara lika snäva. Däremot kan det som sagt finnas skäl att influeras av klanderreglerna såtillvida att en möjlig grund för jämkning kan vara om expertavgörandet otillbörligt gynnar ena parten på den andres bekostnad.

<sup>206</sup> Jfr prop. 1976/76:81, s. 46-52. Se vidare Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt I*, Uppl. 13, Lund: Juristförlaget i Lund, 2011, s. 313.

<sup>207</sup> Edlund, a.a., s. 318; Heuman (1999b), a.a., s. 182; Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2.

själva grunderna för klander; inte sådant som klanderfrister och liknande.<sup>208</sup> Därför är det lätt att hålla med Lindskog om att det strikt sett inte är fråga om en analog tillämpning utan snarare om att nyttja grunderna för klander som en måttstock inom ramen för en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL.<sup>209</sup> Att 34 § tredje stycket LSF:s klanderfrist om 3 månader givetvis inte har någon analog betydelse i detta sammanhang gör förstås distinktionen mellan *ogiltighetsfall* enligt 33 § LSF och *klanderbara fall* enligt 34 § LSF mindre relevant. Utan betydelse är gränsdragningen emellertid inte. Liksom i fråga om avtalsrättens skiljelinje mellan *ogiltighet* och *oskälighet* så är det första fallet en *nullitetssituation* medan det i det senare fallet är något som medför *angriplighet*. Frågan har betydelse för om expertavgörandet ska anses vara verkningslöst från början eller först från tidpunkten då det framgångsrikt har angripits av en part.<sup>210</sup> Det är inte uteslutet att ett förfarande som handlagts grovt felaktigt och som dessutom verkligen äventyrar rättssäkerheten skulle kunna kvalificeras som en ogiltighetsgrund i form av *processuell ordre public*.<sup>211</sup> I en sådan situation synes det mig – med tanke på vad som nyss sagts beträffande skillnader i rättsverkningar – vara riktigare att tillämpa 33 § LSF analogt än att ta hänsyn till regeln inom ramen för en bedömning enligt 36 § AvtL. En annan möjlighet skulle vara att ta hänsyn till ett grovt handläggningsfel vid tillämpningen av en avtalsrättslig regel eller princip vars rättsföljd – till skillnad från 36 § AvtL – är ogiltighet.

I hovrättspraxis finns ett exempel där ett processuellt fel genom tillämpning av *förutsättningsläran* medförde att ett privatdomaravgörande befanns vara *ogiltigt*. En viktig skillnad mot den situationen som åsyftades ovan är dock att avgörandets ogiltighet var en följd av att hela tvistlösningsavtalet ansågs ogiltigt. Skanska och Vägverket hade med anledning av en uppkommen tvist i anslutning till ett vägbyggnadsprojekt träffat en överenskommelse om att hänskjuta tvisten till en nämnd vars beslut skulle vara avtalsrättsligt bindande. Det uppdagades sedermera att nämndens ordförande hade anlåtats för ett antal interna uppdrag hos Vägverket. Hovrätten fann med ledning av LSF:s jävsregler att tvistlösningsavtalet kunde fyllas ut med *typförutsättningen* att nämndens ordförande skulle vara opartisk och att parterna under förfarandet inte fick agera på ett sätt som skulle kunna medföra att denna opartiskhet rubbades. Detta förhållande ansåg hovrätten vara en väsentlig och gemensam förutsättning vars förekomst och väsentlighet var synlig för Vägverket. Vägverkets agerande, att anlita ordföranden för egna uppdrag, motiverade att risken för den brustna förutsättningen lades på Vägverket. Tvistlösningsavtalet – och därmed nämndens beslut – var till följd av detta ogiltigt i avtalsrättslig mening.<sup>212</sup> Målet ger enligt min mening stöd för att formella fel kan beaktas inom ramen för det avtalsrättsliga regelverket på ett sådant sätt att ett expertavgörande kan förklaras ogiltigt. Jag menar att

---

<sup>208</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2. Edlund (a.a., s. 318) utesluter däremot inte att preklusionsregeln i andra stycket kan tillämpas eftersom den motsvarar avtalsrättsliga passivitetsprinciper.

<sup>209</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.2.2.

<sup>210</sup> Lindskog, a.a., Kommentar till 33 § LSF, 3.1.

<sup>211</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 602-603; Lindskog, a.a., Kommentar till 33 § LSF, 4.2.3.

<sup>212</sup> Svea Hovrätts dom 2008-11-14 i mål T 4968-07.

utgången borde ha blivit densamma om Skanskas talan hade gått ut på att själva beslutet – och inte tvistlösningsavtalet – skulle förklaras ogiltigt. Beslutet har som bekant också avtalskaraktär.

Vad gäller klanderreglerna – vilka alltså bör kunna ligga till grund för ett en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL – torde tänkbara grunder för att jämka ett expertavgörande vara exempelvis *uppdragsöverskridande*<sup>213</sup> eller *jäv*<sup>214</sup>. Vid sidan av dessa grunder lär 34 § första stycket 6 LSF ha störst betydelse; bestämmelsen fångar upp handläggningsfel vilka uppkommit utan parts vållande och som dessutom *sannolikt inverkat på utgången*.<sup>215</sup> Med tanke på att besiktnings- och värderingsklausuler ofta inte innehåller några omfattande skrivningar rörande handläggningen kan det vara svårt att säga vad experten har att förhålla sig till i avsaknad av partsföreskrifter.<sup>216</sup> Kendall m.fl. hävdar att det är ostridigt att "*the experts' procedures should be fair*", men att omfattningen och den närmare innebörden av detta är mycket oklar.<sup>217</sup> Som framkommit av det nyss refererade hovrättsfallet ligger det nära till hands att hämta ledning från de regler som gäller för skiljeförfarandet.<sup>218</sup> Även t.ex. RB, institutionella skiljemannareglementen och modellagar kan fungera som lämpliga analogier.<sup>219</sup> Det kan dock, oavsett varifrån inspiration hämtas, antas vara mindre sannolikt att förfarandet fylls ut med principer som inte har en entydig och självklar rättskälleförankring.<sup>220</sup> Vidare har jag argumenterat för att artikel 6.1 EKMR inte bara skulle kunna tjäna som vägledning utan faktiskt närmast ha en sorts indirekt tillämplighet i expertförfarandet.<sup>221</sup>

Naturligtvis föreligger inte oskälighet så snart handläggningen avviker från LSF:s mönster. I kravet på att felet sannolikt ska ha inverkat på utgången följer indirekt att felet måste ha betydelse ur rättssäkerhetssynpunkt.<sup>222</sup> Det ska vara fråga om ett *kvalificerat fel*.<sup>223</sup> Finns en sådan begränsning med avseende på att klandra en skiljedom så bör det rimligen krävas att felet är lika allvarligt, eller snarare allvarligare, vad gäller ett expertavgörandes

---

<sup>213</sup> 34 § första stycket 2 LSF. Edlund (a.a., s. 318) ger exemplet att en värderingsman utan avtalsstöd prövar delar av tillträdesbokslutet som inte är tvistiga. Se även Ramberg, a.a., s. 118. Jfr delvis annorlunda Kendall, Freedman och Farrell (a.a., s. 36-37) som synes förespråka ett väsentlighetskrav för att åsidosätta ett expertavgörande där experten avviker från instruktionerna för uppdraget.

<sup>214</sup> 34 § första stycket 5 LSF.

<sup>215</sup> Jämförelsevis kan nämnas att ett liknande kausalitetskrav uppställs för att formella brister avseende bolagsstämmobeslut ska vinna framgång som grund för en klandertalan enligt 7 kap. 50 § ABL (Sandström, a.a., s. 194).

<sup>216</sup> Se 2.1-2.2 ovan.

<sup>217</sup> Kendall, Freedman och Farrell, a.a., s. 235.

<sup>218</sup> Jfr Lindskog, a.a., kommentar till 34 § LSF, 5.1.3.

<sup>219</sup> Westberg, a.a., s. 605.

<sup>220</sup> Jfr NJA 2000 s. 538 där HD inte var beredda att fylla ut ett skiljeavtal med tystnadsplikt för parterna trots att skiljeförfarandet allmänt väljs som tvistlösningsform med anledning av bland annat dess privata karaktär och sekretess. Det fanns dock ingen entydig och välgrundad uppfattning i doktrin och förarbeten om att detta också skulle innebära att parterna hade tystnadsplikt.

<sup>221</sup> Se 3.4.2-3.5 ovan. Se vidare strax nedan.

<sup>222</sup> Jfr Lindskog, a.a., kommentar till 34 § LSF, 5.1.4.

<sup>223</sup> Prop. 1998/99:35, s. 148; jfr NJA 2009 s. 128.

angripbarhet eftersom ett sådant avgörande – till skillnad från skiljedomen – inte vinner rättskraft. Samtidigt kan nog orsakssambandet mellan felet och utgången av avgörandet *presumeras vid allvarliga fel*.<sup>224</sup> Det ska tilläggas att också ett mindre handläggningsfel kan vara tillräckligt om det står klart att felet på ett påtagligt sätt har påverkat utgången.<sup>225</sup> Sammantaget bör utrymmet att jämka ett expertavgörande med ledning av 34 § första stycket 6 LSF vara relativt litet. Bestämmelsen är tänkt att tillämpas restriktivt.<sup>226</sup> Ska regeln ha en praktisk betydelse så behöver det dock knappast vara fråga om såpass allvarliga fel att det tangerar vad som utgör processuell ordre public enligt 33 § LSF.<sup>227</sup> Tänkbara fel som ryms inom klanderregeln är exempelvis ett åsidosättande av kontradiktions- eller kommunikationsprincipen, att parterna inte bereds tillfälle att i all behövlig omfattning utföra sin talan eller att en processrättshandling – t.ex. ett yrkande, en åberopad omständighet eller ett åberopat bevismedel – lämnas obeaktad.<sup>228</sup> Syftet med ett expertförfarande kan många gånger vara att snabbt få en viss fråga avgjord.<sup>229</sup> Förfarandet kan därför ibland kännetecknas av en begränsad kommunikation.<sup>230</sup> Därför är det naturligtvis tänkbart att ett expertförfarande inte sällan är bristfälligt i processuellt hänseende. Samtidigt ankommer det på experten att följa grundläggande rättssäkerhetskrav.<sup>231</sup> För att ett formellt fel ska föranleda jämkning av ett expertavgörande krävs dock som sagt att det är fråga om ett kvalificerat fel i meningen att det sannolikt inverkat på utgången. Det är därför knappast särskilt problematiskt sett ur perspektivet att expertavgörandet ska ha bindande verkan att förfarandet måhända inte alltid i alla delar är processuellt tillfredställande; det krävs i regel att det är fråga om mer djupgående brister för att en jämkning ska komma ifråga.

Vidare är som framgått EKMR:s rättssäkerhetskrav, med undantag för de rättigheter som är förhandsdispositiva, något som experten bör iaktta. En konventionskonform tolkning av 36 § AvtL ger utrymme för att jämka ett expertavgörande som är behäftat med ett formellt fel i form av bristande uppfyllelse av EKMR. Ett konventionsbrott uppkommer om ett europarättsligt sett bristfälligt expertavgörande, trots parts invändning, läggs till omedelbar grund för en dom eller en skiljedom som sedermera verkställs. Om så sker kommer någon – i europarättslig mening – rättssäker prövning av saken aldrig att ske.<sup>232</sup> Många gånger kan nog artikel 6.1 EKMR:s krav – t.ex. *rätten att bli hörd och att få framföra sin sak*, principen om *parternas likställighet* och kravet på ett *kontradiktoriskt förfarande* – antas sammanfalla med sådant som experten har att hålla sig till för att avgörandet inte ska kunna jämkas med ledning av LSF:s klanderregler. Lindskog anser exempelvis att det är självklart att de garantier för en *”fair trial”* som EKMR stadgar också

<sup>224</sup> Jfr Heuman (1999a), a.a., s. 637; NJA 2009 s. 128.

<sup>225</sup> Lindskog, a.a., kommentar till 34 § LSF, 5.1.9.

<sup>226</sup> Prop. 1998/99:35, s. 148.

<sup>227</sup> Jfr Heuman (1999a), a.a., s. 602-603.

<sup>228</sup> Ibid; Lindskog, a.a., kommentar till 34 § LSF, 5.1.9-5.2.2. Jfr även avseende kommunikation Kendall, Freedman och Farrell, a.a., s. 236-237.

<sup>229</sup> Edlund, a.a., s. 314; Westberg (2008), a.a., s. 604.

<sup>230</sup> Edlund, a.a., s. 316.

<sup>231</sup> Ibid, s. 315; jfr Westberg (2008), a.a., s. 605.

<sup>232</sup> Se 3.4.2-3.5 ovan.

gäller för skiljeförfarandet.<sup>233</sup> Angripbarhetsgrunderna som tar sin utgångspunkt i 33-34 §§ LSF respektive artikel 6.1 EKMR är således till stor del överlappande. En konventions- och en LSF-konform tolkning av det avtalsrättsliga regelverket skiljer sig då med andra ord inte åt i praktiken, men detta förhållande talar förstas än starkare för att det i sådana fall finns skäl att åsidosätta expertavgörandet. I likhet med LSF:s regler lär det vidare inte heller vara varje bristande uppfyllelse av EKMR som ska leda till att ett expertavgörande lämnas utan avseende; också i fråga om konventionen torde ett krav på viss allvarlighet kunna uppställas.<sup>234</sup>

På en punkt finns enligt min mening en avgörande skillnad mellan expert- och skiljeförfarandet. Rätten till en rättvis rättegång innefattar ett *krav på en processordning*; det måste finnas mer eller mindre strikta procedurregler som parterna är medvetna om. Denna rättighet är sannolikt förhandstvingande.<sup>235</sup> Processreglerna måste vara sådana att parterna vet vilka frågor som prövas och har möjlighet att bidra med synpunkter och bevisning; domen får inte komma som en överraskning för parterna. Det sista innebär att det finns ett släktskap mellan kravet på en processordning och kravet på ett kontradiktoriskt förfarande.<sup>236</sup> Det kan diskuteras om en *avtalsbaserad* tvistlösningsform som expertförfarandet ens kan uppfylla kravet på en processordning. Till skillnad från skiljeförfarandet så saknas *lagstadgade* procedurregler; det är en annan sak att de regler som gäller för skiljeförfarandet till betydande del är dispositiva. ED har uttalat sig i termer av att "*a tribunal*" i artikel 6.1 EKMR:s mening karaktäriseras av att den avgör mål "[...] on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner".<sup>237</sup> ED har dock behandlat kravet i en straffprocessrättslig kontext, men kravet på en processordning lär gälla också vid prövning av civilrättsliga frågor.<sup>238</sup> Däremot behöver inte kravet på att

---

<sup>233</sup> Kravet är "*universellt och supertvingade*" och gäller enligt Lindskog alldeles oavsett författningsförankring (Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 4.1.2). Härav bör följa att bristande uppfyllelse av "*fair trial*" åtminstone utgör grund för klander.

<sup>234</sup> Eftersom Lindskog (Ibid) anser att överlappningen mellan rättssäkerhetskraven i EKMR och vad som ändå gäller alldeles oavsett gör frågan om EKMR:s tillämplighet i skiljeförfaranden ointressant kan det antas att han anser att LSF:s regler, som ju stundom uppställer ett väsentlighetskrav för att upphäva en skiljedom på formell grund, är tillräckligt generösa för att täcka de situationer då en konflikt med EKMR skulle kunna vara för handen. Lindell (2006, a.a., s. 213) talar – med avseende på rättsmedling – om att det är "*vissa grundläggande minimigarantier*" i artikel 6.1 EKMR som måste följas för att staten sedermera ska kunna verkställa en eventuell medlingsöverenskommelse. I detta ligger naturligtvis ett implicit, men långtgående, väsentlighetskrav. I sammanhanget ska också uppmärksammas doktrinen om "*margin of appreciation*". Den synes knappast vara av någon direkt betydelse och är ofta mer framträdande i andra sammanhang. Emellertid är dess kärna just att konventionsstaterna har en viss *felmarginal* vid sin tillämpning av konventionen (se om doktrinen, Danelius, a.a., s. 51-53). Även detta förhållande skulle kunna tala för att en viss grad av väsentlighet krävs för att ett formellt fel ska föranleda ett åsidosättande av ett expertavgörande. Det skulle så att säga ligga inom felmarginalen att lägga ett förvisso formellt bristfälligt expertavgörande till omedelbar grund för dom om felet är tämligen obetydligt.

<sup>235</sup> Se 3.4.3 ovan.

<sup>236</sup> Danelius, a.a., s. 248.

<sup>237</sup> *Coeme m.fl. mot Belgien*, ED:s dom av den 22 juni 2000, p. 99 med där gjord hänvisning.

<sup>238</sup> Jfr Danelius, a.a., s. 248.

processordningen ska vara föreskriven specifikt i *lag* – vilket är fallet för straffprocessens vidkommande – äga giltighet för civilrättsliga mål. Att det finns ett krav på att processordningen ska vara förankrad i lag vad gäller brottmål hänger nämligen samman med att den materiella straffrätten likaledes måste vara föreskriven i lag.<sup>239</sup> Motsatsvis skulle det kunna antas att processordningen inte behöver vara uttryckt just i lag när ett sådant krav inte gäller för de materiella frågor som kan komma att bli föremål för tvist. Det synes inte mig finnas något hinder mot att processordningen föreskrivs i ett *avtal* i dessa fall; det förutsägbarhetsintresse som processordningskravet ger uttryckt för torde kunna tillfredsställas också avtalsvis.

Det kanske framstår som självklart men vad jag nu har talat om är alltså att *förekomsten av processregler i sig* är en förutsättning för att ett förfarande ska anses förenligt med artikel 6.1 EKMR. Naturligtvis ska också dessa regler sedan utformas på ett sätt som står i överensstämmelse med artikeln i övrigt. Detta har antagits vara uppfyllt redan av att förfarandet ska ges en utformning som svarar mot de krav som gäller för att inte oskälighet, vid en bedömning med ledning av LSF:s klanderregler, ska anses föreligga. Från angripbarhetssynpunkt är det dock som nu framgått inte oväsentligt huruvida besiktnings- eller värderingsklausulen anger en processordning för expertförfarandet eller inte. En total avsaknad av processföreskrifter skulle i alla fall kunna tänkas utgöra ett sådant kvalificerat formellt fel som konstituerar oskälighet enligt 36 § AvtL vid en konventionskonform tolkning. En god idé är därför att alltid förse klausulen med åtminstone en grundläggande uppsättning procedurregler eller en hänvisning till befintliga näraliggande regelverk – t.ex. LSF.

Föreligger ett sådant kvalificerat handläggningsfel som medför att expertavgörandet är att anse som ogiltigt eller oskäligt blir nästa fråga vad följderna av detta blir. Den avtalsutfyllnad som expertavgörandet utgör ogiltigförklaras eller jämkas – helt eller delvis – bort, men ska domstolen respektive skiljenämnden lämna det så? Eller ska en ny materiell bedömning göras? Dessa frågor ska diskuteras i nästa avsnitt.

#### 4.3.4 Omprövning eller kassation?

Edlund har adresserat frågan huruvida den instans som överprövar ett expertavgörande med förankring i en värderingsklausul ska företa en ny värdering eller nöja sig med att upphäva värderingsmannens avgörande. Sker överprövningen på *materiella* grunder ligger det i sakens natur att en i varje fall begränsad omprövning kommer till stånd. Åtminstone en jämkning lämnar utrymme för att *andra* värderingen och därmed avtalsprestationen – såväl i positiv som negativ riktning. Mer tveksamt är det enligt Edlund vad som ska ske om värderingen med framgång angrips på *formella* grunder. Praktiska skäl skulle tala för att den överprövande instansen ska kunna göra en ny bedömning i materiellt hänseende även i dessa fall. Edlund pekar dock på att detta vore att frångå den genom värderingsklausulen avtalade

---

<sup>239</sup> *Coeme m.fl. mot Belgien*, p. 102.

ordningen för hur värderingsfrågan ska hanteras. Med en processrättslig parallell menar Edlund att det vore ett *brott mot instansordningens princip*.<sup>240</sup> Westberg skriver att en domstol kommer att pröva saken från början – och alltså göra en ny egen bedömning – om den klagande parten väl lyckas övertyga domstolen om att expertavgörandet är ogiltigt eller oskäligt i avtalsrättslig mening. Det framgår inte om Westberg här åsyftar ogiltighet eller oskälighet som föranleds av både materiella och formella fel. Möjligen kan kontexten tyda på att det är främst materiella fel som Westberg har i åtanke.<sup>241</sup>

Min uppfattning är att oavsett om det rör sig om en överprövning av ett materiellt eller formellt fel så torde frågan om saken ska omprövas eller expertavgörandet bara kasseras vara beroende av *hur parterna har utformat sin respektive talan*. Låt säga att en part som är missnöjd med ett expertavgörande, enligt vilken en entreprenad är kontraktsevenligt utförd, väcker *negativ fastställsetalan* vid domstol innebärande att denne yrkar att domstolen ska förklara att det tillförda avtalsvillkoret (expertavgörandet) inte gäller mellan parterna.<sup>242</sup> Grunden för käromålet kan som exempel sägas vara att experten har varit jävig. I detta läge kan domstolen inte göra annat än att antingen *ogilla* käromålet, med följd av att expertavgörandet kvarstår, eller *bifalla* käromålet och därmed kassera expertavgörandet. Det finns ingen möjlighet att göra en egen bedömning i sak och utfärda en dom där entreprenadens kontraktsevenlighet förklaras vara på det ena eller andra sättet.<sup>243</sup> Låt oss nu istället utgå från att den missnöjde parten väcker en *fullgörelsetalan* om att motparten ska utge ett visst belopp, och att grunden härför är att skadeståndsskyldighet föreligger därför att entreprenaden inte har utförts på ett kontraktsevenligt sätt.<sup>244</sup> Det påstås också nu att experten var jävig. Det finns inga skäl att avvisa ett sådant yrkande; att entreprenadens kontraktsevenlighet har varit föremål för ett expertavgörande utgör som tidigare understrukits inget hinder. Motparten kan naturligtvis åberopa expertavgörandet som grund för sitt bestridande och hävda att frågan redan är på ett avtalsrättsligt bindande sätt avgjord. Men finner domstolen att experten var jävig och därför ogiltigförklarar, eller jämkar bort, expertavgörandet *måste* domstolen göra en *ny prövning i sak*. Domstolen kan inte stanna vid en kassation när yrkandet går ut på att motparten ska utge en viss summa pengar. För att bifalla eller ogilla det yrkandet krävs naturligtvis att domstolen företar en ny prövning av entreprenadens kontraktsevenlighet i syfte att bestämma om skadeståndsskyldighet föreligger eller inte.<sup>245</sup>

Ett annat scenario som kan tjäna som illustration för mitt resonemang är följande: en part som vill utverka en dom som *bekräftar ett expertavgörande*,

---

<sup>240</sup> Edlund, a.a., s. 318.

<sup>241</sup> Westberg (2013), a.a., s. 488-489.

<sup>242</sup> Se 13 kap. 2 § RB; Fitger m.fl., a.a., kommentar till 13 kap. 2 § RB.

<sup>243</sup> En sådan dom skulle avse något annat än vad som har yrkats, vilket inte är tillåtet. Se 17 kap. 3 § RB.

<sup>244</sup> Se 13 kap. 1 § RB; Fitger m.fl., a.a., kommentar till 13 kap. 1 § RB.

<sup>245</sup> Det finns knappast några förutsättningar för att undlåta att pröva yrkandet. Se jämförelsevis om avvisningsmöjligheter t.ex. Fitger m.fl., a.a., kommentar till 34 kap. RB, Inledning.

enligt vilket ett företag har värderats till exempelvis 40 Mkr, genom att väcka *fullgörelsetalan* med yrkande att motparten ska utge 40 Mkr till denne. Expertavgörandet (avtalsvillkoret) åberopas som grund för yrkandet. Motparten väcker *genkärsmål* med ett *negativt fastställelseyrkande* om att expertavgörandet (avtalsvillkoret) ska förklaras vara icke gällande mellan parterna. Grunden kan återigen som exempel sägas vara jäv. Huvudkäranden motsätter sig givetvis yrkandet men säkrar också upp sitt eget yrkande med en andra grund – utifall genkärsmålet vinner framgång – där samma omständigheter som låg till grund för expertens bedömning åberopas till stöd för yrkandet.<sup>246</sup> Förutsättningarna för *kumulation* enligt 14 kap. 3 § RB måste anses uppfyllda.<sup>247</sup> Domstolen kanske bifaller genkärsmålet, men måste alldeles oavsett detta också pröva huvudkärsmålet. Därvid kan det visa sig att domstolen delar expertens bedömning i sak och såldes finner att huvudkärandens andrahandsgrund har fog för sig, varför också huvudkärsmålet vinner bifall. Naturligtvis kan bedömningen också resultera i att huvudkärsmålet delvis vinner framgång och motparten exempelvis förpliktigas att utge 30 Mkr.<sup>248</sup>

Sammantaget menar jag alltså att det är upplägget av parternas respektive talan som styr huruvida den överprövande instansen företar en egen bedömning i sak eller om den bara kasserar expertavgörandet. Samma sak bör gälla om den överprövande instansen är en skiljenämnd. Talereglerna är minst lika generösa och skiljemännen är precis som en domstol bundna av parternas dispositioner med avseende på yrkanden och åberopanden.<sup>249</sup>

## 4.4 Sammanfattande slutsatser

Ett expertavgörandes angripbarhet beror dels på *vilken typ av fråga* som varit föremål för bedömning, dels *vilken typ av fel* som avgörandet påstås vara behäftat med. Om expertavgörandet avser *rena sakfrågor* finns ingen rätt till överprövning av avgörandet *i sig* med mindre än att besiktnings- eller värderingsklausulen omfattats av en skiljeklausul. Det ska dock uppmärksammas att en mer *indirekt* prövning av avgörandet kan komma till stånd om expertens bedömning är av betydelse för ett avtalsvillkor, vilket däremot kan bli föremål för domstolsprövning.

Eftersom också en skiljedom avseende sakfrågor vinner rättskraft har jag argumenterat för att det är rimligt att parterna i varje fall har möjlighet att föra motbevisning mot expertavgörandet i ett sådant förfarande. Emellertid har

---

<sup>246</sup> Att åberopa nya omständigheter till stöd för samma sak är tillåtet under förberedelsen givet att inte rätten beslutat om preklusion. Se 13 kap. 3 § tredje stycket RB jämförd med 42 kap. 15-15a §§ RB; Westberg (2013), a.a., s. 318-319.

<sup>247</sup> Genkärsmålet avser en sak som har gemenskap med huvudkärsmålet. Genkärsmålet avser nämligen en fråga som är prejudiciell i förhållande till huvudkärsmålet. Genkärsmålet skulle också kunna ha framförts invändningsvis, men det kan ur rättskraftssynpunkt finnas vissa fördelar med att väcka ett eget kärsmål. Se härom Fitger m.fl., a.a., kommentar till 14 kap. 3 § RB.

<sup>248</sup> Se 17 kap. 3 § RB.

<sup>249</sup> Jfr Heuman (1999a), a.a., s. 334-339; Lindskog, a.a., Avsnittsindelning till 27-32 §§, 3.2.1.



expertavgörandet stark *bevisverkan* och dess avtalskaraktär motiverar vidare att ett *oskälighetskrav* uppställs vad gäller att åsidosätta avgörandet på materiella grunder. I praktiken torde därför utsikterna att få till stånd ett sådant åsidosättande vara små. Större möjligheter att få expertavgörandet omprövat lär den part ha som kan presentera formella grunder som med ledning av LSF:s *klanderregler* bör leda till att avgörandet upphävs.

Om expertavgörandet också avser *rättsfrågor* – vilket vanligtvis nog är fallet – är möjligheten till omprövning vidare dels därför att en sådan talan normalt kan tas upp i domstol enligt RB:s regler, dels därför att en rätt till domstolsprövning följer av EKMR när fråga är om civila rättigheter och skyldigheter. I likhet med vad som nyss framkommit beträffande sakfrågor är det av avgörande betydelse för angripbarheten om det påstådda felet är av *materiell* eller *formell* karaktär. Beträffande materiella fel – d.v.s. brister i rättstillämpningen eller bevisvärderingen – medför expertavgörandets avtalskaraktär att utgångspunkten för angripbarheten är avtalsrättens regler om *ogiltighet* och *oskälighet*. Dessa regler är inte anpassade för att bedöma avtalsutfyllnad som är ett resultat av en tredje mans agerande å parternas vägnar. Det låter sig inte utan vidare sägas vilka materiella fel som medför ogiltighet eller oskälighet eftersom en sådan bedömning förutsätter en jämförelse med ett objektivt riktigt resultat. Detta förhållande medför att utsikterna att angripa ett expertavgörande för att *bevisvärderingen* – vilken är en utpräglat subjektiv operation – är felaktig torde vara små. Fullt så begränsade är inte möjligheterna att framgångsrikt angripa expertavgörandet med anledning av att *rättstillämpningen* är felaktig. En sammantagen bedömning talar likväl enligt min mening för att det vid en oskälighetsbedömning krävs dels att själva felet är av visst allvar, dels att felet haft betydelse för resultatet av prövningen.

Vad gäller formella grunder – d.v.s. *handläggningsfel* – är det inte helt enkelt att säga vad experten har att hålla sig till i avsaknad av partsföreskrifter. Det finns härvidlag anledning att främst hämta ledning från LSF, men också andra regelverk kan vara av betydelse. Expertförfarandet bör också hålla sig inom de ramar som följer av EKMR:s krav på en rättssäker prövning. Beträffande angripbarheten är utgångspunkten enligt mitt synsätt att oskälighet i 36 § AvtL:s mening föreligger om expertförfarandet är bristfälligt på ett sätt som i ett skiljeförfarande hade utgjort skäl för klander. Vid riktigt allvarliga fel kan det dock vara mer adekvat att tillämpa LSF:s ogiltighetsregel analogt. Fel som bör medföra oskälighet är exempelvis *jäv* eller *uppdragsöverskridande*. I andra fall lär många gånger krävas att handläggningsfelet är kvalificerat på så sätt att det *sannolikt ska ha inverkat på utgången* av prövningen. Det är således långt ifrån varje formellt fel som bör leda till att expertavgörandet åsidosätts.

Också bristande uppfyllelse av artikel 6.1 EKMR bör genom en konventionskonform tolkning av 36 § AvtL kunna utgöra formella fel som motiverar en jämkning av expertavgörandet (avtalsvillkoret). Även i ett verkställighetsperspektiv kan det vara av intresse att expertavgörandet inte är konventionsrättsligt bristfälligt. Emellertid förefaller de krav som EKMR

stadgar i stort sätt överlappa de grunder som ändå utgör skäl för klander enligt LSF. Det synes dock inte gälla EKMR:s *krav på en processordning*; därför är det ur angripbarhetssynpunkt av relevans huruvida parterna anvisat experten några handläggningsregler eller inte.

Om väl skäl för att ogiltigförklara eller jämka expertavgörandet föreligger borde enligt min mening frågan huruvida den överprövande instansen ska göra en ny egen bedömning eller inte vara beroende av på vilket sätt parterna har utformat sin talan. Så borde vara fallet oavsett om felet som föranleder att expertavgörandet åsidosätts är av materiell eller formell karaktär.

# 5 Kan expertavgörandets bundenhet stärkas?

## 5.1 Inledning

Av det föregående har framgått att besiktnings- och värderingsklausulens föreskrift om expertavgörandets slutliga bundenhet enligt gällande rätt inte kan få genomslag fullt ut. Omprövningsmöjligheterna är sannolikt inte särskilt omfattande, men inte heller oväsentliga. Därför är det relevant att fråga sig om parterna avtalsvis kan förstärka den bundenhet som de åtminstone initialt delar en ambition om att åstadkomma om man ska fästa vikt vid hur de faktiskt valt att formulera klausulen. Samtidigt skulle det kunna invändas att parterna kanske faktiskt inte vill ha en fullt så stark bindande verkan som klausulen ger uttryck för; om parterna hade velat stänga dörren för omprövning helt hade det logiska valet förstås varit att formulera en skiljeklausul istället.<sup>250</sup> Det kan dock förhålla sig så att parterna valt bort skiljeförfarande av helt andra skäl än att de inte velat ha någon möjlighet till materiell överprövning.<sup>251</sup> Om så är fallet, är det naturligtvis intressant att diskutera hur bundenheten avtalsvis kan förstärkas.

## 5.2 Bevisavtal

Ett sätt att förstärka expertavgörandets bundenhet är att nyttja de möjligheter som finns beträffande att avtala om bevisfrågor. Vad gäller civilprocessen i domstol är dock dispositionsfriheten i bevisfrågor ytterst begränsad. Detta hänger samman med den helt grundläggande principen om *fri bevisprövning*, vilken har sin förankring i 35 kap. 1 § RB. Principen innebär att det i rättegången dels råder *fri bevisföring*, dels gäller en *fri bevisvärdering* med avseende på domarens bedömning av bevisningens styrka. Det förstnämnda är inte en undantagslös princip; 35 kap. 7 § RB anger vissa omständigheter under vilka bevisning får avvisas.<sup>252</sup> Vid sidan av denna regel finns inga inskränkningar av den fria bevisprövningen som är av relevans för denna diskussion.<sup>253</sup> I linje med den tidigare berörda principen om att processuella avtal är ogiltiga i avsaknad av lagstöd kan således den fria bevisprövningen i princip sägas vara tvingade.

Ett expertavgörande har som nämnts förmodligen ett *mycket betydande bevisvärde*. Skulle detta förhållande kunna medföra att bevisning som syftar till att motsäga expertavgörandet har ett så försumbart bevisvärde att den skulle kunna *avvisas* såsom uppenbart verkningslös i enlighet med 35 kap. 7 §

---

<sup>250</sup> Jfr Westberg (2008), a.a., s. 596, 600-601.

<sup>251</sup> Parterna kanske exempelvis har valt bort skiljeförfarandet därför att de önskar sig ett snabbare, billigare eller mer flexibelt förfarande än vad skiljeförfarandet erbjuder. Jfr Westberg (2008), a.a., s. 576.

<sup>252</sup> Fitger m.fl., a.a., kommentar till 35 kap. RB, Inledning och kommentar till 35 kap. 1 § RB.

<sup>253</sup> Jfr Fitger m.fl. (a.a., kommentar till 35 kap. RB) för exempel på sådana inskränkningar.

2-3 RB? Nej, det måste antas vara ytterst osannolikt att en domstol skulle fatta ett sådant avvisningsbeslut. Helt grundläggande är att domstolen *inte* ska inta någon ståndpunkt i sakfrågan förrän hela materialet presenterats i målet och ställningstagandet sker då genom ett slutligt avgörande i saken.<sup>254</sup> De nämnda punkterna i avvisningsregeln utgör undantag från detta; att avgöra om ett bevis exempelvis skulle bli *uppenbart utan verkan* (p. 3) kräver ett ställningstagande till om det uppenbart förhåller sig så att beviset inte kan förändra det totala bevisvärdet rörande ett visst bevistema så att tillräcklig bevisning uppnås alternativt inte längre föreligger. Det är mycket svårt att på förhand uttala sig om detta, vilket i praktiken borde få till följd att avvisning bara kan ske om beviset helt kan fränkännas värde. En prövning ska inte vara mer långtgående än att bedöma om anförd bevisning framstår som *omedelbart irrelevant*.<sup>255</sup>

Vad som däremot ligger inom parternas dispositionsfrihet i rättegången är att avtala om *bevisbördans placering*, givet att bevisbördan ansluter till en dispositiv rättsregel. Detta förhållande förklaras av att det har skett en förskjutning där bevisbördereglerna kommit att uppfattas som civilrättsliga snarare än processrättsliga.<sup>256</sup> Ett avtal om att bevisbördan ligger på den part som hävdar att expertavgörandet är ogiltigt eller oskäligt skulle kunna ha praktisk betydelse. Många gånger, dock inte alltid, torde nämligen bevisbördan åvila den part som påstår att det har träffats ett giltigt avtal (här: expertavgörandet).<sup>257</sup>

Enligt Lindskog gäller avtalsfrihet med avseende också på *ett visst bevismedels bevisvärde*.<sup>258</sup> Heuman intar en liknande ståndpunkt genom att uttrycka att parterna kan träffa avtal om *vilket beviskrav* som ska riktas mot en part.<sup>259</sup> Det skulle kunna tyckas vara svårt att se några bärande skäl mot att inte tillåta bevisavtal om bevisvärde när det klart är tillåtet beträffande bevisbörda. Samtidigt kan inte den fria bevisföringen inskränkas.<sup>260</sup> Det vore onekligen att underminera den principen om det skulle vara fritt fram att oinskränkt avtala om bevisvärde. Det skulle vara en klen tröst för den part som vill föra motbevisning mot ett expertavgörande att detta förvisso är tillåtet samtidigt som expertavgörandets bevisvärde avtalsvis satts på en sådan hög nivå att den anförda motbevisningen blir meningslös per se. Dispositionsfrihet beträffande ett bevismedels bevisvärde är vidare svårförenlig med den ovanberörda principen om fri bevisvärdering. Ett expertavgörande har ett betydande bevisvärde. Om det ens är möjligt att avtala om avgörandets bevisvärde synes det mig svårt att förstärka detta i någon större utsträckning utan att det skulle kunna ifrågasättas om bevisavtalet är förenligt inte bara med principen om fri bevisvärdering utan också med den fria bevisföringen.

---

<sup>254</sup> NJA 1982 s. 175 (I).

<sup>255</sup> Fitger m.fl., a.a., kommentar till 35 kap. 7 § RB, med där gjorda hänvisningar.

<sup>256</sup> Fitger m.fl., a.a., kommentar till 35 kap. 1 § RB; Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.3.4; Heuman (2006/07), a.a., s. 60; Westberg (2005), a.a., s. 354.

<sup>257</sup> Se härom Fitger m.fl., a.a., kommentar till 35 kap. 1 § RB.

<sup>258</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.3.4.

<sup>259</sup> Heuman (2006/07), a.a., s. 60.

<sup>260</sup> Jfr Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.3.4.

Inom skiljeförfarandet är föga förvånande avtalsfriheten avseende bevisningen mer omfattande. Av principen om *partsautonomi* följer att skiljenämnden som utgångspunkt ska rätta sig efter ett bevisavtal.<sup>261</sup> Avtalsföremålet i sig är inte relevant på samma sätt som i rättegången; ett bevisavtal kan gälla såväl *bevisbördan*, *bevisföringen* som *bevisvärdet* av ett visst bevismedel. Ett bevismedel kan också avtalas vara *exklusivt*. På begäran av part ska alla sådana bevisavtal efterkommas.<sup>262</sup> Den relevanta begränsningen för dispositionsfriheten är enligt Lindskog att förfarandet alltjämt måste vara att anse som rättssäkert.<sup>263</sup> Heuman och Madsen drar gränsen vid den förhandstvingande regeln i 24 § LSF om att parterna har rätt att i all behövlig omfattning utföra sin talan.<sup>264</sup> Med utgångspunkt i bland annat den regeln har jag redan tidigare ställt mig skeptisk till att avtalsfriheten i bevishänseende kan vara så vidsträckt att besiktnings- eller värderingsklausulen skulle innebära att det inte alls är möjligt att föra motbevisning mot ett expertavgörande. Vidare skulle detta i praktiken ge närmast samma konsekvenser som ett avtal om sakprövningshinder.<sup>265</sup>

Inom nu skisserade ramar står det fritt att stärka expertavgörandes ställning med överenskommelser om bevisningen. En viss konkretisering av avtalsfrihetens gräns tycker jag att Heuman presenterar; avtal om *bevisföringen* och om att ett *visst bevismedel ska vara exklusivt* kan ges verkan så länge parterna har en *rimlig möjlighet* att styrka sina påståenden med andra bevismedel. Jag ser inget hinder mot att resonemanget appliceras också på avtal om ett bevismedels *bevisvärde*. Ett avtal om att ett bevismedel är exklusivt är nämligen egentligen inget annat än ett avtal om att ett visst bevismedel har ett bevisvärde om 100 % för ett visst tema.

### 5.3 Kontraktuellt vite

Besiktnings- och värderingsklausulens anvisande av tvistlösningsform medför att det kan betraktas som ett avtalsbrott att negligera den valda lösningen och istället väcka talan vid domstol. Bekymret är bara att det är svårt att se vilken skada som skulle uppstå till följd av ett sådant agerande.<sup>266</sup> På samma sätt kan det tänkas vara ett avtalsbrott att väcka talan för att åstadkomma en omprövning av ett expertavgörande som enligt avtalet är slutligt och bindande för parterna. Detta förhållande väcker frågan om det är möjligt att förstärka avgörandets bundenhet genom att formulera klausulen på så sätt att parterna vid vite förbjuds att väcka talan med syfte att angripa expertavgörandet?

---

<sup>261</sup> Lindskog, a.a., Inledande anmärkningar, 3.3.4 och kommentar till 25 § LSF, 4.6.1. Jfr även Madsen, a.a., s. 212-213.

<sup>262</sup> Lindskog, a.a., kommentar till 25 § LSF, 4.6; Heuman (1999a), a.a., s. 273, 487.

<sup>263</sup> Lindskog, a.a., kommentar till 25 § LSF, 4.6.1.

<sup>264</sup> Heuman (1999a), a.a., s. 273; Madsen, a.a., s. 212. Vid sidan av 24 § LSF kan uppmärksammas att en liknande princip gäller enligt artikel 6.1 EKMR. Rätten att *bli hörd* och att *få framföra sin sak* är också förhandstvingande och EKMR synes ha en indirekt tillämplighet i skiljeförfarandet (se 3.4.2.2-3.4.3 ovan).

<sup>265</sup> Se 3.2.2 ovan.

<sup>266</sup> Westberg (2008), a.a., s. 597.

Å ena sidan kan hävdas att avtalsvitets funktion är skadekompenserande och att vitet syftar till att åstadkomma en bevislättning för den skadelidande vad gäller skadans omfattning och värde. Vitet är inte avsett att fungera avtalsdisciplinerande och ersätta en skada som aldrig ens uppstått.<sup>267</sup> Viten som närmast har ett repressivt syfte och tangerar vad som i angloamerikansk rätt benämns som "*punitive damages*" är sannolikt oskäligen.<sup>268</sup> Å andra sidan används avtalsviten stundtals också i avskräckande syften. I dessa situationer handlar vitet inte om att verka skadekompenserande utan snarare om att "sätta ett pris" på ett kontraktsbrott. Vanliga exempel på viten som opererar på detta sätt är sådana som sanktionerar sekretess- och konkurrensklausuler.<sup>269</sup> Det borde därför inte utan vidare vara illegitimt med viten som endast fungerar som påtryckningsmedel; snarare är det vitets nivå som är avgörande för om vitet är alltför repressivt eller inte.<sup>270</sup>

I sammanhanget måste också uppmärksammas att vad den missnöjde parten faktiskt gör genom att initiera en domstolsprocess eller ett skiljeförfarande i syfte att ompröva expertavgörandet är att utnyttja en rättighet som tillkommer denne enligt artikel 6.1 EKMR.<sup>271</sup> ED har fastslagit att konventionen måste tolkas och tillämpas på ett sätt som innebär att dess rättigheter blir *effektiva i praktiken* och inte framstår som teoretiska och illusoriska.<sup>272</sup> Om ett kontraktuellt vite sätts på en relativt hög nivå finns en risk att den missnöjde parten i realiteten inte kan utnyttja sin *rätt till rättskipning* enligt artikel 6.1 EKMR. Ett sådant vite bör jämkas då det vid en oskälighetsbedömning finns utrymme att ta hänsyn till konventionen och det nämnda kravet på praktisk effektivitet synes motivera en nedsättning.<sup>273</sup>

Den sammantagna slutsatsen måste bli att det inte är helt klart huruvida det är godtagbart med ett förbud vid vite mot att föra talan i syfte att ompröva ett expertavgörande. Det är dock knappast uteslutet att ett sådant rent påtryckningsvite skulle tillerkännas verkan. Under alla omständigheter kan dock beloppet inte sättas så högt att vitet får alltför mycket straffkaraktär eller väcker tveksamheter från ett europarättsligt perspektiv vad gäller möjligheten att i praktiken begagna sig av rätten till rättskipning.

---

<sup>267</sup> Ibid; Westberg (2013), a.a., s. 422-423. Jfr även Gorton, Lars och Samuelsson, Per, *Kontraktuella viten*, i Studier i rättsekonomi. Festskrift till Ingemar Ståhl, Lund: Studentlitteratur AB, 2005, s. 75-106, s. 83; Adlercreutz och Gorton (2011), a.a., s. 316-317.

<sup>268</sup> Prop. 1975/76:81, s. 119; Gorton och Samuelsson, a.a., s. 86-87.

<sup>269</sup> Gorton och Samuelsson, a.a., s. 89, 96-98.

<sup>270</sup> Ibid, s. 86-87. Jfr även t.ex. artikel 7.4.13 med kommentar i UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2010 där det framgår att vitet kan ha endast ett avskräckande syfte, men också kan bli föremål för jämkning om vitet är "*grossly excessive*". Jfr även Adlercreutz och Gorton (2011), a.a., s. 316-317.

<sup>271</sup> Se 3.4.3-3.5 ovan. Slutsatsen i denna uppsats är som sagt att expertförfarandet, i brist på praxis härom, inte kan antas vara ett fullgott substitut till domstolsprövning såsom skiljeförfarandet har ansetts vara. Således kräver rätten till "*access to justice*" att besiktnings- och värderingsklausulen inte kan tillåtas vara ett sakprövningshinder.

<sup>272</sup> Se 3.4.2.1 ovan.

<sup>273</sup> Se om konventionskonform tolkning under 3.4.2.1 ovan.

## 6 Konklusion och avslutande synpunkter

Uppsatsens övergripande syfte var att utröna hur *slutligt och bindande* ett expertavgörande, vilket har sin förankring i en besiktnings- eller värderingsklausul med en sådan bundenhetsformulering, de facto är. De första frågorna som har diskuterats i detta syfte är om:

- *besiktnings- och värderingsklausulens bundenhetsföreskrift kan utgöra ett sakprövningshinder för en domstol eller en skiljenämnd?*

eller om:

- *klausulerna kan ges en civilrättslig verkan som till sin effekt är likartad med ett sådant hinder?*

Dessa frågor måste besvaras nekande. En domstol kan inte ge klausulen verkan som sakprövningshinder. Det vore oförenligt med *principen om att processuella avtal är ogiltiga i avsaknad av lagstöd*. Principen är förvisso något omdebatterad, men under alla omständigheter så synes den särskilt äga giltighet vad gäller avtal om sakprövningshinder. I sammanhanget ska tilläggas att denna restriktiva inställning till att avtala bort domstolsprövning till förmån för något annat än skiljeförfarande med största sannolikhet kan motiveras också av hänsyn till artikel 6.1 EKMR. Det har föreslagits att en skiljenämnd bör *avvisa* bevisning som syftar till att motbevisa ett expertavgörande. Det är inte fråga om att ge besiktnings- eller värderingsklausulen verkan som sakprövningshinder, men i praktiken torde ett sådant konstaterande ofta vara av närmast akademiskt intresse; en sådan bevisrättslig inskränkning får de facto till följd att det inte blir fråga om någon prövning i sak. Jag har argumenterat för att en sådan ordning är svårförenlig med den tvingande regeln om att parterna har rätt att *i all behövlig omfattning utföra sin talan*. En liknande princip finns dessutom inbäddad i rätten till *"fair trial"* enligt artikel 6.1 EKMR, vilken förefaller vara indirekt tillämplig i ett skiljeförfarande.<sup>274</sup>

Ska denna av process- och europarätten motiverade avvisande hållningen gentemot avtal om sakprövningshinder annat än undantagsvis ha praktisk betydelse kan inte besiktnings- eller värderingsklausulen ges en civilrättslig verkan som till sin effekt är närmast likvärdig med ett sakprövningshinder. Att ställa upp ett oskälighetskrav vad gäller själva valet av tvistlösningsmetod – och därmed förvägra en omprövning i sak såvida inte sådan oskälighet kan visas – ligger enligt min mening alltför nära att ge klausulen just en sådan effekt. Med det här perspektivet har jag svårt att dela HD:s resonemang i NJA 1994 s. 712.<sup>275</sup>

<sup>274</sup> Se även sammanfattningen i 3.5 ovan.

<sup>275</sup> Se även sammanfattningen i 3.5 ovan.

Med konstaterandet att en talan om att ”överpröva” ett expertavgörande ska tas upp till prövning kan fokus flyttas till nästa fråga:

- *Vilka faktorer är av relevans för hur möjligheterna ser ut att angripa ett expertavgörande genom stämning i allmän domstol eller genom påkallande av skiljeförfarande?*

Den första faktorn som är av relevans för denna diskussion är huruvida expertavgörandet har avsett *sak- eller rättsfrågor*. Om avgörandet endast har berört sakfrågor – vilket dock lär vara undantagsfallet – saknas en omedelbart tillgänglig möjlighet att angripa expertens bedömning med mindre än att besiktnings- eller värderingsklausulen omfattas av ett skiljeavtal. Rena sakfrågor kan inte bli föremål för talan enligt RB:s regler och omfattas heller inte av artikel 6.1 EKMR. Däremot finns det möjlighet att låta sådana frågor omfattas av ett skiljeavtal. Därutöver lär inte sällan en omprövning mer *indirekt* ändå kunna komma till stånd därför att expertens fastställande av fakta kan visa sig ha relevans för bedömningen av ett avtalsvillkor – med andra ord utgöra ett *bevis* i förhållande till en rättsfråga. Om ett skiljeavtal finns – och en direkt prövning således kan äga rum – inställer sig den fråga som alltid måste adresseras om expertavgörandet avsett också rättsfrågor; den *andra* faktorn som bestämmer hur angripbarheten ser ut är om det påstådda felet är av *materiell* eller *formell* natur.

Utgångspunkten för möjligheten att angripa ett expertavgörande på materiella grunder är avtalsrättens ogiltighets- och oskälighetsregler eftersom avgörandet har *avtalskaraktär*. En sammantagen bedömning talar enligt min mening för att det krävs såväl att *felet är av viss dignitet* som att *felet haft effekt på utgången av prövningen* för att expertavgörandet ska jämkas såsom oskäligt. En sådan skälighetsbedömning förutsätter en jämförelse med ett objektivi riktigt resultat; därför torde det vara relativt svårt att få till stånd en omprövning och det i synnerhet om felet relaterar till bevisvärderingen – vilken till sin natur är utpräglat subjektiv.<sup>276</sup>

Samma regelverk bildar utgångspunkten för angripbarheten på formella grunder, men i praktiken är det då *LSF:s klanderregler* som fungerar som riktlinjer inom ramen för en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL. I särskilt allvarliga fall kan dock även LSF:s ogiltighetsregler vara av betydelse. Användningen av klanderreglerna får till följd att det i de flesta fall krävs att det är fråga om kvalificerade fel i meningen att felet ska visas ha *sannolikt inverkat på utgången av prövningen*. Bristande uppfyllelse av EKMR kan också utgöra formella fel. En *konventionskonform tolkning* av 36 § AvtL ger utrymme för att jämka ett expertavgörande om sådana fel föreligger. Dessutom riskerar brister i europarättsligt hänseende att medföra hinder på ett eventuellt senare verkställighetsstadium. Kraven i artikel 6.1 EKMR synes dock, om än inte undantagslöst, överlappas av sådana krav som ska uppfyllas

---

<sup>276</sup> Se vidare sammanfattningen i 4.4. ovan.



för att inte skäl för jämkning med ledning av LSF:s klanderregler ska vara för handen.<sup>277</sup>

Det är alltså möjligt att angripa ett expertavgörande på både materiella och formella grunder. Alldeles oavsett förefaller det dock vanligen krävas att det är fråga om relativt djupgående brister för att avtalsrättens regelverk ska fungera som korrigeringsinstrument. Om väl skäl att åsidosätta expertavgörandet föreligger är det enligt min uppfattning parternas upplägg av sin respektive talan som styr huruvida den överprövande instansen ska göra en ny prövning i sak eller bara ”upphäva” expertavgörandet. Att det trots allt finns möjligheter att ompröva ett expertavgörande gör att det är intressant att diskutera om:

- *expertavgörandets ställning i bundenhetshänseende avtalsvis kan förstärkas?*

Inom ramen för domstolsprocessen är möjligheten att träffa avtal i bevisfrågor ytterst begränsad. Det är dock möjligt att träffa avtal om *bevisbördans placering*. Ett sätt att förstärka ett expertavgörande, som åtminstone stundtals kan ha betydelse, vore att parterna avtalade om att den som gör gällande att ett expertavgörande inte är giltigt eller är oskäligt bär bevisbördan för detta.

I ett skiljeförfarande är det tvärtom i regel tillåtet att avtala om bevisfrågor. Här finns relativt stora möjligheter att stärka expertavgörandets ställning också med avtal rörande *bevisföringen* och avgörandets *bevisvärde*.

Ett annat tänkbart sätt att understödja besiktnings- eller värderingsklausulens bundenhetsföreskrift vore att i avtalet förbjuda parterna *vid vite* att föra talan i syfte att ompröva expertavgörandet. Det synes inte vara helt klart om ett sådant vite är godtagbart, men att vitet endast fyller funktion som påtryckningsmedel bör inte per se vara ett hinder mot att tillerkänna det verkan. Däremot kan nivån på vitet inte vara så hög att vitet får en repressiv karaktär eller verkar alltför avhållande med avseende på att tillvarata rätten till rättskipning enligt artikel 6.1 EKMR.

Sammanfattningsvis kan konstateras att formuleringen om slutlig bundenhet vid expertavgörandet inte fullt ut avspeglar gällande rätt. Med en välformulerad besiktnings- eller värderingsklausul, till vilken knyts handläggningsregler för expertförfarandet som uppfyller den miniminivå av rättssäkerhet som kommer till uttryck i LSF:s och artikel 6.1 EKMR:s förhandstvingande delar, är det dock förenat med stora svårigheter att åstadkomma en omprövning av expertavgörandet. Skulle parterna dessutom utnyttja sig av de möjligheter som trots allt finns att ytterligare förstärka expertavgörandet avtalsvis så borde avgörandets ställning i realiteten ändå närmast tangera att vara slutlig och bindande.

---

<sup>277</sup> Se vidare sammanfattningen i 4.4. ovan.

# Käll- och litteraturförteckning

## *Offentligt tryck*

### EU

KOM (2002) 196, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, framtagen av EUK.

### Propositioner

Prop. 1942:5 *Förslag till ny Rättegångsbalk*.

Prop. 1975/76:81 *Förslag om ändring i Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.*

Prop. 1993/94:117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*.

Prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*.

Prop. 2009/10:80 *En reformerad grundlag*.

Prop. 2010/11:128 *Medling och förlikning – ökade möjligheter att komma överens*.

### Statens offentliga utredningar

SOU 2007:26 *Alternativ tvistlösning*.

## *Litteratur*

### Böcker

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt I*, 13 upplagan, Lund: Juristförlaget i Lund, 2011.

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, 6 upplagan, Lund: Juristförlaget i Lund, 2010.

Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2012.

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 8 upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2013.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4 upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2012.

Fitger, Peter m.fl., *Rättegångsbalken*, Zeteo (uppdaterad per oktober 2013), Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Forssman, Magnus, *Företagsöverlåtelser. En introduktion till den legala processen*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2011.

Gorton, Lars och Samuelsson, Per, *Kontraktuella viten*, i Studier i rättsekonomi. Festskrift till Ingemar Ståhl, Lund: Studentlitteratur AB, 2005, s. 75-106.

Heuman, Lars, *Skiljemannarätt*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 1999a.

Heuman, Lars, *Skiljemäns rätt att komplettera avtal*, i Festskrift till Ulf K. Nordenson, Stockholm: Gotab AB, 1999b, s. 179-194.

Kendall, John, Freedman, Clive och Farrell, James, *Expert Determination*, 4 upplagan, London: Sweet & Maxwell Ltd, 2008.

Landrove, Juan Carlos, *European Convention on Human Rights' impact on consensual arbitration. An état des lieux of Strasbourg case-law and of a problematic swiss law feature*, i Hottelier, Michel, Besson, Samantha, Werro Franz (red.), *Human Rights at the Center. Les droits de l'homme au centre*, Zürich: Schulthess Verlag, 2006, s. 73-101.

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

Lindell, Bengt, *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?*, Uppsala: Iustus Förlag AB, 2006.

Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Uppsala: Iustus Förlag AB, 1987.

Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande. En kommentar*, Zeteo, 2 upplagan (uppdaterad per 1 mars 2012), Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Madsen, Finn, *Skiljeförfarande i Sverige. En kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut*, 2 upplagan, Stockholm: Jure Förlag AB, 2009.

Nilsson, Bo G.H. och Rundblom Andersson, Björn, *Fundamental Principles of International Arbitration in Sweden*, i Franke, Ulf m.fl. (red.), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, på Kluwer Arbitration online, Kluwer Law International, 2013.

Oldenstam, Robin m.fl., *Guide till kommersiell tvistlösning. Tvistlösningsmetoder och klausuler i svenska och internationella avtal*, 2 upplagan, Stockholm: Jure Förlag AB, Mannheimer Swartling Advokatbyrå, 2013.

Ramberg, Christina, *Aktieägaravtal i praktiken*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2011.

Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, 4 upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2012.

Sevenius, Robert, *Företagsförvärv*, 2 upplagan, Lund: Studentlitteratur AB, 2011.

van Dijk, Pieter m.fl. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4 upplagan, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006.

Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2 upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2013.

Westberg, Peter, *Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning*, i Festskrift till Hans Ragnemalm, Lund: Juristförlaget i Lund, 2005, s. 347-364.

Westberg, Peter, *Kontrakterad privatdomare*, i Festskrift till Lars Heuman, Stockholm: Jure Förlag AB, 2008, s. 575-608.

## **Artiklar**

Andersson, Håkan, *EKMR:s varierande horisontella effekter på olika civila krav – problem och konstruktiva möjligheter*, JP, 2013, nr. 2, s. 249-271.

Edlund, Lars, *Värderingsklausuler och tillträdesbokslut*, SvJT, 2007, s. 311-320.

Heuman, *Officialprövning eller åberopsskyldighet vid tillämpning av preklusionsregler*, JT, 2006/07, nr. 1, s. 57-70.

Håstad, Torgny, *Besiktningens rättsverkan*, SvJT, 1991, s. 577-598.

Kjellgren, Jan, *Något om normativa resonemang i rättsdogmatisk forskning*, SvJT, 2002, s. 514-530.

Mellqvist, Mikael, *Entreprenadrätten och kontrakträttens finrum*, SvJT, 2013, s. 233-265.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT, 2005, s. 249-272.  
Welamson, Lars, *Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1948-1952*, SvJT, 1953, s. 681-728.

Wersäll, Fredrik, *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*, SvJT, 2014, s. 1-8.

## **Övrigt**

Calissendorff, Axel, Westin, Göran, *Avtal om köp av samtliga aktier i fåmansbolag utan dotterbolag*, avtalsmall i databasen PACTA, Karnov Juridik. Nedladdad 2014-02-12.

Svernlöv, Carl, Westin, Göran, *Aktieägaravtal (Flerpartsavtal)*, avtalsmall i databasen PACTA, Karnov Juridik. Nedladdad 2014-02-12.

## ***Standardavtal och reglementen***

*FIDIC Red Book (Conditions of Contract for Construction. For Building and Engineering works designed by the Employer)* (2005).

*ICC Arbitration Rules* (gällande från 1 januari 2012).

*SCC Skiljedomsregler 2010* (gällande från 1 januari 2010).

*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 2010.

# Rättsfallsförteckning

## Högsta domstolen

### *Nytt Juridiskt Arkiv (avd. 1)*

NJA 1958 s. 654.

NJA 1964 s. 66.

NJA 1971 s. 453.

NJA 1981 s. 1205.

NJA 1982 s. 175.

NJA 1993 s. 436.

NJA 1994 s. 712.

NJA 2000 s. 538.

NJA 2000 s. 622.

NJA 2001 s. 511.

NJA 2003 s. 217.

NJA 2004 s. 840.

NJA 2005 s. 805.

NJA 2007 s. 747.

NJA 2009 s. 128.

NJA 2009 s. 468.

NJA 2010 s. 168.

NJA 2012 s. 1038.

NJA 2013 s. 502.

## **Högsta förvaltningsdomstolen**

### ***Regeringsrättens årsbok (numera Högsta förvaltningsdomstolen)***

RA 1997 ref. 6.

## **Hovrätterna**

### ***Rättsfall från hovrätterna***

RH 1980:48

## **Övrigt**

Svea Hovrätts dom 2008-11-14 i mål T 4968-07.

SvJT 1950 ref. s. 277.

## **Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna**

*Coeme m.fl. mot Belgien*, ansökan nr. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 och 33210/96, dom av den 22 juni 2000.

*Deweert mot Belgien*, ansökan nr. 6903/75, dom av den den 27 februari 1980.

*Golder mot Storbritannien*, ansökan nr. 4451/70, dom av den 21 februari 1975.

*Håkansson och Sturesson mot Sverige*, ansökan nr. 11855/85, dom av den 21 februari 1990.

*Lithgow m.fl. mot Storbritannien*, ansökan nr. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 och 9405/81, dom av den 8 juli 1986.

*Maresti mot Kroatien*, ansökan nr. 55759/07, dom av den 25 juni 2009.

*Oberschlick mot Österrike*, ansökan nr. 11662/85, dom av den 23 maj 1991.

*Suovaniemi mot Finland*, ansökan nr. 31737/96, beslut av den 23 februari 1999.

*Transado-Transportes Fluviais do Sado mot Portugal*, ansökan nr. 35943/02, dom av den 16 december 2003.

*Zolotukhin mot Ryssland*, ansökan nr. 14939/03, dom av den 10 februari 2009.

### **Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna**

*Bramelid och Malmström mot Sverige*, ansökan nr. 8588/79 och 8589/79, beslut av den 12 oktober 1982.

*Jakob Boss Sohne KG mot Tyskland*, ansökan nr. 18479/91, beslut av den 2 december 1991.

*Nordström-Janzon mot Nederländerna*, ansökan nr. 28101/95, beslut av den 27 november 1996.

### **Europeiska unionens domstol**

C- 6/64 *Flamino Costa mot ENEL*, dom av den 15 juli 1964.

C- 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, dom av den 17 december 1970.