

JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Max Sandström

# Multimodala tvistlösningsklausurer

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: VT2015

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod	8
1.5 Material och forskningsläge	9
1.6 Disposition	9
<b>2 MULTIMODALA TVISTLÖSNINGSKLAUSULER I SVERIGE</b>	<b>10</b>
2.1 Peter Westberg	10
2.2 Stefan Lindskog	11
2.3 Lars Heuman	11
2.4 Lotta Maunsbach	13
2.5 Christer Söderlund	13
2.6 Finn Madsen	15
2.7 Oldenstam, Andersson, Monell & Eliasson	16
2.8 Erik Ficks	17
2.9 Avslutande reflektioner	19
<b>3 ALTERNATIV TVISTLÖSNING</b>	<b>20</b>
3.1 Rättsliga utgångspunkter	20
3.2 Boilerplate-klausuler	22
3.3 Förlikningsförhandling	23

<b>3.4</b>	<b>Medling</b>	<b>24</b>
3.4.1	Medling i svensk rätt	24
3.4.2	Medling, EU och FN	25
3.4.2.1	EU:s medlingsdirektiv	26
3.4.2.2	UNCITRAL:s modellag avseende medling	27
<b>3.5</b>	<b>Tvistlösningsnämnd</b>	<b>28</b>
3.5.1	Tvistlösningsnämnd med anledning av byggentreprenad	28
3.5.2	FIDIC - International Federation of Consulting Engineers	29
<b>3.6</b>	<b>Avslutande reflektioner</b>	<b>30</b>
<b>4</b>	<b>RÄTT TILL EN RÄTTVIS RÄTTEGÅNG</b>	<b>32</b>
4.1	Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna	32
4.2	Avslutande reflektioner	34
<b>5</b>	<b>PRINCIPEN OM PROCESSUELLA AVTALS OGILTIGHET</b>	<b>35</b>
5.1	Principens ursprung	36
5.2	Undantag från principen	37
5.3	Skiljeförfarandet och dess rättsliga ställning	37
5.4	Avslutande reflektioner	39
<b>6</b>	<b>MULTIMODALA TVISTLÖSNINGSKLAUSULER I ENGLAND</b>	<b>42</b>
6.1	Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd	43
6.2	Walford v Miles	44
6.3	Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd	45
6.4	Holloway v Chancery Mead Ltd	47
6.5	Sulamérica CIA Nacional De Seguros S.A. v Enesa Engenharia S.A.	50
6.6	Wah (also known as Tang) v Grant Thornton International Ltd	52
6.7	Avslutande reflektioner	55
<b>7</b>	<b>MULTIMODALA TVISTLÖSNINGSKLAUSULER I USA</b>	<b>57</b>
7.1	Candid Productions Inc v Int'l Skating Union	58
7.2	White v Kampner	59
7.3	HIM Portland LLC v DeVito Builders Inc	60
7.4	Avslutande reflektioner	61

<b>8</b>	<b>STATLIG OCH PRIVAT RÄTTSKIPNING</b>	<b>62</b>
8.1	Official- och dispositionsprincipen	62
8.2	Staten och det privata	63
8.3	Common law – en liberal rättsfamilj	65
8.4	Avslutande reflektioner	66
<b>9</b>	<b>SLUTSATSER</b>	<b>68</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>72</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>77</b>

# Summary

The purpose of this thesis has been to study multi-tiered dispute resolution clauses and to try to explain why the Swedish view on these differs from the Anglo-American. This type of clause consists of several stages which aim to facilitate an amicable settlement between two disputing parties and have increasingly become a common element in Swedish law. By including such a clause in a contract, the parties submit to at least try to settle the dispute by the prescribed ADR method before pursuing litigation or arbitration.

Multi-tiered dispute resolution clauses seem to originate from the US and consequently from a legal system strongly associated with textual contract interpretation and party autonomy. In the US, as well as in the UK, the stages of ADR precedent to litigation or arbitration seem to be enforceable which means that a court could stay proceedings to enable ADR to take place. However, to be enforceable the clause needs to be sufficiently defined and certain regarding for example the intended procedure. In the US, as well as in the UK, the parties have quite a big influence over the civil procedure. Furthermore, politically both countries tend to focus on individual interests. These could be possible reasons for why the parties are allowed to negotiate mandatory and enforceable procedure clauses. Another contributing reason could be the fact that ADR has been well established in the US and in the UK for several decades. As a consequence, well known dispute resolution centers and skilled mediators are common in these countries.

In Sweden, the situation is different. As a result of the increasingly international market, the Swedish law, in particular regarding international commercial law, has become more and more influenced by the Anglo-American law due to the English and American economy and politics. Consequently legal instruments such as multi-tiered dispute resolution clauses have become something Swedish lawyers need to be aware of, take into account and sometimes even make use of. This development is problematic seeing that the Anglo-American regulation is neither compatible with Swedish law nor with Swedish law tradition. First, if the precedent ADR stages were enforceable, it could be seen to violate the right to a fair trial. Second, in Swedish law there is a principle that states that procedural agreements are invalid as long as there is no exception stated in law. Third, such a regulation could result in legal uncertainty and disfavour an inferior party. Due to the lack of explicit legal support as well as indicative case law, the legal position regarding how to regulate the question is still somewhat uncertain in Sweden. However, a majority of the opinions expressed in the Swedish legal literature states that the precedent stages neither are nor should be enforceable. A possible explanation for the Swedish approach might be derived from the political climate that has minted the Swedish society as well as the Swedish adjudication during the 20th century. But it remains difficult to prove with certainty whether this is the case.

# Sammanfattning

Syftet med arbetet har varit att studera multimodala tvistlösningsklausuler och försöka reda ut varför den svenska synen på dessa skiljer sig från den angloamerikanska. En multimodal tvistlösningsklausul kan beskrivas som en flerstegsklausul vars syfte är att underlätta för parterna att finna en samförståndslösning med anledning av att tvist uppstått. Klausulen har kommit att bli ett allt vanligare inslag för svensk rätt och innebär att parterna förbinder sig att försöka lösa en eventuell tvist genom någon alternativ tvistlösningsform innan tvisten tas till domstol eller skiljedomstol.

Multimodala tvistlösningsklausuler torde härstamma från USA och således från en rättsordning starkt förknippad med texttrogen avtalstolkning och partsautonomi. I såväl USA som England synes klausulernas försteg kunna utgöra suspensiva processhinder förutsatt att de uppnår en tillräcklig grad av precision avseende bland annat förfaranderegler. Tänkbara anledningar till att förstegen under angivna förutsättningar utgör processhinder inom nämnda rättsordningar skulle kunna härröra ur parternas centrala roll för processen samt rättsordningarnas förhållandevis individfokuserade politiska ideologier. En annan tänkbar anledning torde vara att alternativ tvistlösning sedan länge tillämpats i England och USA. Som en konsekvens av detta har förekomsten av välrenommerade tvistlösningsinstitut och yrkeskunniga medlare blivit vanligt förekommande och följaktligen har ADR fått ett högt anseende inom nämnda rättsstater.

Situation ser annorlunda ut i Sverige. Som en konsekvens av den tilltagande internationella handeln har den svenska rätten, i synnerhet avseende internationell handelsrätt, kommit att bli allt mer influerad av den angloamerikanska rätten med anledning av England och USA:s starka ställningar inom ekonomi och politik. Detta har resulterat i att rättsliga regleringar såsom multimodala tvistlösningsklausuler kommit att bli något som även den svenske juristen måste ha kunskap om, beakta och i vissa fall tillämpa. Problematiken avseende denna utveckling är att multimodala tvistlösningsklausuler och deras processrättsligt bindande verkan inte anses vara förenlig med svensk rätt. För det första skulle det kunna anses stå i strid med rätten till en rättvis rättegång om de avtalade förstegen tillmättes verkan som processhinder. För det andra finns i svensk rätt en princip som anger att processuella avtal per se är ogiltiga om inte undantag är angivet i lag. För det tredje skulle en sådan reglering kunna bidra till rättsosäkerhet samt missgynna en svagare part. På grund av avsaknaden av såväl lagstöd som vägledande praxis får det svenska rättsläget anses vara oklart. Emellertid torde en majoritet av de bidrag som framförts i den svenska doktrinen tala för att förstegen varken ska eller borde utgöra processhinder. En tänkbar förklaring till det svenska förhållningssättet skulle kunna härledas ur det politiska klimat som präglat såväl Sverige som den svenska rättskipningen det senaste seklet. Huruvida så är fallet förblir emellertid svårt att till fullo och med tydlig säkerhet fastställa.

# Förord

Fem år har snart passerat sedan jag påbörjade min akademiska resa här i Lund. När jag tänker på det inser jag att fem år är en förhållandevis lång tid. Samtidigt kan jag inte undvika att förundras över hur pass hastigt fem år kan passera. Fem år. Fem helt fantastiska år.

När jag blickar tillbaka på den person jag var när jag påbörjade min resa kan jag inte låta bli att le åt den förvandling som har skett. En yngling har förvandlats till man; långt hår har klippts kort; en bar kind har bepryts med skägg.

Det har emellertid inte enbart handlat om en yttre förvandling, utan än mer om en inre. Från att knappt veta vad juridik var till att i vart fall kunna författa ett arbete av detta slag. Det brukar ju sägas att man aldrig kan så lite juridik som när man lämnar in sitt examensarbete. En aning sanning ligger det i det påståendet. Ovissheten inför framtiden och tvekan om vingarna ska hålla, det är riktigt. Emellertid vill jag bestämt hävda att jag idag vet mer om juridik än när jag påbörjade min resa.

Denna tid har inte enbart handlat om studier, det har varit mycket nöje också. När jag säger nöje pratar jag inte om nöjet att komma till insikt över hur ett invecklat juridiskt problem löses på bästa vis utan om att festa tills orken tar slut, uppträda på en stor scen, hitta sitt livs kärlek. I och med detta vill jag rikta ett särskilt stort tack till er som funnits vid min sida, till er som förgyllt min tillvaro och ett extra stort tack till dig min älskade Nenne. Tack för att du förstår mig och alltid stöttar mig. Tack för att du är du.

Jag vill även passa på att rikta ett stort tack till Dolu&pexet, Casus och Juristjouren. Ni har såväl berikat min tid i Lund som givit mig många fina minnen.

Love Lundin och Sebastian Nilsson, ni förtjänar ett varsitt tack. Dels för alla otaliga minnen och spännande upptåg, dels för att ni fick mig att ansöka till University of California respektive Hovrätten över Skåne och Blekinge. Utan er hade jag inte fått uppleva något av det.

Slutligen vill jag rikta ett stort tack till professor Peter Westberg. Du har varit ett stort stöd, bollplank och en otroligt bra handledare.

Med detta vill jag tacka för mig. Nu blickar jag framåt och ser fram emot fem nya år. Fem nya år fyllda av lärande, kärlek och äventyr.

Max Sandström  
Lund, 24 maj 2015

# Förkortningar

ADR	Alternative dispute resolution
ARN	Allmänna reklamationsnämnden
CPR	The Civil Procedure Rules 1998
DAB	Dispute adjudication board
DS	Departementsserien
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
Europarådets medlingsrekommendation	Europarådets ministerkommittés rekommendation Rec (2002)10 av den 18 september 2002 om medling i civilrättsliga angelägenheter
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils/International Federation of Consulting Engineers
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
JO	Justitieombudsmannen
LO	Landsorganisationen
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
Medlingsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område
Medlingslagen	Lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister
NJA	Nytt juridiskt arkiv



NY-konventionen	Konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SHS	Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut
SvJT	Svensk Juristtidning
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL:s modellag	UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, New York 2004
US	United States of America

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Kärt barn har många namn: flerstegsklausul, stilleståndsklausul, multimodal tvistlösningsklausul. Dessa benämningar åsyftar samma slags reglering, varav den sistnämnda är den som jag menar bäst beskriver vad denna form av avtalsreglering handlar om och således är den som kommer att ligga till grund för detta arbete och till övervägande del användas i den kommande framställningen.

En multimodal tvistlösningsklausul är en flerstegsklausul och reglerar frågan hur en mellan två parter uppkommen tvist ska lösas. Tanken med klausulen är att parterna avtalsvägen förbinder sig att lösa, eller i vart fall förbinder sig att försöka lösa tvisten genom alternativ tvistlösning innan de tar tvisten till skiljedomstol eller allmän domstol. Detta kan exempelvis innebära att parterna avtalar om att i första hand lösa en uppkommen tvist genom medling, i andra hand inför en tvistlösningsnämnd och i tredje hand genom skiljeförfarande. En multimodal tvistlösningsklausul kan exempelvis vara utformad på följande vis:

I fråga om tvist som uppstår med anledning av detta avtal ska parterna i första hand försöka lösa tvisten genom medling. I det fall parterna inte har förlikts efter avslutade medlingsförhandlingar så ska tvisten slitas av en tvistlösningsnämnd bestående av tre representanter utsedda av parterna. I det fall tvistlösningsnämndens beslut inte leder till ett tillfredsställande resultat ska, på initiativ av någon av parterna, tvisten hänskjutas till och slutgiltigt avgöras av Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (SHS) i enlighet med SHS:s skiljedomregler.

Det finns många fördelar med att använda sig av en multimodal tvistlösningsklausul. För det första kan det leda till snabb och effektiv tvistlösning, för det andra kan det vara ekonomiskt fördelaktigt och för det tredje kan det bidra till att bevara en mellan parterna god affärsrelation. Med säkerhet finns det andra fördelar, dessa tre torde emellertid vara de mest framträdande.

Trots fördelarna med att tillämpa multimodala tvistlösningsklausuler kan användandet av nämnda klausuler ifrågasättas. Huvudorsaken till detta torde vara den osäkerhet som råder avseende klausulens rättsliga betydelse samt klausulens skiftande rättsliga ställning från rättsordning till rättsordning. I Sverige saknas såväl lagstöd som praxis avseende huruvida de i klausulen angivna förstegen ska vara processrättsligt bindande eller ej. Det är således inte helt klarlagt huruvida parterna måste följa förstegen i klausulen innan de har rätt att få tvisten prövad i allmän domstol eller genom skiljeförfarande. Den allmänt rådande uppfattningen inom doktrinen är emellertid, med utgångspunkt i bland annat principen att processuella avtal per se är ogiltiga om inget undantag är stadgat i lag, att förstegen inte ska vara processrättsligt bindande utan snarare är att se som civilrättsliga

överenskommelser. Den svenska uppfattningen skiljer sig emellertid från den rådande uppfattningen inom andra, utländska rättsordningar. I länder som England och USA ses nämligen vissa av förstegen som processrättsligt bindande förutsatt att de uppvisar en tillräcklig grad av precision. Som de flesta förstår kan detta komma att vålla problem. För att på ett enkelt sätt illustrera detta kan en tänka sig ett scenario där ett svenskt bolag ingår ett avtal med ett utländskt bolag och att bolagen, utifrån rådande nationell rätt, har olika syn på den multimodala klausulens processrättsligt bindande verkan. Detta kan resultera i såväl komplicerade tolkningsfrågor som en infekterad affärsrelation. Om parterna dessutom har avtalat om att tvisten ska lösas inom en rättsordning där frågan om processuella överenskommelsers rättsligt bindande verkan i stor utsträckning är oreglerad står parterna inför en än mer invecklad och oförutsebar situation.

Mot denna bakgrund finns det således intresse av att studera frågan närmare, reda ut hur det egentligen förhåller sig samt undersöka varför och i vilken mån den svenska synen avseende klausulens processrättsligt bindande verkan skiljer sig från andra rättsordningars.

## **1.2 Syfte och frågeställningar**

Syftet med detta arbete är att redogöra för multimodala tvistlösningsklausuler, undersöka vilken rättslig ställning och effekt dessa tillerkänns samt klargöra vilka motiv som ligger bakom olika uppfattningar som finns avseende klausulen. Fokus kommer i denna uppsats att ligga på svensk rätt. Emellertid kommer det svenska förhållningssättet att ställas mot ett urval internationella rättsordningar med skiftande uppfattning för att på så vis utreda i vilken mån samt varför den svenska synen kommit att skilja sig från de valda rättsordningarnas.

För att på ett tillfredsställande sätt uppfylla syftet med detta arbete kommer tre frågeställningar ligga till grund för det kommande arbetet.

För det första: Vad finns det för olika uppfattningar i Sverige avseende multimodala tvistlösningsklausuler och förstegens potentiella verkan som processhinder? Vilka skäl ligger bakom skiftande uppfattningar och vad beror det på i de fall uppfattningarna skiljer sig åt? För att besvara frågan kommer åsikter framförda i doktrinen att studeras samt redogöras för. För att inte stanna vid de rådande uppfattningarna utan att kritiskt granska dessa kommer även bakomliggande motiv och regleringar som uppfattningarna grundar sig på att studeras. I detta sammanhang har det även funnits nödvändigt att studera några olika potentiella försteg samt kommentera dessa.

För det andra: Vad är den rådande uppfattningen avseende multimodala tvistlösningsklausuler och förstegens processrättsligt bindande verkan i England och USA? För att besvara frågan kommer jag primärt att utgå från praxis som finns på området samt viss utländsk doktrin.

För det tredje: Kan en skiftande syn på rättskipning, styrelseskick och rättstradition tänkas ha bidragit till att den svenska synen avseende multimodala tvistlösningsklausulers processrättsligt bindande verkan kommit att skilja sig från den angloamerikanska? För att besvara frågan kommer ledning sökas inom doktrinen. Därefter kommer analyserna från de två tidigare frågorna att knytas an till frågan för att på så vis berika den efterkommande analysen.

## 1.3 Avgränsningar

Inom ramen för ett arbete av detta slag är det naturligt att behöva avgränsa sig till syftet och frågeställningarna. Det är även av vikt att i ett inledande skede understryka att det finns ett antal rättsordningar som hade kunnat vara intressanta att studera med anledning av deras starka ställning som internationella handelsaktörer och följaktligen ställning som juridiska auktoriteter och trendsättare. Såväl Kina som Tyskland är rättsordningar som hade varit intressanta att studera. Detta har emellertid inte varit praktiskt genomförbart på grund av bristande språkkunskaper. I linje med detta har inte heller utländsk doktrin använts i annat fall än då denna funnits att tillgå på engelska.

Givetvis föreligger en strävan att i så stor utsträckning som möjligt använda primärkällor. I de fall detta inte funnits vara möjligt, exempelvis på grund av bristande språkkunskaper eller källans svårtillgänglighet, har således en hänvisning skett till sekundärkällan. I linje med detta har inte skiljedomspraxis varit möjlig att studera i någon större mån med anledning av att skiljedomar inte blir offentliga mer än i de fall skiljedomen klandrats i allmän domstol.

Slutligen har det inte funnits utrymme att studera frågan vad konsekvensen skulle kunna tänkas bli om en part avvek från en avtalad skyldighet att exempelvis medla. Frågan uppmärksammas men inom ramen för syftet med detta arbete har någon djupare diskussion avseende frågan inte förts.

## 1.4 Metod

Arbetet har bedrivits med utgångspunkt i den rättskälleanalytiska metoden. Genom att ha sökt ledning inom de svenska rättskällorna har multimodala tvistlösningsklausulers rättsliga ställning och potentiella verkan som processhinder studerats, identifierats samt analyserats.

Ledning har även sökts inom utländska rättskällor, primärt i form av praxis och doktrin, vid studien av multimodala tvistlösningsklausulers rättsliga ställning inom de valda utländska rättsordningarna. Beaktandes det utredande, jämförande och kartläggande arbete som bedrivits för att besvara frågeställningarna kan uppsatsen sägas ha utgått från ett utredande, jämförande samt kartläggande perspektiv.

## 1.5 Material och forskningsläge

I linje med den rättskälleanalytiska metoden har det material som används primärt utgjorts av olika rättskällor. Vid studien av det svenska rättsläget har i synnerhet doktrinen funnits vara värdefull men även lagtext, lagförarbeten, internationella konventioner, EU:s rättsakter och åsikter utan rättskällestatus har bidragit till arbetets genomförande. Vid kartläggandet av det engelska och amerikanska rättsläget har praxis utgjort den primära källan. Detta har funnits vara naturligt med anledning av den rättskällekultur som råder för rättsfamiljen common law. I viss utsträckning har även utländsk doktrin av en mer kommenterande karaktär funnits vara värdefull och använts.

Inledningsvis konstaterades att rättsläget avseende multimodala tvistlösningsklausulers förstegs processrättsligt bindande verkan får anses vara oklar. Den doktrin som presenteras i detta arbete får till viss del spegla forskningsläget. Vilket kommer att framgå i det följande ger doktrinen emellertid ingen unison bild av huruvida förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler borde utgöra processhinder. Ett nyligen publicerat bidrag består i juris doktor Lotta Maunsbachs doktorsavhandling *Avtal om rätten till domstolsprövning – processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*. I avhandlingen uppger Maunsbach följande:

Processuella överenskommelser mellan kommersiella parter där de på olika sätt avstår från rätten till domstolsprövning är inte något typiskt för Sverige. [...] Det finns inte sedan tidigare någon egentlig svensk rättsvetenskaplig forskning om parternas möjlighet att avstå från rätten till domstolsprövning.<sup>1</sup>

Mot bakgrund av det sagda synes den forskning som bedrivs avseende multimodala tvistlösningsklausuler och förstegens verkan som processhinder vara tämligen begränsad till sin omfattning.

## 1.6 Disposition

Arbetet inleds med att ge en samlad bild av den svenska synen avseende multimodala tvistlösningsklausuler och deras rättsliga effekt genom att redogöra för de mest framträdande bidragen för frågan som kommit till uttryck i den svenska doktrinen. Därefter följer tre kapitel som på ett djupare plan ser till de argument som lyfts fram inom doktrinen. Syftet med dessa kapitel har varit att kritiskt granska och undersöka i vilken mån de i doktrinen framförda argumenten är av betydande relevans eller ej. Därefter följer två avsnitt som ser till multimodala tvistlösningsklausuler i utlandet, ett inledande kapitel avseende rättsläget England och ett efterföljande avseende USA. Den internationella utblicken följs av ett kapitel inriktat på statlig och privat rättskipning och slutligen presenteras de slutsatser som arbetet resulterat i. Respektive kapitel avslutas med ett avsnitt innehållandes avslutande reflektioner där kapitlets kärnpunkter lyfts fram, diskuteras och analyseras.

---

<sup>1</sup> Citat. Maunsbach 2015, s. 63.

## 2 Multimodala tvistlösningsklausuler i Sverige

Inledningsvis konstaterades att multimodala tvistlösningsklausulers ställning på den svenska rättsliga kartan inte är helt klarlagd. Det saknas nämligen såväl författning som praxis som anger huruvida förstegen i en multimodal tvistlösningsklausul ska anses utgöra suspensiva processhinder. Det som finns att tillgå är doktrin. Även i detta hänseende är emellertid materialet som finns att tillgå blygsamt. Med utgångspunkt i det material som funnits att tillgå ska i det följande de mest framträdande bidragen presenteras.

### 2.1 Peter Westberg

Peter Westberg är professor i processrätt vid Lunds universitet och bedriver för närvarande forskning i ämnet Konflikt och kontrakt.<sup>2</sup>

Westberg har givit uttryck för att förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler inte torde vara processrättsligt bindande. Har två parter avtalat om att förlikningsförhandla, medla eller försöka lösa en eventuell tvist inför en privat tvistlösningsnämnd så ska inte underlåtenhet att följa ett föreskrivet försteg hindra en domstol från att pröva tvisten. Detta ställningstagande motiveras bland annat mot bakgrund av att rätten till domstolsprövning är såväl grundlagsskyddad i 2 kap. 11 § regeringsformen som konventionsskyddad genom artikel 6 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna<sup>3</sup> (EKMR). Rätten till domstolsprövning är så pass stark att det i Sverige enda juridiskt bindande sättet att avsäga sig rätten till domstolsprövning är att avtala om att lösa tvisten genom skiljeförfarande, beaktandes det faktum att skiljeförfarandet likställs med domstolsförfarandet i konventionens mening.<sup>4</sup> Utöver detta finns det inom svensk rätt även en princip som säger att processuella överenskommelser per se är ogiltiga om inte undantag är angivet i lag<sup>5</sup>, vilket innebär att två parter genom att ingå avtal inte kan skapa processhinder förutsatt att stöd för detta inte är angivet i lag.<sup>6</sup> I sammanhanget bör slutligen uppmärksammas att Westberg resonerat kring att en domstol skulle kunna komma att avvisa en talan som grundar sig på ett avtal innehållandes en multimodal tvistlösningsklausul förutsatt att klausulen bottenar i en skiljeklausul och att domstolen mot bakgrund av skiljeavtalet kan anse att rättegångshinder föreligger.<sup>7</sup> I ett sådant fall är det

---

<sup>2</sup> [www.jur.lu.se](http://www.jur.lu.se), Peter Westberg.

<sup>3</sup> Rom den 4 november 1950.

<sup>4</sup> Westberg 2013, s. 423.

<sup>5</sup> Se kapitel 5 för en utförlig redogörelse för principen.

<sup>6</sup> Westberg 2005, s. 356.

<sup>7</sup> Westberg 2013, s. 485.

emellertid inte ett ej vidtaget försteg som skulle föranleda rättegångshinder utan just det faktum att klausulen bottenar i en skiljeklausul. Skiljeavtal utgör nämligen dispositiva rättegångshinder och därmed undantag från principen att processuella avtal per se är ogiltiga.<sup>8</sup>

## 2.2 Stefan Lindskog

Stefan Lindskog är justitieråd och ledamot av Högsta domstolen sedan 2008. Dessförinnan har Lindskog varit aktiv som advokat och som docent i civilrätt vid Stockholms universitet.<sup>9</sup>

Lindskog har skrivit om multimodala tvistlösningsklausuler, eller stilleståndsklausuler som han väljer att benämna dem, i sitt verk *Skiljeförfarande – en kommentar*. Lindskog menar på att det får anses vara oklart i vilken utsträckning klausuler av nämnda slag binder parterna. Lindskog har emellertid givit uttryck för att multimodala tvistlösningsklausuler inte borde utgöra rättegångshinder, inte ens suspensiva sådana, grundat på att rätten till domstolsprövning är oförytterlig.<sup>10</sup> Rätten till en rättvis rättegång är nämligen grundläggande för rättsstaten och ska inte kunna avsägas genom avtal, vilket även borde vara fallet när frågan prövas genom skiljeförfarande.<sup>11</sup> För dispositiva tvistemål föreligger visserligen en viss grad av avtalsfrihet beträffande formen för rättegången, vilket prorogationsklausuler är exempel på. I dessa hänseenden är det emellertid en förutsättning för klausulernas rättsliga verkan att avtalsinnehållet möter kraven på en rättssäker prövning.<sup>12</sup>

Slutligen har Lindskog uppgett att ett åsidosättande av att vidta ett i en multimodal tvistlösningsklausul angivet försteg torde innebära kontraktsbrott och således kunna föranleda skadeståndsansvar.<sup>13</sup>

## 2.3 Lars Heuman

Lars Heuman är professor emeritus i processrätt vid Stockholms universitet och verksam inom civilprocessrätt, skiljemannarätt samt rättsteori och tolkning.<sup>14</sup>

Heuman har hävdad, med hänvisning till principen *déni de justice*, att en klausul som till sin lydelse helt berövar parternas rätt till framtida domstolsprövning eller prövning genom skiljeförfarande är utan verkan. Heuman har emellertid även givit uttryck för att en klausul vars syfte är att förhindra domstolsförhandling endast under viss tid, ett så kallat suspensivt

---

<sup>8</sup> Se 4 § LSF.

<sup>9</sup> [www.hogstodomstolen.se](http://www.hogstodomstolen.se), Stefan Lindskog.

<sup>10</sup> Lindskog 2012, s. 54.

<sup>11</sup> Lindskog 2012, s. 59 och 60.

<sup>12</sup> Lindskog 2012, s. 60 och 61.

<sup>13</sup> Lindskog 2012, s. 55 och s. 55 not 178.

<sup>14</sup> [www.su.se](http://www.su.se), Lars Heuman.

rättegångshinder, torde kunna verka som dispositivt processhinder förutsatt att stilleståndsperioden inte är orimligt lång.<sup>15</sup>

Beträffande en multimodal tvistlösningsklausul som bottnar i ett skiljeavtal har Heuman givit uttryck för att detta torde utgöra sakprövningshinder vilket innebär att parterna är tvingade att förhandla innan skiljeförfarande kan inledas. I vissa fall är förhandlingarna verkningslösa, emellertid skulle parterna kunna finna en samförståndslösning och på så vis undvika ett kostsamt rättsligt förfarande. För att undvika problematiska frågor avseende skiljenämndens behörighet uppmanar Heuman att parterna tydligt anger när förhandlingarna ska anses vara påbörjade respektive avslutade.<sup>16</sup> En föreskrift om att parterna inte får inleda skiljeförfarande innan dess att förhandlingar ägt rum innebär nämligen att uppfyllandet av villkoret utgör en formell förutsättning för att skiljeförfarande ska få inledas och således även för att skiljenämnden ska anses vara behörig.<sup>17</sup>

Heuman har, liksom Westberg, kommenterat lagrådets uttalande och principen att processuella avtal per se är ogiltiga om inte undantag uttryckligen är angivet i lag. Heuman tar emellertid i viss mån avstånd från Westbergs angivna inställning och menar på att principen inte bör godtas utan vidare. Heuman poängterar att lagrådet gjorde sitt uttalande angående principen 1940 och att partsinflytandet och parternas intressen har intagit en mer central ställning sedan dess. Följaktligen föreligger det ett intresse av att fundera över frågan huruvida processuella överenskommelser bör tillåtas i de fall inga starka skäl talar mot detta. I ett sådant fall skulle exempelvis 36 § i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område kunna tillämpas för att angripa oskäligen avtalsvillkor istället för att hänvisa till lagrådets uttalande i fråga om processuella avtals ogiltighet. En sådan förskjutning skulle visserligen kunna komplicera den statliga rättskipningen samt resultera i förödande konsekvenser för en svagare och sämre införstådd part. Emellertid föreligger dessa risker även beträffande civilrättsliga avtal utan att dessa för den sakens skull har blivit överksamma. Heuman har även uppgett att exempelvis EKMR och principen om likabehandling skulle bidra till att rättssäkerheten bibehölls trots en förskjutning av nämnda slag.<sup>18</sup>

Slutligen har Heuman uppgett att frågan avseende processuella avtals ogiltighet måste ses ur ett modernt perspektiv och hävdade att processuella avtal inte per se bör vara ogiltiga utan istället bedömas från fall till fall. Förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler bör således kunna utgöra suspensiva rättegångshinder och kan inte anses stå i strid med art. 6 EKMR beaktandes det faktum att rättegångshindret endast avser en viss tid och därmed inte är absolut.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Heuman 1999/00, s. 915. Se även Heuman 1999 I, s. 47 not 6.

<sup>16</sup> Heuman 1999 I, s. 154.

<sup>17</sup> Heuman 1999 I, s. 95, 310 och 365.

<sup>18</sup> Heuman 2006/07, s. 59.

<sup>19</sup> Heuman 2006/07, s. 60.



## 2.4 Lotta Maunsbach

Lotta Maunsbach är juris doktor och har bedrivit forskning inom processrätt vid Lunds universitet.<sup>20</sup> Maunsbach avla sin juris doktorsexamen den 22 maj 2015 och har för detta ändamål författat den vetenskapliga avhandlingen *Avtal om rätten till domstolsprövning – processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*.<sup>21</sup>

I sin doktorsavhandling lyfter Maunsbach frågan avseende multimodala tvistlösningsklausulers potentiella verkan som processhinder. Med hänvisning till bland annat Westberg, Lindskog och förarbetena till lagen (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister (medlingslagen) samt beaktandes rätten till domstolsprövning och principen att processuella överenskommelser utan stöd i lag är ogiltiga har Maunsbach givit uttryck för att ett avtal om att försöka lösa en eventuell tvist genom exempelvis medling eller inför en privatdomare inte utgör processhinder. Maunsbach menar således på att det står parterna fritt att väcka talan inför domstol trots att parterna ingått ett avtal innehållandes en multimodal tvistlösningsklausul vars försteg till sin utformning ger sken av att vara bindande.<sup>22</sup> Emellertid menar Maunsbach på att ett avtal om att försöka lösa en uppkommen tvist genom medling innan tvisten prövas i domstol på ett principiellt plan inte fråntar parterna rätten till domstolsprövning i någon större mån än den förlikningsverksamhet som domstolen ägnar sig åt inom civilprocessen vilket skulle tala för att rätten till domstolsprövning, om än på ett principiellt plan, inte borde anses som kränkt.<sup>23</sup>

## 2.5 Christer Söderlund

Christer Söderlund är verksam inom tvistlösning och arbetar som advokat på advokatfirman Vinge i Stockholm.<sup>24</sup>

Söderlund har i sin artikel *Multimodala tvistlösningsklausuler* diskuterat multimodala tvistlösningsklausulers rättsliga ställning och effekt. Söderlund konstaterar inledningsvis att tvistlösningsklausuler kan kategoriseras utifrån huruvida de är mjuka och löst formulerade eller hårda och detaljerat utformade. Söderlund använder formuleringarna fakultativa och tvingande försteg, där de fakultativa är av mer rådgivande karaktär och bygger på parternas ömsesidiga önskan att vilja lösa tvisten genom exempelvis medling medan de tvingande förstegen innebär att parterna faktiskt har förbundit sig att försöka lösa tvisten innan prövning inför allmän domstol eller skiljedomstol kan bli aktuell.<sup>25</sup> Söderlund ger följande exempel på hur en fakultativ respektive tvingande klausul kan vara utformad:

---

<sup>20</sup> [www.jur.lu.se](http://www.jur.lu.se), Lotta Maunsbach I.

<sup>21</sup> [www.jur.lu.se](http://www.jur.lu.se), Lotta Maunsbach II.

<sup>22</sup> Maunsbach 2015, s. 104, 163, 164, 175, 183, 185, 440 och 449.

<sup>23</sup> Maunsbach 2015, s. 449.

<sup>24</sup> [www.vinge.se](http://www.vinge.se), Christer Söderlund.

<sup>25</sup> Söderlund 2005/06, s. 187 – 189.

I händelse av tvist skall parterna överväga möjligheten att bilägga denna förhandlingsvägen. Om denna väg inte är framkomlig skall parterna hänskjuta tvisten till skiljeförfarande enligt reglerna för Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut.<sup>26</sup>

Om tvist uppstår skall den part som önskar rättslig prövning av tvisten först påkalla medling enligt reglerna för Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut. Om medlingen inte lett till att tvisten biläggs inom 45 dagar – eller den tidigare dag då parterna samstämmt uttalar att medlingsförfarandet är ändamålslost – äger part påkalla skiljeförfarande enligt svensk lag.<sup>27</sup>

Såväl relevant författning som vägledande praxis saknas i Sverige för att kunna ta ställning till huruvida förstegen ska anses utgöra sakprövningshinder. Således har Söderlund sökt ledning i internationella avgöranden. Utifrån denna praxis har Söderlund funnit, förutsatt att ett försteg är tillräckligt preciserat, att detta torde kunna utgöra ett suspensivt, det vill säga tillfälligt, sakprövningshinder.<sup>28</sup>

Till det faktum att förstegen, förutsatt en viss grad av precision, skulle vara processrättsligt bindande har riktats viss kritik. Ett vanligt förekommande argument som Söderlund belyser är det faktum att en rättsligt påtvingad förhandlingssituation lätt kan bli verkninglös. Anledningen till detta är att förlikningsförhandlingen i sig bygger på en vilja hos parterna att komma överens. Söderlund menar emellertid på att det inte är samma sak att faktiskt nå fram till en lösning som att delta i de olika på förhand bestämda förstegen. För att detta förfarande på rättslig väg ska kunna påtvingas bör det emellertid vara tydligt angivet i klausulen vilket steg som inleder tvistlösningen samt vilken tid som ska passera innan ett domstols- eller skiljeförfarande kan inledas.<sup>29</sup>

Det har ovan konstaterats att förstegen i en multimodal tvistlösningsklausul måste vara tydligt preciserade för att kunna erkännas som suspensiva rättegångshinder. Ett fakultativt försteg, det vill säga en mer löst angiven önskan om att förlikningsförhandla innan en tvist prövas i allmän domstol eller skiljedomstol torde således inte kunna utgöra processhinder. Söderlund för resonemanget vidare genom att jämföra önskemål om att förlikningsförhandla med medling. Medling förutsätter att en tredje part kopplas in. Detta talar för att medling skulle kunna tillerkännas större vikt som suspensivt rättegångshinder än rena önskemål om att förlikningsförhandla. Detta resonemang talar emellertid inte för att det skulle vara så utan visar endast att ett avtal om att medla troligtvis hade haft större chanser till att utgöra rättegångshinder än en klausul som angav att parterna skulle försöka förlikas innan de gick till domstol.<sup>30</sup>

Beträffande multimodala tvistlösningsklausuler som bottnar i en skiljeklausul menar Söderlund på att praktiska synpunkter och

<sup>26</sup> Citat. Söderlund 2005/06, s. 188.

<sup>27</sup> Citat. Söderlund 2005/06, s. 188.

<sup>28</sup> Söderlund 2005/06, s. 188.

<sup>29</sup> Söderlund 2005/06, s. 188 och 189.

<sup>30</sup> Söderlund 2005/06, s. 189 och 190.

ändamålsöverväganden inte ska påverka bedömningen av ett förstegs processrättsligt bindande verkan. Skulle det vara så att ett för parterna bindande försteg inte vidtagits ska skiljedomstolen på initiativ av någon av parterna avvisa talan oavsett om detta är att se som exempelvis processekonomiskt ofördelaktigt.<sup>31</sup> Vad gäller försteg till skiljeförfarande torde majoriteten av försteg vara processrättsligt bindande för parterna oavsett grad av precision. Detta kan förklaras med att skiljeförfarandet är mer reglerat av partsviljan och att parterna själva anger vilka förfaranderegler som ska gälla. Emellertid kan varken klausuler av alltför fakultativ eller betungande karaktär tillerkännas verkan som suspensiva sakprövningshinder. Försteg som exempelvis anger att parterna ska eftersträva, överväga eller söka en samstämmig lösning är inte konkreta nog för att förplikta parterna att vidta en viss åtgärd och en alltför betungande åtgärd skulle i realiteten beröva en part rätten till rättslig prövning.<sup>32</sup>

Avslutningsvis kan nämnas att Söderlund ställer sig en aning skeptisk till användningen av multimodala tvistlösningsklausuler. Emellertid skulle det kunna vara så att de faktiskt bidrar med nytta beaktandes det faktum att parterna tvingas till förhandlingsbordet och att de på så vis, i vissa fall, finner en samförståndslösning.<sup>33</sup>

## 2.6 Finn Madsen

Finn Madsen är verksam inom tvistlösning och arbetar som advokat på advokatfirman Vinge i Malmö.<sup>34</sup>

Madsen har i sitt verk *Skiljeförfarande i Sverige – en kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut* behandlat multimodala tvistlösningsklausuler och frågan huruvida förstegen i en klausul av nämnda slag ska anses utgöra processhinder när klausulen bottnar i en skiljeklausul. Mot bakgrund av att det för svensk rätt saknas vägledande praxis på området menar Madsen på att det får anses vara oklart huruvida en skiljenämnd skulle förklara sig obehörig att döma i en tvist om förstegen inte vidtagits men understryker att det i vart fall skulle röra sig om ett dispositivt processhinder om så var fallet.<sup>35</sup> Mot bakgrund av ett flertal internationella avgöranden kommer Madsen fram till att ett icke vidtagande av ett försteg i en multimodal tvistlösningsklausul inom vissa rättsordningar kan utgöra rättegångshinder.<sup>36</sup>

I verket belyser Madsen även argument som talar mot att förstegen i en multimodal tvistlösningsklausul ska utgöra processhinder. För det första förutsätter alternativa tvistlösningsformer (ADR) frivillighet och parternas

---

<sup>31</sup> Söderlund 2005/06, s. 195.

<sup>32</sup> Söderlund 2005/06, s. 196.

<sup>33</sup> Söderlund 2005/06, s. 196.

<sup>34</sup> [www.vinge.se](http://www.vinge.se), Finn Madsen.

<sup>35</sup> Madsen 2009, s. 164 och 185.

<sup>36</sup> Madsen 2009, s. 185 not 551.

samtycke. Detta talar för att ett sådant förfarande inte borde kunna påtvingas dem. För det andra skulle en sådan uppfattning stå i strid med principen att processuella avtal per se är ogiltiga förutsatt att undantag inte är angivet i lag. För det tredje skulle en sådan uppfattning kunna tänkas strida mot art. 6.1 EKMR samt art. 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.<sup>37</sup>

Sammantaget kan sägas att Madsen inom vissa utländska rättsordningar har kunnat urskilja ställningstaganden beträffande den processuellt bindande verkan som förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler kan tänkas medföra men att rättsläget i Sverige får anses som oklart på grund av avsaknaden av vägledande praxis.

## 2.7 Oldenstam, Andersson, Monell & Eliasson

Robin Oldenstam, Fredrik Andersson, Christoffer Monell och Nils Eliasson är verksamma inom tvistlösning och arbetar som advokater på advokatfirman Mannheimer Swartling.<sup>38</sup>

Oldenstam, Andersson, Monell och Eliasson har tillsammans låtit sammanställa en handbok<sup>39</sup> vars syfte varit att ge konkret vägledning avseende kommersiell tvistlösning. De rekommendationer som ges i boken präglas emellertid av författarnas individuella uppfattningar och förmedlar således inte en enhetlig bild av byråns samlade uppfattning. Guiden riktar sig primärt till svenska jurister och är av generell karaktär och således inte specifikt avsedd för någon särskild rättsordning.

I handboken anges att multimodala tvistlösningsklausuler vittnar om en god ambition hos parterna att lösa en uppkommen tvist i samförstånd men att de i realiteten inte nödvändigtvis är parterna till gagn. Anledningen till detta ställningstagande är att förståndiga parter, oavsett förekomsten av en förhandlingsklausul, kommer att försöka nå en samstämmig lösning innan de prövar tvisten genom ett rättsligt förfarande. Således skulle klausuler av nämnda slag kunna ses som överflödiga och till och med som direkt skadliga. Anledningen till detta är att de potentiellt, beroende på deras utformning, skulle kunna missbrukas av en part som vill försena en rättslig process avseende prövning i domstol eller genom skiljeförfarande.<sup>40</sup> Har en avtalad förhandlingsskyldighet inte uppfyllts kan detta i vissa fall nämligen utgöra processhinder.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Madsen 2009, s. 185 not 551.

<sup>38</sup> Oldenstam m.fl. 2013, s. 5 och 6.

<sup>39</sup> Guide till kommersiell tvistlösning – tvistlösningsmetoder och klausuler i svenska och internationella avtal.

<sup>40</sup> Oldenstam m.fl. 2013, s. 24.

<sup>41</sup> Oldenstam m.fl. 2013, s. 24 och 25.

Mot bakgrund av det sagda ges i handboken en uppmaning att undvika klausuler av nämnda slag med anledning av att de har en tendens att generera mer skada än nytta. Önskar två parter trots detta avtala om att förhandlingar ska äga rum innan en tvist får prövas genom ett rättsligt förfarande uppmanar författarna att parterna anger att förhandlingarna när som helst får avbrytas i det fall någon av parterna önskar att inleda ett rättsligt förfarande.<sup>42</sup>

## 2.8 Erik Ficks

Erik Ficks är verksam inom bland annat immaterialrätt och tvistlösning och arbetar som advokat på advokatfirman Roschier i Stockholm.<sup>43</sup>

Ficks inställning till frågan huruvida förstegen i en multimodal tvistlösningsklausul bör anses utgöra processhinder framgår av titeln till hans artikel *Avtal om att lösa en tvist genom medling utgör inte rättegångshinder eller hinder mot skiljeförfarande*.<sup>44</sup> Som stöd för detta ställningstagande hänvisar Ficks till departementspromemorian<sup>45</sup> och propositionen<sup>46</sup> till medlingslagen där det uttryckligen anges att ett avtal om att lösa en tvist genom medling inte bör anses utgöra processhinder.<sup>47</sup> I artikeln medger Ficks att rättsläget avseende multimodala tvistlösningsklausulers processrättsligt bindande verkan inte är helt klart men att det framstår som svårt att argumentera för en annan ståndpunkt än den som kommer till uttryck i förarbetena. Där bekräftas nämligen den sedan länge allmänt rådande principen att processuella avtal per se är ogiltiga om inget undantag är angivet i lag.<sup>48</sup> Vidare har Ficks hävdad att äldre artiklar där en annan uppfattning förespråkas, däribland Söderlunds *Multimodala Tvistlösningsklausuler*, idag bör ses i ett annat ljus beträffande de delar som behandlar frågan om rättegångshinder samt hinder mot skiljeförfarande och att dessa uttalanden inte borde tillmätas någon större vikt idag.<sup>49</sup> Emellertid har Ficks även givit uttryck för att suspensiva rättegångshinder inte torde stå i strid med rätten till en rättvis rättegång.<sup>50</sup> Detta torde betyda att Ficks tillmäter lagstiftarens bekräftande uttalanden avseende principen om processuella avtals ogiltighet väldigt högt värde. I sammanhanget bör även nämnas att Ficks, liksom Söderlund, gjort en jämförelse av det svenska rättsläget med rättsläget i England och kommit till samma slutsats som Söderlund, det vill säga att ett avtal om att medla utgör ett suspensivt rättegångshinder förutsatt att avtalsvillkoret uppnår en tillräcklig grad av precision.<sup>51</sup>

---

<sup>42</sup> Oldenstam m.fl. 2013, s. 25.

<sup>43</sup> [www.roschier.com](http://www.roschier.com), Erik Ficks.

<sup>44</sup> Ficks 2013/14, s. 736.

<sup>45</sup> Ds 2010:39.

<sup>46</sup> Prop. 2010/11:128.

<sup>47</sup> Ficks 2013/14, s. 736 och 737.

<sup>48</sup> Ficks 2013/14, s. 737.

<sup>49</sup> Ficks 2013/14, s. 737 och 737 not 6.

<sup>50</sup> Ficks 2013/14, s. 737.

<sup>51</sup> Ficks 2013/14, s. 738 ff.

Ficks har även diskuterat vilandeförklaring av mål, vilket torde vara det vanligaste systemet inom andra EU-länder när ett suspensivt sakprövningshinder med anledning av en medlingsklausul anses föreligga.<sup>52</sup> Beträffande svenska förhållanden har Ficks uppgett, med hänvisning till gällande principer om skyndsam handläggning, att det är att anse som osannolikt att en domare med stöd av 32 kap. 5 § rättegångsbalken (RB) skulle vilandeförklara ett mål i avvaktan på att två parter förlikningsförhandlade enligt avtal.<sup>53</sup> Beträffande skiljeförfaranden menar Ficks på att det är än mer osannolikt att ett mål skulle vilandeförklaras mot bakgrund av att en medlingsklausul inte efterlevts med hänvisning till kravet på snabb handläggning som återfinns i 21 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF) samt SHS:s skiljedomsregler.<sup>54</sup> En annan fråga som Ficks behandlar är huruvida ett försteg i en multimodal tvistlösningsklausul skulle kunna utgöra ett dispositivt processhinder, om än suspensivt, inför en skiljenämnd. Ficks menar på att så skulle kunna vara fallet om man ser till den gemensamma partsviljan och skiljemännens bristande behörighet. Emellertid understryker Ficks att regeringen givit uttryck för en motsatt uppfattning i förarbetena till medlingslagen och att det således borde vara svårt att argumentera för att underlåtenhet att följa ett föreskrivet försteg skulle föranleda bristande behörighet.<sup>55</sup>

Avslutningsvis lyfter Ficks frågan vilka konsekvenser som skulle kunna uppstå om en part avsiktligt ignorerar ett försteg angivet i en multimodal tvistlösningsklausul och väcker talan i allmän domstol eller skiljedomstol. Ficks menar på att det finns två tänkbara följder. Ena följden bottnar i det faktum att en sådan underlåtenhet utgör kontraktsbrott och därmed kan medföra skadeståndsskyldighet.<sup>56</sup> Det skulle emellertid vara mycket svårt att påvisa liden skada och således hade troligtvis ett sådant anspråk lämnats utan bifall. Den andra tänkbara följden är att se kontraktsbrottet som så pass väsentligt att den skadelidne parten fick rätt att häva avtalet, antingen i dess helhet eller i vart fall avseende tvistlösningsklausulen. Med stöd av separabilitetsdoktrinen skulle detta innebära, i det fall klausulen bottnade i ett skiljeavtal, att hela skiljeavtalet skulle kunna hävas.<sup>57</sup> Detta innebär att en skadeliden part skulle kunna förhindra en rättslig prövning med stöd av kontraktsrättsliga principer.<sup>58</sup>

Mot bakgrund av det sagda uppmanar Ficks en part som avser ingå ett avtal innehållandes en multimodal tvistlösningsklausul att noggrant reflektera över potentiella konsekvenser och att den part som avser avvika från den avtalade klausulen att vara lyhörd och vidta försiktighet.<sup>59</sup>

---

<sup>52</sup> Ficks 2013/14, s. 738.

<sup>53</sup> Ficks 2013/14, s. 741.

<sup>54</sup> Ficks 2013/14, s. 741.

<sup>55</sup> Ficks 2013/14, s. 741 och 742.

<sup>56</sup> Ficks 2013/14, s. 742.

<sup>57</sup> Ficks 2013/14, s. 743.

<sup>58</sup> Ficks 2013/14, s. 742 – 744.

<sup>59</sup> Ficks 2013/14, s. 744.

## 2.9 Avslutande reflektioner

I det här kapitlet har röster framförda i doktrinen avseende multimodala tvistlösningsklausuler presenterats. En majoritet av dessa torde vara av uppfattningen att förstegen i en multimodal tvistlösningsklausul varken torde eller borde utgöra processhinder. Det förekommer dock bidrag inom doktrinen där en motsatt uppfattning förespråkats. Sammantaget kan emellertid konstateras att den enhetliga uppfattningen är att rättsläget får anses vara oklart beaktandes det faktum att det än så länge saknas såväl vägledande praxis som lagstiftning på området.

Inom vissa utländska rättsordningar skiljer sig rättsläget i förhållande till det svenska. I exempelvis England utgör under vissa förutsättningar ett försteg om att medla ett suspensivt rättegångshinder och rättsläget får därmed anses vara relativt klart i den mån det finns praxis på området.

De mest framträdande argumenten för att ett försteg inte borde vara processrättsligt bindande har för det första varit att det skulle kunna åsidosätta den oförytterliga rätten till domstolsprövning, för det andra att det skulle strida mot den för svensk rättstradition så starkt rotade principen att processuella avtal per se är ogiltiga om inte undantag är angivet i lag samt för det tredje att det skulle kunna missgynna en svagare part och bidra till rättsosäkerhet. På motsvarande vis har det framförts åsikter som hävdar att principen om processuella avtals ogiltighet är omodern, att partsinflytandet har fått en allt centralare roll idag samt att rätten till domstolsprövning inte åsidosätts bara för att en part under en viss tid är bunden av att vidta ett föreskrivet försteg. Det är tämligen intressant att se hur åsikterna kan gå åt olika håll och att samma mynt kan ha två så vitt skilda sidor. Det är även intresseväckande att den engelska synen avseende processrättslig bundenhet i inte obetydlig utsträckning kommit att skilja sig från den svenska.

I de kommande kapitlen ska följaktligen motsättningarnas ursprung studeras närmare. Vilket är egentligen det rättsliga skyddet för domstolsprövning och är denna rätt oförytterlig? Vilken verkan har egentligen principen om processuella avtals ogiltighet och hur kommer det sig att den i Sverige fått sådant starkt fäste medan processuella avtal synes vara giltiga i England? Hur ser rättsläget ut inom andra common law-länder? Handlar det enbart om juridik eller kan det tänkas handla lika mycket politik?

Innan en redogörelse ges för de ovan nämnda frågorna följer ett kapitel om alternativ tvistlösning. Avsikten med detta kapitel har varit att ge läsaren ytterligare information samt en introduktion till hur de multimodala tvistlösningsklausulerna kom att bli ett allt vanligare inslag för svensk rätt.

## 3 Alternativ tvistlösning

I det föregående kapitlet gjordes en kartläggning av den svenska synen avseende multimodala tvistlösningsklausuler. Detta kapitel är följaktligen avsett för att redogöra för alternativ tvistlösning och tre former av ADR: förlikningsförhandling, medling och förfarandet inför tvistlösningsnämnd. Dessa förfaranden utgör nämligen potentiella försteg i en multimodal tvistlösningsklausul och genom den kommande framställningen ska eventuella oklarheter beträffande respektive förstegs potentiella processrättsligt bindande verkan utredas.

I detta sammanhang är det även av intresse att placera skiljeförfarandet på den civilprocessrättsliga kartan. Många torde vara överens om att skiljeförfarandet är en form av ADR.<sup>60</sup> Det förekommer emellertid förespråkare för en motsatt uppfattning.<sup>61</sup> Inom ramen för detta arbete har skiljeförfarandet funnits ha större likheter med domstolsförfarandet än med ADR och följaktligen kommit att lämnas utanför detta avsnitt om alternativ tvistlösning.

### 3.1 Rättsliga utgångspunkter

De alternativa tvistlösningsformerna kan ses som en konsekvens av den privata rättskipningens framväxt. I flertalet stater, där USA får anses vara den främsta företrädaren, har sedan 1970-talets mitt skett en förskjutning från dominant statlig rättskipning till en allt mer etablerad privat rättskipning med olika former av alternativ till domstolsprövning.<sup>62</sup> Utöver de former av ADR som kommer att behandlas i det här arbetet kan exempelvis nämnas Arbitration-Mediation, Final-Offer Arbitration, Mini-Trial och Rent a Judge.<sup>63</sup> En av anledningarna till att denna förskjutning ägt rum har varit överbelastade domstolar med långa handläggningstider och kostsamma förfaranden.<sup>64</sup> Beaktandes den snabbt expanderande marknaden med gränsöverskridande handel kan detta lätt förstås mot bakgrund av att tvister som uppstår till följd av internationell handel snabbt måste lösas för att ett framgångsrikt samarbete ska kunna fortgå.<sup>65</sup> Med anledning av detta har ADR, ett snabbt, billigt, vänligt, gränsöverskridande och forumslöst förfarande fått en plats att fylla på marknaden.<sup>66</sup> Troligtvis är denna tyngdpunktsförskjutning inte någonting som staten bedömt som negativt. Vilket kommer framgå längre fram i arbetet ägnar sig exempelvis de svenska domstolarna åt såväl förlikningsförhandlingar som medling och i

---

<sup>60</sup> Se bl.a. Lindell 2006, s. 15 och 80, Lindblom 2006, s. 101 ff. samt Westberg 2013, s. 417 och 454 ff.

<sup>61</sup> Se bl.a. Brown & Marriott 2011, s. 18 – 20 och Oldenstam m.fl. 2013, s. 23.

<sup>62</sup> Westberg 2013, s. 116.

<sup>63</sup> Lindell 2006, s. 47 och 48.

<sup>64</sup> Westberg 2013, s. 116.

<sup>65</sup> Lindell 2006, s. 69.

<sup>66</sup> Lindell 2006, s. 70.



England ses en ökad tillämpning av ADR som ett allmänt intresse. En tänkbar förklaring till detta skulle kunna härledas ur statsfinansiella intressen. Oavsett om privat eller statlig rättskipning förespråkas torde stater ha ett intresse av att hushålla med sina resurser på ett så effektivt vis som möjligt.<sup>67</sup> Med anledning av de kostsamma domstolsförfarandena kan således ADR ses som en statlig angelägenhet ur ett statsfinansiellt och resursbesparande perspektiv.

Gemensamt för de privata tvistlösningsformerna är att de kännetecknas av flexibilitet och det gemensamma partsintresset. Till skillnad från domstolsförfarandet och i viss mån skiljeförfarandet, vilka är underkastade detaljrika förfaranderegler, står det parterna mer eller mindre fritt att genom avtal utforma den process de önskar att tvisten ska vara underkastad.<sup>68</sup> Detta har resulterat i att de alternativa tvistlösningsformerna brukar beskrivas som frivilliga, informella, privata, snabba samt billiga förfaranden.<sup>69</sup> En annan gemensam nämnare för de alternativa tvistlösningsformerna är att de inte resulterar i någon verkställbar dom.<sup>70</sup> Syftet med alla former av ADR är nämligen att underlätta förlikning mellan parterna med ett civilrättsligt avtal eller beslut som resultat.<sup>71</sup> Ett sådant beslut vinner inte rättskraft och det står en missnöjd part fritt att pröva frågan på nytt inför allmän domstol eller genom skiljeförfarande.<sup>72</sup> Det bör emellertid uppmärksammas att förlikningsavtalet med största sannolikhet vid en eventuell rättslig prövning skulle komma att ligga till grund för rättens bedömning.

Tillämpningen av ADR är mer utbredd i USA och andra common law-länder än i Sverige, Norden och Europa. En förklaring till detta skulle kunna härledas ur domarens roll i de olika rättsordningarna. I USA styr parterna i stor utsträckning över processen medan den europeiska processen i större utsträckning regleras utifrån ett lagstadgat förfarande vars syfte är att utreda samt klarlägga de tvistiga frågorna.<sup>73</sup> I England var rättsläget tidigare likt det amerikanska på så vis att processen till stora delar var partsstyrd. Detta har emellertid kommit att ändras sedan antagandet av Woolf-reformerna 1998 och införandet av de nya engelska civilprocessrättsreglerna (CPR) vilket har medfört att rätten tilldelats mer makt och inflytande över processen.<sup>74</sup> En annan tänkbar förklaring till att ADR är mer utbrett inom common law-länder är att common law-systemet inte grundas på en skriven lag. Detta kan tänkas ha resulterat i ett synsätt som snarare fokuserar på behov och intressen än rättigheter och skyldigheter, vilket torde vara det övergripande synsättet för civil law.<sup>75</sup> Det gemensamma partsintresset har således varit såväl centralt som avgörande för de alternativa tvistlösningsformernas framväxt till skillnad från det reglerade förfarandet

---

<sup>67</sup> Westberg 2010, s. 53 och 54.

<sup>68</sup> Westberg 2013, s. 417.

<sup>69</sup> Westberg 2013, s. 419.

<sup>70</sup> Oldenstam m.fl. 2013, s. 24.

<sup>71</sup> Lindell 2006, s. 48.

<sup>72</sup> Westberg 2013, s. 435 och 447.

<sup>73</sup> Engström 2009, s. 20.

<sup>74</sup> Andrews 2010, s. 188.

<sup>75</sup> Lindell 2006, s. 75.

vars syfte har varit att uppfylla statens krav på en effektiv och rättssäker process.<sup>76</sup>

Trots den tyngdpunktsförskjutning som skett avseende civilrättskipning bör en inte glömma principen att processuella avtal per se är ogiltiga om det inte finns uttryckligt stöd i lag. Detta innebär att oavsett samhälleliga tendenser och tyngdpunktsförskjutningar kräver processuella avtal stöd i lag för att anses som giltiga i Sverige.

## 3.2 Boilerplate-klausuler

I takt med att affärlivet blivit mer internationaliserat har den svenska nationella rätten kommit att hamna allt mer i skuggan av den angloamerikanska rätten avseende internationell handelsrätt. Detta beror primärt på de amerikanska och engelska finansföretagens och advokatbyråernas starka ställning på detta område. Som en konsekvens av detta har vad som på engelska brukar benämnas boilerplate clauses, eller boilerplate-klausuler, blivit ett allt vanligare inslag inom svensk avtalsskrivning.<sup>77</sup> Boilerplate-klausuler kan beskrivas på följande vis:

”Med ”boilerplate clauses” avses de standardklausuler som nästan alltid återfinns i slutet av anglo-amerikanska avtal och som behandlar vissa generella frågor som inte är specifikt beroende av avtalets art och omfattning.”<sup>78</sup>

Anledningen till att klausuler av nämnda slag förs in i engelska och amerikanska avtal beror på common law-systemets uppbyggnad avseende texttrogen avtalstolkning med anledning av avsaknaden av analogier, utfyllande rätt och allmänna rättsgrundsatser.<sup>79</sup> Det har således funnits behov av att utforma detaljerade och innehållsrika avtal i betydligt större utsträckning än i exempelvis Sverige.<sup>80</sup>

Boilerplate-klausuler kan exempelvis ange att avtalet utgör parternas fulla reglering beträffande de frågor som avtalet berör eller reglera hur och under vilka omständigheter avtalet får ändras eller kompletteras.<sup>81</sup> Boilerplate-klausuler kan emellertid även ta formen av multimodala tvistlösningsklausuler.<sup>82</sup> Dessa kan tyckas vara överflödiga. Likväl förekommer de emellanåt i förebyggande syfte för att undvika en infekterad affärsrelation med anledning av att parterna blivit oense.<sup>83</sup> Multimodala tvistlösningsklausuler torde således vara ett angloamerikanskt påfund som är förenligt med common law-ländernas rättstradition men som kanske inte passar fullt lika bra för den svenska.

---

<sup>76</sup> Heuman 1999 II, s. 477.

<sup>77</sup> Edlund 2001, s. 172.

<sup>78</sup> Citat. Edlund 2001, s. 172.

<sup>79</sup> Edlund 2001, s. 172. Se även Bernitz 2013, s. 40.

<sup>80</sup> Edlund 2001, s. 172.

<sup>81</sup> Edlund 2001, s. 173.

<sup>82</sup> Christou 2012, s. 384 och 385.

<sup>83</sup> Christou 2012, s. 384.

Med det ovan sagda i åtanke ges i det följande en redogörelse för tre vanligt förekommande former av alternativ tvistlösning: förlikningsförhandling, medling och förfarandet inför tvistlösningsnämnd.

### 3.3 Förlikningsförhandling

Förlikningsförhandlingen är lättillgänglig och flexibel. Det enda kravet som måste vara uppfyllt för att parterna ska kunna initiera en förlikningsförhandling är att parterna är överens om att vilja förlikningsförhandla.<sup>84</sup> Förlikningsförhandlingar kan således inte på rättslig väg påtvingas. Detta faller sig naturligt med tanke på att ett avtal om att ingå avtal, i detta fall ett förlikningsavtal, inte är bindande. Fundamentalt för avtalsrätten är nämligen avtalsfriheten. Således kan man inte påtvingas att ingå ett avtal oavsett om man gjort en utfästelse om att göra detta.

I praktiken påbörjas förlikningsförhandlingar sällan mot bakgrund av ett avtal mellan parterna som anger att de ska förlikningsförhandla utan snarare genom att ena parten föreslår att saken ska diskuteras. Denna diskussion leder inte sällan till att parterna försöker finna en samstämmig lösning vilket i praktiken resulterar i en förlikningsförhandling.<sup>85</sup> Genomgående för förlikningsförhandlingen är just samstämmigheten. Att förlikningsförhandla handlar till stor del om att ge och ta, om att tillsammans komma överens och om att finna en kompromiss.<sup>86</sup>

I de fall parterna har avtalat om att förlikningsförhandla är klausulen inte sällan enkelt utformad och i vissa fall förenad med en tidsperiod som måste passera innan parterna ges rätt att dra tvisten inför domstol. Skälet till att ange en tidsperiod av nämnda slag har ansetts vara för att uppnå en stilleståndseffekt under vilken parterna ska ges tid och tillfälle att sansa sig.<sup>87</sup> Inte sällan ingår förhandlingsklausulen som ett försteg i en multimodal tvistlösningsklausul.<sup>88</sup> Att klausulen skulle ha en processrättsligt bindande verkan får dock anses som tveksamt. En domstol hade troligtvis varken beaktat detta som ett rättegångshinder eller vilandeförklarat målet med hänvisning till principen att processuella avtal är ogiltiga förutsatt att undantag inte är angivet i lag.<sup>89</sup> Beträffande skiljeförfarande är det emellertid tänkbart, beaktandes partsautonomins starka ställning, att skiljemännen hade vilandeförklarat målet till dess att parterna förlikningsförhandlat alternativt till dess att tidsfristen löpt ut.<sup>90</sup>

En fördel som kan lyftas fram avseende förlikningsförhandlingar är att dessa inte behöver vara underkastade rättsliga regleringar. Under förlikningsförhandlingar behöver inte nödvändigtvis parterna fundera över

---

<sup>84</sup> Westberg 2013, s. 429 och 430.

<sup>85</sup> Westberg 2013, s. 430.

<sup>86</sup> Westberg 2013, s. 436.

<sup>87</sup> Westberg 2013, s. 431.

<sup>88</sup> Westberg 2013, s. 431.

<sup>89</sup> Westberg 2013, s. 432.

<sup>90</sup> Westberg 2013, s. 433.

vem som bär det rättsliga ansvaret för tvisten eller vad följden hade blivit vid en rättslig prövning. Parterna kan istället välja att fokusera på lösningar som gynnar båda parterna och det fortsatta samarbetet.<sup>91</sup> Som en konsekvens av detta följer att förlikningsförhandlingar sällan kan resultera i full utdelning för någon av parterna.

I de fall förlikningsförhandlingar leder till en samstämmig lösning resulterar detta i ett förlikningsavtal i vilket anges vilken lösning parternas tvist har fått.<sup>92</sup> Det har redan konstaterats men är av intresse att återigen poängtera att detta endast utgör en civilrättslig överenskommelse utan processrättsliga verkningar.

Avslutningsvis bör uppmärksammas, i det fall parterna väckt talan i allmän domstol, att domstolen ska verka för att parterna förlikas förutsatt att detta inte är olämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter.<sup>93</sup> Förlikningsförhandling inom ramen för domstolsförfarandet kommer dock inte att behandlas närmare i detta arbete med anledning av att detta förutsätter att talan redan har väckts i allmän domstol och således faller utanför arbetets syfte.

## 3.4 Medling

Medling kan ses som en utökad förlikningsförhandling. I de fall tvist har uppstått och relationen mellan parterna är så pass infekterad att de varken kan eller vill diskutera saken kan en möjlig lösning vara att anlita en medlare. Medlarens uppgift är att underlätta för parterna att föra en meningsfull diskussion och på så vis öka parternas utsikter att i godo finna en samstämmig lösning.<sup>94</sup> Parterna bestämmer vem de vill ha som medlare. Medlaren bör emellertid vara lämplig för uppdraget och parterna bör ha förtroende för denne.<sup>95</sup> En lyckad medling resulterar i ett förlikningsavtal upprättat av parterna. Medlaren dömer således inte i tvisten utan har endast som funktion att möjliggöra förlikningsförhandlingen genom att agera som en slags tolk mellan parterna.<sup>96</sup> Vad som sades i det föregående avsnittet avseende förlikning gäller således även beträffande medling. I sammanhanget bör dock återigen uppmärksammas att ett avtal om att medla i vissa länder ses som ett suspensivt rättegångshinder förutsatt att klausulen uppnår en tillräcklig grad av precision.

### 3.4.1 Medling i svensk rätt

Medling har funnits i Sverige under en längre tid men är emellertid inte lika vanligt förekommande som i exempelvis Kina och USA.<sup>97</sup> Under 3.1 angavs

---

<sup>91</sup> Westberg 2013, s. 430.

<sup>92</sup> Westberg 2013, s. 434.

<sup>93</sup> Se 42 kap. 17 § 1 st. RB.

<sup>94</sup> Westberg 2013, s. 444.

<sup>95</sup> Westberg 2013, s. 447.

<sup>96</sup> Westberg 2013, s. 444.

<sup>97</sup> Engström 2009, s. 20.

att domarens skiftande roll för de olika rättsordningarna är en anledning till detta. En annan anledning är att det i Sverige i betydligt mindre utsträckning varken finns utbildade medlare eller etablerade medlingsinstitut.<sup>98</sup> Det saknas helt enkelt resurser för att tillvara de intressen som finns.

Utomprocessuell medling, det vill säga medling som sker utom ramen för domstolsförfarandet regleras genom lagen (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister. Medlingslagen är således tillämplig på medling som äger rum innan en talan väckts i domstol och som antingen initierats ad hoc eller med anledning av en medlingsklausul eller en multimodal tvistlösningsklausul innehållandes medling som försteg.<sup>99</sup> Medlingslagen karaktäriseras av frivillighet och bygger till stora delar på parternas samtycke.<sup>100</sup> Således torde en part som ingått avtal om att medla innan tvisten prövas av domstol eller skiljedomstol ha en rätt att ångra sig. Annorlunda uttryckt borde ett avtal om att lösa en tvist genom medling inte utgöra rättegångshinder eller hinder mot skiljeförfarande.<sup>101</sup> Detta ställningstagande motiveras bland annat mot bakgrund av principen att processuella avtal per se är ogiltiga förutsatt att undantag inte är angivet i lag samt beaktandes att medlingsförfarandet till stora delar bygger på parternas medverkan, inte resulterar i någon verkställbar dom samt att medlingsförfarandet inte kan garantera samma grad av rättssäkerhet som förfarandet inför allmän domstol eller skiljedomstol.<sup>102</sup> Det ovan förda resonemanget kom till uttryck redan i departementspromemorian och uppfattningen att ett avtal om att lösa en tvist genom medling inte bör utgöra rättegångshinder eller hinder mot skiljeförfarande delades sedermera av regeringen i propositionen till medlingslagen.<sup>103</sup>

Vid sidan av utomprocessuell medling förekommer även medling inom ramen för domstolsförfarandet. Denna medling benämns som särskild medling och är underkastad reglerna i RB och regleras i 42 kap. 17 § RB. Särskild medling förutsätter att det rör sig om ett dispositivt tvistemål, att parterna samtycker till medling samt att det med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter är att se som lämpligt.<sup>104</sup> Särskild medling kan initieras först efter att talan väckts i allmän domstol.<sup>105</sup> Således kommer inte förfarandet att kommenteras något ytterligare med anledning av att det till stor del faller utanför syftet för detta arbete.

### 3.4.2 Medling, EU och FN

Ovan konstaterades att de alternativa tvistlösningsformerna är såväl mer välrotade som mer frekvent tillämpade i common law-länder än i civil law-

---

<sup>98</sup> Engström 2009, s. 20 och 21.

<sup>99</sup> Engström 2011, s. 24.

<sup>100</sup> Se bl.a. 3, 4 och 9 §§ medlingslagen.

<sup>101</sup> Prop. 2010/11:128 s. 42.

<sup>102</sup> Prop. 2010/11:128 s. 43.

<sup>103</sup> Ds 2010:39 s. 65 och 66 samt Prop. 2010/11:128 s. 42 och 43.

<sup>104</sup> Se 42 kap. 17 § RB.

<sup>105</sup> Engström 2009, s. 36.

länder. De alternativa tvistlösningsformerna är emellertid på frammarsch även i Europa, vilket går att urskilja på en gemenskapsrättslig nivå. Den nyligen antagna medlingslagen bygger nämligen på ett EU-direktiv. Vidare har FN arbetat fram en modellag med rekommendationer avseende medling som implementerats som gällande rätt i vissa europeiska stater. Med anledning av detta ges i det följande en summering av några av det mest betydelsefulla internationella rättsakterna beträffande medling.

### 3.4.2.1 EU:s medlingsdirektiv

Den svenska medlingslagen är framtagen utifrån Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område (medlingsdirektivet). Mot bakgrund av detta kan således konstateras att det finns en gemenskapsrättslig strävan och ett intresse av en tilltagande tillämpning avseende medling. I direktivet anges dess syfte. Detta har varit att underlätta tillgången till alternativ tvistlösning samt att främja och uppmuntra tvistande parter att göra upp i godo genom medling som ett väl avvägt alternativ till domstolsförfarandet.<sup>106</sup> Enligt direktivet ska medling vara ett strukturerat förfarande som bygger på parternas frivillighet och som är avsett för gränsöverskridande tvister på privaträttens område.<sup>107</sup> Emellertid finns det inget som hindrar en medlemsstat från att tillämpa bestämmelserna även på interna medlingsförfaranden.<sup>108</sup> Vidare anges det att en part som valt att försöka medla varken ska vara förhindrad att väcka talan i allmän domstol eller från att inleda skiljeförfarande på grund av att talefristerna eller preskriptionsfristerna löper ut under medlingsprocessen.<sup>109</sup>

För att knyta an gemenskapsrätten till syftet med detta arbete ska frågan huruvida ett avtal om att medla utgör processhinder, om än ett suspensivt sådant, diskuteras. Till att börja med kan konstateras att medlingsdirektivet saknar bestämmelser avseende denna fråga.<sup>110</sup> Emellertid har Europarådet i en rekommendation från 2002 beträffande medling i civilrättsliga angelägenheter uttalat sig i frågan. Inledningsvis föreslås att rätten till domstolsprövning ska kvarstå i de fall två parter försökt lösa en tvist genom medling och att medlemsstaterna bör uppmärksamma det faktum att medling skulle kunna utnyttjas av taktiska skäl för att fördröja inledandet av ett rättsligt förfarande.<sup>111</sup> Medlemsstaterna uppmanas alltså att tillförsäkra rättighetsgarantier och effektivitet. Emellertid uppmanar Europarådet medlemsstaterna att själva fundera över frågan i vilken utsträckning ett avtal om att medla ska utgöra ett suspensivt rättegångshinder.<sup>112</sup> Det torde således råda osäkerhet avseende denna fråga även på gemenskapsrättslig nivå vilket skulle kunna antyda att detta ytterst är att bedöma som en nationell avvägningsfråga.

---

<sup>106</sup> Medlingsdirektivet, art. 1.

<sup>107</sup> Medlingsdirektivet, art. 1 och 3.

<sup>108</sup> Medlingsdirektivet, skäl (8).

<sup>109</sup> Medlingsdirektivet, art. 8.

<sup>110</sup> Prop. 2010/11:128 s. 43 och medlingsdirektivet e contrario.

<sup>111</sup> Europarådets medlingsrekommendation III.

<sup>112</sup> Europarådets medlingsrekommendation IV.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det på en gemenskapsrättslig nivå går att urskilja en strävan efter en ökad tillämpning av alternativa tvistlösningsformer men att det råder osäkerhet huruvida medling ska ses som ett suspensivt processhinder eller ej. Såsom Europarådet har uttalat sig i frågan torde denna avvägning vara upp till medlemsstaterna att reglera.

### 3.4.2.2 UNCITRAL:s modellag avseende medling

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) består av representanter från 60 medlemsstater som tillsammans verkar under en 6-årsperiod och bildades på initiativ av FN:s generalförsamling 1966 med syfte att harmonisera medlemsstaternas regler avseende internationell handel.<sup>113</sup> År 2002 lade UNCITRAL fram ett förslag på en modellag avseende internationell medling som sedan antogs av generalförsamlingen samma år.<sup>114</sup> Modellagen har stora likheter med EU:s medlingsdirektiv och bygger till stora delar på partsautonomi och frivillighet.<sup>115</sup> Även om modellagen primärt tar sikte på medling i internationella sammanhang uppmanas medlemsstaterna att inkorporera modellagen med nationell rätt.<sup>116</sup> Detta har skett i 14 länder inbegripet bland annat 12 Amerikanska stater, två Kanadensiska provinser, Frankrike, Schweiz och Belgien.<sup>117</sup> Det föreligger alltså ingen skyldighet för medlemsstaterna att införliva modellagen med nationell rätt och de stater som väljer att göra det får dessutom modifiera och anpassa bestämmelserna på ett ändamålsenligt sätt som går i linje med den nationella lagstiftningen.<sup>118</sup>

Sverige är ett av de länder som valt att inte införliva modellagen med nationell rätt. Skälen för detta är bland annat att modellagen saknar bestämmelser avseende medlingens inverkan på talefrister samt att modellagen innehåller regleringar som ansetts stå i strid med svensk rättstradition.<sup>119</sup> En av dessa bestämmelser är art. 13 i modellagen. Bestämmelsen anger att en domstol eller skiljedomstol är skyldig att beakta ett avtal i vilket parterna uttryckligen angett att de ska medla och därmed av sagt sig rätten att inleda ett rättsligt förfarande till dess att en viss tidsperiod passerat eller till dess att en viss händelse ägt rum.<sup>120</sup> Bestämmelsen har kommenterats i förarbetena till den svenska medlingslagen där det anges att det förvisso inte föreligger hinder mot att avtala om hur en framtida tvist ska lösas men att bestämmelsen i modellagen står i strid med en för den svenska rättsordningen grundläggande princip, nämligen principen att processuella avtal per se är ogiltiga förutsatt att undantag inte är angivet i lag.<sup>121</sup> Följaktligen, grundat på lagstiftarens beslut om att inte inkorporera modellagen med svensk rätt,

---

<sup>113</sup> Engström 2011, s. 103.

<sup>114</sup> Engström 2011, s. 104.

<sup>115</sup> Se bl.a. artiklarna 1.7, 3, 5.1, 6.1, 9 och 11 UNCITRAL:s modellag.

<sup>116</sup> Art. 1.1 not 1 UNCITRAL:s modellag.

<sup>117</sup> [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>118</sup> Engström 2011, s. 104.

<sup>119</sup> Prop. 2010/11:128 s. 39.

<sup>120</sup> Art. 13 UNCITRAL:s modellag.

<sup>121</sup> Prop. 2010/11:128, s. 43.

är det möjligt att anta att Sverige i dagsläget inte har ansetts vara redo för ytterligare ett undantag från principen.

## 3.5 Tvistlösningsnämnd

Att lösa en tvist inför en tvistlösningsnämnd innebär att parterna anlitar en utomstående part, en privatdomare, som löser tvisten.<sup>122</sup> Dessa kan vara flera till antalet och det står parterna fritt att bestämma vem de vill anförtro uppgiften.<sup>123</sup> Inte sällan är privatdomaren sakkunnig inom exempelvis teknik eller ekonomi.<sup>124</sup> Fördelarna med förfarandet har ofta framlyfts vara dess privata karaktär samt den sekretess som följer av detta. Man skulle kunna tänka sig att det hade varit tillräckligt med skiljeförfarandet för att uppnå detta syfte. Emellertid är det tänkbart att efterfrågan efter ett än mer privat förfarande har ökat i takt med att skiljeförfarandet i allt större mån formaliserats och institutionaliserats.<sup>125</sup> Till skillnad från skiljeförfarandet saknas nämligen lagregleringar avseende hur ett förfarande inför en tvistlösningsnämnd ska gå till vilket har medfört att parterna givits mandat att utforma processen utifrån sina specifika ändamål och preferenser.<sup>126</sup>

Till sin utformning behöver inte en klausul om att lösa en tvist inför en tvistlösningsnämnd vara detaljrik. Det väsentliga är att parternas gemensamma avsikt tydligt kommer till uttryck och går att urskilja.<sup>127</sup> Dessa klausuler, liksom förliknings- och medlingsklausuler, saknar processrättsliga verkningar och är snarare att se som civilrättsliga överenskommelser och torde således inte kunna anses utgöra rättegångshinder.<sup>128</sup> En tvistlösningsnämnds beslut är inte heller processrättsligt bindande och således kan en missnöjd part välja att pröva frågan på nytt inför en allmän domstol eller en skiljedomstol.<sup>129</sup>

### 3.5.1 Tvistlösningsnämnd med anledning av byggentreprenad

Det är inte ovanligt att tvistlösningsnämnder inrättas för större byggentreprenader.<sup>130</sup> Nämnderna upprättas redan i ett tidigt skede och förblir sedan permanenta för projektet. Skälen för detta är flera. Till att börja med följer det mer eller mindre av byggprojektets natur att tvister som uppstår bör lösas snabbt och på plats. Inte sällan lyder projekten under strikta tidsramar och det skulle bli förödande för projektets fortsatta utveckling om det fördröjdes på grund av oenigheter som uppstod mellan parterna. Vidare skulle det bli såväl kostsamt som tidsödande om separata

---

<sup>122</sup> Westberg 2013, s. 417.

<sup>123</sup> Westberg 2013, s. 485.

<sup>124</sup> Westberg 2013, s. 480.

<sup>125</sup> Westberg 2013, s. 479.

<sup>126</sup> Westberg 2013, s. 486.

<sup>127</sup> Westberg 2013, s. 484.

<sup>128</sup> Westberg 2013, s. 484 och 485.

<sup>129</sup> Westberg 2013, s. 487.

<sup>130</sup> Westberg 2013, s. 483.



nämnder inrättades för varje specifik tvist som uppstod. Således inrättas nämnderna redan i ett tidigt skede för att snabbt vara införstådda i de frågor som parterna kan tänkas börja tvista om. Slutligen passar det bra att låta en tvistlösningsnämnd utgöra en slags första instans för att på så vis lösa mindre angelägna frågor som inte behöver lösas genom exempelvis skiljeförfarande. Mot bakgrund av detta utformas tvistlösningsklausulerna ofta som multimodala vilket gör att det liknar ett flerstansförfarande där nämnden utgör underrätt och prövar alla frågor medan överrätten, skiljenämnden eller den allmänna domstolen, endast har att pröva mer invecklade frågor i de fall en part är missnöjd med nämndens beslut.<sup>131</sup>

### 3.5.2 FIDIC - International Federation of Consulting Engineers

Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils/International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) är en internationell konsultorganisation som grundades 1913 av företrädare från Belgien, Frankrike och Schweiz och som bland annat tagit fram standardavtal avsedda för entreprenadområdet.<sup>132</sup> Sedan oktober 2014 utgörs FIDIC av sammanslutningar från 99 olika länder, däribland föreningar från bland annat Storbritannien, USA, Kanada, Australien och Sverige.<sup>133</sup> Avtalen tillämpas i mycket stor utsträckning och är framtagna i synnerhet mot bakgrund av anglosaxisk rättstradition.<sup>134</sup> För att illustrera hur tvistlösning kan regleras i flera led ges nedan exempel på tvistlösningsbestämmelser hämtade från FIDIC:s röda<sup>135</sup> bok.

Art. 3.1. The employer shall appoint the Engineer who shall carry out the duties assigned to him in the Contract. [...].

Art. 3.5. Whenever these Conditions provide that the Engineer shall proceed in accordance with this Sub-Clause 3.5 to agree or determine any matter, the Engineer shall consult with each Party in an endeavour to reach agreement. If agreement is not achieved, the Engineer shall make a fair determination in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances. [...].

Art. 20.4. If a dispute (of any kind whatsoever) arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of Works, including any dispute as to any certificate, determination, instruction, opinion or valuation of the Engineer, either party may refer the dispute in writing to the DAB for its decision, with copies to the other Party and the Engineer. [...].

Art. 20.6. Unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration. [...].

---

<sup>131</sup> Westberg 2013, s. 483 och 484.

<sup>132</sup> Se About FIDIC, fidic.org och FIDIC history, fidic.org.

<sup>133</sup> Se FIDIC members, fidic.org.

<sup>134</sup> Bernitz 2013, s. 32 not 43.

<sup>135</sup> Standardavtalet Conditions of Contract for Construction brukar benämnas The Red Book eller FIDIC:s röda bok och är avsett för byggtreprenader till skillnad från exempelvis The Yellow Book som är avsedd för totalentreprenader. För mer info se Which FIDIC contract should I use?, fidic.org.

## 3.6 Avslutande reflektioner

Detta kapitel har behandlat alternativa tvistlösningsformer. Inledningsvis framhölls att ADR kan ses som en konsekvens av den privata rättskipningens framväxt med anledning av överbelastade domstolar, behäftade med långa handläggningstider och kostsamma förfaranden. ADR hade således en plats att fylla på marknaden och gjorde så också, primärt med utgångspunkt i USA. Än idag har ADR starkast fäste i USA och andra common law-länder vilket bland annat kan förklaras mot bakgrund av parternas centrala roll för processen och rättssystemens konstruktion, primärt utformad utifrån behovsorienterad praxis snarare än rättighetsinriktad författning.

Den snabbt växande internationella handeln har givit upphov till såväl en tilltagande tillämpning av ADR som ett mer angloamerikanskt globalt inriktat synsätt inom vissa rättsområden. Det faktum att den angloamerikanska rättstraditionen kommit att spridas grundar sig primärt på att såväl England som USA är starka och inflytelserika ekonomier. En annan faktor som kan ha bidragit till att just dessa länder blivit så pass inflytelserika kan tänkas vara att det inte funnits någon större språklig barriär som förhindrat handel och utbyte med nämnda nationer.

Gemensamt för samtliga typer av ADR är att de präglas av parternas gemensamma intresse, att de inte resulterar i någon verkställbar dom samt att deras övergripande syfte är att verka för att parterna förlikas.

På såväl en gemenskapsrättslig som en internationell nivå går det att urskilja en strävan efter en utökad tillämpning av ADR, inte minst beträffande medling. Det verkar emellertid råda osäkerhet huruvida ett avtal om medling bör anses utgöra processhinder och att denna fråga tills vidare är att betrakta som en nationell angelägenhet. Den svenska lagstiftarens åsikt har kommit till uttryck i förarbetena där det anges att ett avtal om medling varken borde utgöra rättegångshinder eller hinder mot skiljeförfarande. Denna inställning grundar sig bland annat på principen om processuella avtals ogiltighet, medlingens frivilliga karaktär, det faktum att medling inte resulterar i någon verkställbar dom samt det faktum att medlingsförfarandet inte kan likställas med domstols- eller skiljeförfarandet beträffande graden av rättssäkerhet.

En kan fråga sig om lagstiftarens uttalande verkligen är välmotiverat. Principen att processuella avtal är ogiltiga om inte undantag ges i lag är visserligen en hörnsten inom svensk rätt, emellertid kanske det finns fog för att utreda huruvida medling borde utgöra undantag från principen.

De anförda argumenten att medling inte resulterar i någon verkställbar dom samt det faktum att medlingsförfarandet inte går att likställa med domstols- eller skiljeförfarandet avseende grad av rättssäkerhet torde inte vara avgörande för denna bedömning. Det handlar trots allt inte om att medlingsförfarandet skulle ersätta eller likställas med något av förfarandena utan endast om att det skulle utgöra ett tillfälligt sakprövningshinder. Att

medlingsförfarandet, i vart fall ett framgångsrikt medlingsförfarande, förutsätter frivillighet och parternas gemensamma strävan att försöka komma överens talar visserligen för att det kan tyckas vara onödigt att göra förfarandet till tvingande. Emellertid skulle en tvingande bestämmelse att vidta medlingsförhandlingar kunna resultera i att parterna förliktes, vilket troligtvis inte hade skett om de inte tvingats till förhandlingsbordet.

Det har konstaterats att den svenska rätten blir allt mer influerad av den angloamerikanska. Vidare är det inte bara England och USA som under vissa förutsättningar betraktar medling som en bindande process. Ovan konstaterades att Frankrike, Belgien och Schweiz, vilka dessutom var grundarna av FIDIC, har införlivat UNCITRAL:s modellag med nationell rätt. Detta torde tyda på att nämnda rättsordningar anpassat sig efter det angloamerikanska synsättet vilket innebär att det även inom Europa skulle finnas en ökad tendens att betrakta medling som suspensivt processhinder.

Beaktandes den allt mer växande och överlappande internationella marknaden kanske det är nödvändigt för lagstiftaren att anpassa den svenska lagen till internationella förhållanden. Med detta menas inte att principen om processuella avtals ogiltighet skulle vara utan verkan eller ifrågasättas. Principen är fast rotad och skulle inte under några som helst omständigheter kunna ignoreras utan vidare eftertanke. Däremot skulle det vara möjligt att göra ett lagstadgat undantag från principen. I det fall medling kom att utgöra ytterligare ett undantag från principen skulle detta troligtvis dra till sig stor uppmärksamhet vilket inte enbart skulle medföra att rättsläget blev klarare utan även att avtalsskrivande parter skulle bli bättre införstådda i vilka konsekvenser en multimodal tvistlösningsklausul innehållandes ett försteg om medling skulle kunna medföra.

Huruvida Sverige är redo för ytterligare ett undantag är svårt att förutspå. Ovan konstaterades nämligen att Sverige i stor utsträckning saknar etablerade medlingsinstitut och skickliga medlare av det slag som återfinns inom andra rättsordningar. Kanske är det just avsaknaden av erfarenhet och expertis som fått lagstiftaren att tveka?

Avslutningsvis har det funnits anledning att kommentera lagstiftarens uttryck för att ett avtal om medling inte borde utgöra hinder mot att inleda skiljeförfarande. Denna inställning är nämligen svårare att rättfärdiga än att ett avtal om medling inte borde utgöra hinder mot att väcka talan i allmän domstol. Skälet för detta grundar sig på skiljeförfarandets starka prägel av det gemensamma partsintresset. En skiljenämnd har i betydligt större omfattning än en domstol att ta hänsyn till vad parterna har kommit överens om. Således skulle en skiljenämnd kunna komma att betrakta sig som obehörig att döma i en tvist och följaktligen avvisa en väckt talan till dess att ett visst försteg vidtagits eller till dess att en viss tidsfrist löpt ut. Lagstiftarens uttalande har hittills i ytterst liten mån kommenterats i doktrinen. Det är således ovisst att säga hur den fortsatta debatten kommer att se ut, emellertid kommer uttalandet med största sannolikhet att fylla en allt större plats i framtiden.

## 4 Rätt till en rättvis rättegång

En av rättsstatens mest fundamentala rättigheter är rätten till en rättvis rättegång. Det har hävdats att denna rätt är oförytterlig och inte kan ifrågasättas. Vad innebär det i förhållande till multimodala tvistlösningsklausuler? Om domstolen avvisade en talan på grund av att ett försteg avseende alternativ tvistlösning inte vidtagits, skulle det innebära att rätten till domstolsprövning blev kränkt? I detta sammanhang är det i synnerhet två frågor som bör uppmärksammas. Dels frågan om ett avtalat försteg över huvud taget ska kunna åsidosätta rätten till domstolsprövning, dels huruvida kravet på skälig tid föranleder att förstegen inte ska kunna utgöra suspensiva processhinder. Vid besvarandet av frågorna kommer ledning sökas i förhållande till den rätt som EKMR tillförsäkrar. Relevanta bestämmelser finns, som tidigare framkommit, även i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna samt i den svenska grundlagen. Emellertid har EKMR, såväl innan som efter dess införlivande med svensk rätt 1995, tillmätts en särskild betydelse i svensk rättstillämpning och intagit en ställning som överordnad inhemsk lagstiftning.<sup>136</sup> Mot bakgrund av det sagda har det funnits vara tillräckligt att endast redogöra för utvalda delar av det skydd som tillförsäkras genom EKMR.

### 4.1 Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna

Art. 6 EKMR reglerar rätten till domstolsprövning samt rätten till en rättvis rättegång. Bestämmelsen är uppdelad i tre punkter där den första punkten är mer allmänt hållen, tillämplig på såväl civilrättsliga mål som på brottmål medan de två senare punkterna enbart reglerar brottmål. Således kommer endast EKMR art. 6.1 att behandlas. Bestämmelsen har följande lydelse:

Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag.

Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.

En förutsättning för att art. 6.1 ska kunna uppfylla sitt syfte är att rätten till domstolsprövning är reell och effektiv. Detta innebär att en tvist som är föremål för domstolsprövning måste lösas innan ett avgörande blir utan praktisk verkan för parterna. Europadomstolen har vid ett flertal tillfällen framhållit detta och en fördröjd rättslig prövning som till följd får avgörandet att bli utan praktisk verkan för parterna kan följaktligen anses stå

---

<sup>136</sup> Danelius 2012, s. 39.

i strid med art. 6.1 med anledning av att rätten i de fallen gjorts illusorisk.<sup>137</sup> Mot bakgrund av det sagda måste domstolsprövning ske inom relevanta tidsramar och vara effektiv.

Art. 6.1 innehåller ett krav på att var och en har rätt till domstolsprövning inom skäligen tid. För tvistemål har tidsramen som bestämmelsen åsyftar fastslagits löpa från den dag tvisten anhängiggörs vid domstol till och med den dag då det finns en slutgiltig, verkställbar samt lagakraftvunnen dom.<sup>138</sup> Europadomstolen har uppställt ett flertal kriterier som beaktas vid bedömningen av huruvida en tvist avgjorts inom skäligen tid. Aspekter som beaktas är bland annat målets komplexitet, parternas agerande samt domstolens handläggning. Mycket komplicerade mål samt parts försumlighet avseende processföring torde föranleda en förlängd tidsrymd beträffande vad som får anses som skäligt medan faktorer som att domstolen av försumlighet inte satt ut mål till förhandling inom rimlig tid eller domstolens ineffektivitet talar för att målet inte avgjorts inom skäligen tid.<sup>139</sup>

Avslutningsvis bör konstateras att parter som önskar avstå från rätten till domstolsprövning genom att exempelvis avtala om att lösa en uppkommen tvist genom skiljeförfarande ska tillåtas detta förutsatt att det rör sig om ett dispositivt tvistemål.<sup>140</sup> Ett sådant avstående måste emellertid grundas på frivillighet och får inte föranledas av vilseledande eller felaktig information från domstol eller myndighet.<sup>141</sup> Frågan huruvida ett avstående från domstolsprövning skulle kunna kränka rätten till domstolsprövning och därmed strida mot art. 6.1 EKMR har bland annat varit uppe till prövning i Högsta domstolen i rättsfallet NJA 1994 s. 712 II. Målet gällde bland annat tolkning av ett för en grupplivförsäkring gällande försäkringsvillkor vars syfte varit att möjliggöra snabba och enkla avgöranden i vissa frågor, inbegripet frågor rörande sammanboende. Avtalet hade ingåtts som ett kollektivavtal mellan ett flertal förbund och hade följande lydelse:

Tvister om tolkning eller tillämpning av dessa försäkringsbestämmelser avgörs - med de undantag, som anges i nästföljande stycke - av en permanent skiljenämnd om sju ledamöter.

KFA äger slutligt avgöra vissa frågor, bl.a. frågor om sammanboende enligt § 17 mom 3.

Skiljenämndens ledamöter fungerar som rådgivningsnämnd åt KFA vid dess avgörande av frågor, som enligt föregående stycke inte kan hänskjutas till avgörande av skiljenämnd.<sup>142</sup>

HD fann, med hänvisning till Europadomstolens inställning till att avsäga sig rätten till domstolsprövning samt till förhållandena för villkorets tillkomst att försäkringsvillkoret inte kunde anses strida mot art. 6.1 EKMR.<sup>143</sup>

---

<sup>137</sup> Danelius 2012, s. 197.

<sup>138</sup> Danelius 2012, s. 303.

<sup>139</sup> Danelius 2012, s. 304.

<sup>140</sup> Danelius 2012, s. 196 och 218.

<sup>141</sup> Danelius 2012, s. 197.

<sup>142</sup> NJA 1994 s. 712 II, s. 712 och 713.

<sup>143</sup> NJA 1994 s. 712 II, s. 724.

## 4.2 Avslutande reflektioner

För att rätten till en rättvis rättegång ska anses vara tillgodosedd måste ett flertal kriterier i enlighet med art. 6.1 EKMR vara uppfyllda. Detta innefattar bland annat att rätten till domstolsprövning måste vara reell och effektiv samt att prövning ska kunna ske inom skälig tid.

I det följande kommenteras frågan huruvida förstegen i en multimodal tvistlösningsklausul, om de tillerkändes verkan som processhinder, borde anses stå i strid med de skyddsbestämmelser som finns och därmed kränka rätten till en rättvis rättegång.

Till att börja med torde inte det faktum att förhandlingen ska ske inom skälig tid kunna anses stå i strid med art. 6.1 EKMR. Vidtagandet av ett tvingande försteg skulle visserligen förlänga den rättsliga processen, emellertid är det parterna som avtalat om detta vilket torde tala för att de får acceptera att tidsramarna förlängs.

Det kriterium som i viss mån skulle kunna anses stå i strid med rätten till en rättvis rättegång är kravet på att rätten måste vara reell och effektiv. Vid en första anblick torde detta inte vara problematiskt med anledning av att rättegångshindret är suspensivt och således endast begränsat under en viss tidsperiod. Denna period får emellertid inte vara oskäligt lång. Det som gör frågan problematisk är faktiska omständigheter såsom exempelvis vittnens möjlighet till att minnas eller en gravt skadeliden parts chanser att överleva. Skulle förstegen i en multimodal tvistlösningsklausul tillerkännas verkan som suspensiva processhinder skulle detta nämligen kunna försvåra den rättsliga prövningen. Om förstegen på ett principiellt plan ansågs vara bindande för parterna skulle en domstol nämligen avvisa en talan i avvaktan på att förstegen vidtogs. Under denna tidsrymd är det inte omöjligt att tänka sig att ett för målet relevant vittne får en sämre minnesbild inför det fortsatta rättsliga förfarandet eller att en gravt skadeliden part framlider. Mot bakgrund av dessa aspekter torde ett erkännande av förstegens processrättsligt bindande verkan i vart fall ha en indirekt inverkan på rätten till en rättvis rättegång. Detta är faktorer som lagstiftaren bör ha i beaktande i det fall regleringen i framtiden får uttryckligt lagstöd.

## 5 Principen om processuella avtals ogiltighet

Inom doktrinen har det vid ett flertal tillfällen hävdats att förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler inte är processrättsligt bindande mot bakgrund av att processuella avtal per se är ogiltiga om inte undantag är avgivet i lag. Detta kapitel är avsett för att redogöra för nämnda princip samt för några av dess undantag.

I Sverige finns sedan länge en fast rotad princip vars syfte kan sägas vara att tillförsäkra ett konsekvent och förutsebart processrättsligt förfarande. Principen kommer till uttryck i en av lagrådets kommentarer i samband med framtagandet av RB och har följande lydelse:

”[...] avtal i processuella frågor över huvud taget anses vara ogiltiga, om ej motsatsen uttryckligen stadgas.”<sup>144</sup>

Principen, som har stöd i praxis,<sup>145</sup> innebär att processuella avtal är ogiltiga förutsatt att undantag inte uttryckligen är angivet i lag. Denna tanke kan förklaras och rättfärdigas med hjälp av rättsstatliga idéer. Centralt för rättsstaten är nämligen att samhällets medborgare ska kunna tillgodogöra sig av de rättigheter som staten givit garantier för och som grundar sig på statens politiska ideologi. En för flertalet stater gällande utfästelse är att medborgarna ska tillförsäkras ett förutsebart och effektivt rättsskydd, vilket kommer till uttryck i art. 6 EKMR. Hade enskilda individer tillåtits avsäga sig rätten till detta rättsskydd hade inte bara den politiska makten förlorat inflytande, kraft och förtroende utan då hade även den statliga rättskipningen blivit lidande.<sup>146</sup> Ett annat argument som rättfärdigar principen är att en avsägelse av rätten till domstolsprövning inte kan anses tjäna något större samhällsintresse utan snarare skulle kunna vålla problem i de fall en svagare part ingick ett sådant avtal utan att vara medveten och de risker som avtalet skulle kunna medföra.<sup>147</sup>

Vid framtagandet av RB ansågs det som en självklarhet att processuella avtal i sig skulle vara ogiltiga och det finns inga tecken från lagstiftarens sida att principen skulle ha övergetts sedan dess, snarare tvärtom.<sup>148</sup> Principen är således högst gällande idag trots det faktum att många år passerat sedan lagrådet yttrade sig i frågan.

En tendens som på senare år blivit allt mer påtaglig inom civilprocessen är att parterna fått större inflytande över domstolsprocessen. Detta har bland annat yttrat sig genom att domstolen ska verka för att parterna når en

---

<sup>144</sup> Prop. 1942:5 s. 233.

<sup>145</sup> Se bl.a. NJA 1958 s. 654 och NJA 1971 s. 453.

<sup>146</sup> Westberg 2005, s. 361.

<sup>147</sup> Bolding 1956, s. 61.

<sup>148</sup> Westberg 2005, s. 355. Se även prop. 2010/11:128 s. 42 och 43.

samstämmig lösning genom förlikningsförhandlingar eller medling.<sup>149</sup> Detta generösare förhållningssätt innebär emellertid inte att parterna givits utrymme att genom avtal binda domstolen i dess handläggning utan enbart att parterna fått större inflytande.<sup>150</sup>

## 5.1 Principens ursprung

I såväl äldre lagmotiv som doktrin saknas egentliga uttalanden om vilka rättspolitiska ideologier som principen grundar sig på.<sup>151</sup> Emellertid har den svenska processrättsliga litteraturen sedan slutet av 1800-talet varit starkt influerad av den tyska rätten samt av den tyska synen på processrätt. Som en konsekvens av detta är den svenska rättegångsbalken i väsentliga delar framtagen i ljuset av tysk lagstiftning och rättsvetenskap.<sup>152</sup> I samband med den tyska rättegångsreformen 1877 kom den tyska processrätten, som ur ett historiskt perspektiv stått i skuggan av civilrätten, att inta en mer central roll med nya perspektiv och begrepp som processrättsförhållande och rättskyddsanspråk.<sup>153</sup> Tidigare hade processrätt handlat om ett förfarande. Med den nya synen kom ämnet att även innefatta rättigheter och skyldigheter mellan domstolen och parterna som uppstod till följd av förfarandet.<sup>154</sup> Exempel på sådana rättigheter och skyldigheter bestod i att domstolen skulle behandla målet i laga ordning och därefter meddela dom samt att parterna förpliktigades att underkasta sig processen och dess resultat.<sup>155</sup> Resultatet av den tyska doktrin som arbetades fram, i synnerhet framtagen av Oskar Bülow var revolutionerande och innebar att processen kom att ses som ett självständigt och offentlighetsrättsligt förhållande, skilt från de privaträttsliga rättigheterna och skyldigheterna. För att riktigt förstå innebörden av Bülows arbete bör det uppmärksammas att hans arbeten brukar ses som utgångspunkten för den moderna processrättsvetenskapen.<sup>156</sup> I sammanhanget bör även uppmärksammas att den tyska processrättsliga doktrinen till övervägande del framtagits i ljuset av den romerska rätten.<sup>157</sup>

Bülows teorier har bland annat legat till grund för den svenske juristen Ernst Kallenberg vid planläggandet över civilprocessen där Kallenberg anger att parterna är förpliktigade att underkasta sig processen.<sup>158</sup> Kallenberg har även uttalat sig om principen att processuella avtal utan lagstöd per se är ogiltiga och anslutit sig till den rådande uppfattningen att så är fallet.<sup>159</sup>

---

<sup>149</sup> Westberg 2005, s. 355.

<sup>150</sup> Westberg 2005, s. 355 och 356.

<sup>151</sup> Westberg 2005, s. 360.

<sup>152</sup> Olivecrona 1960, s. 343.

<sup>153</sup> Olivecrona 1960, s. 343 – 345.

<sup>154</sup> Olivecrona 1960, s. 345 – 347.

<sup>155</sup> Olivecrona 1960, s. 348.

<sup>156</sup> Olivecrona 1960, s. 349.

<sup>157</sup> Lindblom 1974, s. 37 ff.

<sup>158</sup> Olivecrona 1960, s. 351 och 352.

<sup>159</sup> Kallenberg 1915, s. 115 och 116.



Bülows teorier om processrättsförhållandet fördes in i svensk rätt av bland annat Kallenberg men kom sedermera att överges.<sup>160</sup> Emellertid kom principen att processuella avtal per se är ogiltiga om inte undantag är angivet i lag att förbli en del av den svenska rätten och förespråkas vara så än idag.<sup>161</sup>

## 5.2 Undantag från principen

Det förekommer undantag från principen att processuella avtal per se är ogiltiga. Dessa är emellertid få till antalet men med den gemensamma nämnaren att de kommer till uttryck lag. Som exempel kan nämnas prorogations- och derogationsavtal, vilka har lagstöd i 10 kap. 16 § RB. Av 10 kap. 1 § RB följer att laga domstol i tvistemål i allmänhet är rätten där svaranden har sin hemvist. Två parter kan med stöd av 10 kap. 16 § RB avtala om att rätten på en annan ort ska pröva en eventuell tvist och på så vis frånta den ursprungliga rätten dess ställning som rätt forum. Ett annat exempel är att parterna kan avtala om att inte överklaga en dom.<sup>162</sup> Det vanligast förekommande undantaget torde dock vara att två parter avtalar om att lösa en framtida tvist genom skiljeförfarande. En redogörelse för skiljeförfarandet och dess rättsliga ställning följer i det nästkommande avsnittet.

## 5.3 Skiljeförfarandet och dess rättsliga ställning

I det föregående avsnittet konstaterades att ett avtal om att lösa en tvist genom skiljeförfarande, ett så kallat skiljeavtal, utgör undantag från principen att processuella avtal per se är ogiltiga. Undantaget är uttryckligen angivet i lag och kommer till uttryck i 1 § LSF. Förr i tiden ansågs skiljeförfarandet utgöra en alternativ tvistlösningsform.<sup>163</sup> Detta förhållningssätt har emellertid kommit att ändras och idag utgör skiljedomen en verkställbar exekutionstitel och skiljeavtalet ett dispositivt rättegångshinder.<sup>164</sup>

Konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar<sup>165</sup> (NY-konventionen) har ratificerats av ca 150 stater, inbegripet Sverige, och reglerar utländska skiljedomars erkännande och verkställighet. Skiljedomar vinner följaktligen internationellt erkännande och är internationellt verkställbara.<sup>166</sup> Enligt konventionen ska en skiljedom meddelad i en konventionsstat utan hinder kunna verkställas i övriga konventionsstater, vilket har ökat skiljeförfarandets internationella verkställighet samt rättsliga

---

<sup>160</sup> Westberg 2005, s. 360 och 361.

<sup>161</sup> Westberg 2005, s. 361 samt Fitger m.fl. 2014, s. 49:7 och 49:8.

<sup>162</sup> Se 49 kap. 2 § RB.

<sup>163</sup> Madsen 2009, s. 43.

<sup>164</sup> Se 3 kap. 1 § 4 p. UB och 3 kap. 15 – 18 §§ UB samt 4 § LSF och 10 kap. 17 a § RB.

<sup>165</sup> New York den 10 juni 1958.

<sup>166</sup> Se NY-konventionen, i synnerhet art. 1 – 3.

säkerhet.<sup>167</sup> Skiljeförfarandet likställs således med och är i allra högsta grad, såväl nationellt som internationellt, ett godtagbart alternativ till domstolsförfarandet.<sup>168</sup>

Skälen till att skiljeförfarandet har kommit att likställas med domstolsförfarandet anges i förarbetena. Inledningsvis har fastslagits att staten inte har något egenintresse av att tvister ska lösas i allmän domstol.<sup>169</sup> Således har det inte ansetts motiverat att motsätta sig tvistlösning genom skiljeförfarande i frågor som parterna kan förlikas om. Ett av syftena med skiljeförfarandet är att möjliggöra ett snabbt och slutgiltigt rättsligt avgörande utan offentlig insyn. Med utgångspunkt i den starkt etablerade principen om avtalsfrihet mellan enskilda har lagstiftaren således valt att inskränka statens monopol avseende rättskipning.<sup>170</sup> Utifrån ett marknadsekonomiskt perspektiv har det ansetts nödvändigt att individer har en rätt att fritt ingå avtal. Som en konsekvens av detta har det även ansetts motiverat att parterna tillerkänns en rätt att avtala om hur en tvist som bottnar i avtalet ska lösas samt hur detta förfarande ska gå till och vilken kompetens som de som dömer i tvisten ska inneha.<sup>171</sup> Beaktandes det faktum att skiljemän inte är bundna av principerna om koncentration, omedelbarhet och muntlighet har parterna givits utrymme att utforma processen efter sina egna önskemål och angelägenheter för att på så vis uppnå en så smidig och ändamålsanpassad process som möjligt.<sup>172</sup>

Skiljeförfarandet är i synnerhet avsett för kommersiella tvister. För sådana tvister kan ett snabbt eninstansförfarande utan offentlig insyn vara nödvändigt för att upprätthålla en god affärsrelation. Inte sällan kan sådana affärsförhållanden dessutom vara av internationell karaktär. Genom att likställa skiljeförfarandet med domstolsförfarandet har gränser öppnats upp tack vare skiljeförfarandets internationella karaktär utan språkliga och nationellrättsliga barriärer.<sup>173</sup>

Det har konstaterats att ett av syftena bakom att likställa skiljeförfarandet med domstolsförfarandet har varit att underlätta samt påskynda kommersiella tvister. I linje med detta är det primärt parterna som styr över och utformar förfarandet.<sup>174</sup> Detta följer av 21 § LSF som anger följande:

Skiljemännen skall handlägga tvisten opartiskt, ändamålsenligt och snabbt. De skall därvid följa vad parterna har bestämt, om det inte finns något hinder mot det.

Den gemensamma partsviljan är således fundamental för skiljeförfarandet och skiljedomar och skiljeavtal måste respekteras. I vilken utsträckning skiljeavtal som är villkorade med att ett visst försteg måste vidtas innan

---

<sup>167</sup> Oldenstam m.fl. 2013, s. 55.

<sup>168</sup> Westberg 2005, s. 356.

<sup>169</sup> Prop. 1998/99:35 s. 34 och 35.

<sup>170</sup> Prop. 1998/99:35 s. 40.

<sup>171</sup> Prop. 1998/99:35 s. 40 och 41.

<sup>172</sup> Prop. 1998/99:35 s. 41.

<sup>173</sup> Prop. 1998/99:35 s. 41.

<sup>174</sup> Madsen 2009, s. 49.

skiljeförfarande får inledas föranleder processhinder är svårt att säga med anledning av att skiljedomar inte blir offentliga. Emellertid förekommer det att skiljedomar når offentligheten genom att domen klandras och tas upp till prövning i allmän domstol. I en relativt nyligen klandrad skiljedom som togs upp till prövning i Svea hovrätt gavs således ledning i frågan genom att SHS givit uttryck för att om parterna avtalat om att förlikningsförhandla under en viss period, i det aktuella fallet 30 dagar, innan skiljeförfarande fick inledas så skulle detta anses utgöra ett suspensivt hinder mot att inleda skiljeförfarande.<sup>175</sup>

I sammanhanget bör slutligen understrykas att en skiljedom inte kan överklagas på materiella grunder. Det finns emellertid möjlighet att angripa en felaktig skiljedom på andra grunder. En skiljedom kan som sagt klandras i allmän domstol om skiljeförfarandet gått felaktigt till, om domen strider mot svensk rätt eller i annat fall är att se som oskälig.<sup>176</sup> Allmänna samhällsintressen och hänsyn till svagare part skulle kunna utgöra skäl för att avvika från de allmänna reglerna om skiljeavtalets bindande verkan. Utöver detta måste skiljeförfarandet uppfylla vissa grundläggande krav som vanligtvis återfinns i erkända rättsstatliga processordningar. Detta innefattar bland annat ett krav på skiljemännen måste agera opartiskt samt att parterna tillförsäkras en rätt att föra talan.<sup>177</sup>

## 5.4 Avslutande reflektioner

Detta kapitel har behandlat en för svensk rätt fundamental princip, nämligen principen att processuella avtal per se är ogiltiga om inte undantag uttryckligen är angivet i lag. Principen torde ha sitt ursprung inom den tyska processrätten och följaktligen inom den romerska rätten, vilken i betydande omfattning kommit att influera den svenska processrätten. Principen kan sägas tjäna ett samhällligt intresse och tillförsäkras rätten till domstolsprövning samt har en skyddande verkan för svagare part. Även om parterna i modern tid kommit att erhålla allt mer inflytande över domstolsprocessen betyder inte det att principen satts ur spel utan endast att parterna just erhållit inflytande. Parterna har således inte rätt att binda domstolen utom i de fall lagstiftaren givit uttryck för detta.

Ovan har konstaterats att det förekommer undantag från principen, såsom exempelvis prorogations- och skiljeavtal. Dessa måste emellertid komma till uttryck i lag för att ses som processrättsligt bindande. Avtal om att lösa en tvist genom skiljeförfarande torde vara det vanligast förekommande undantaget från principen. Skiljeförfarandet är ett snabbt förfarande utan offentlig insyn som primärt är avsett för kommersiella tvister och för vilket det gemensamma partsintresset och ändamålsanpassade lösningar står i fokus. Skiljeförfarandets ställning som undantag har motiverats mot

---

<sup>175</sup> Mål nr T 10329-10 och T 10401-10, bilaga 1, p. 100 samt bilaga 3, art. 7.2 i parternas General Agreement for Consulting Services.

<sup>176</sup> Se bland annat 33 – 36 §§ LSF och 43 § LSF samt Prop. 1998/99:35 s. 42.

<sup>177</sup> Prop. 1998/99:35 s. 42.

bakgrund av att förfarandet ansetts utgöra ett godtagbart alternativ till domstolsförfarandet samt beaktandes det faktum att skiljedomar vinner såväl rättskraft som internationellt erkännande och i enlighet med NY-konventionen är verkställbara inom andra rättsordningar.

Principen att processuella avtal per se är ogiltiga om inte undantag uttryckligen anges i lag får mot bakgrund av det sagda vara högst gällande för svensk rätt. I detta sammanhang, med anledning av de synpunkter avseende multimodala tvistlösningsklausuler som förts fram i doktrinen, kan det emellertid vara intressant att fundera över tre frågor. För det första: är det tänkbart att en domstol skulle avvisa en talan mot bakgrund av att ett avtalat försteg inte vidtagits trots att ett sådant agerande skulle strida mot den nämnda principen? För det andra: skulle utfallet kunna tänkas bli annorlunda om talan väcktes i skiljedomstol med anledning av att skiljenämnden fann sig vara obehörig att döma i tvisten? För det tredje: är det önskvärt att lagstifta att medling ska utgöra undantag från principen?

Beträffande den första frågan torde svaret vara nekande. Inom doktrinen har visserligen argument som att så är fallet inom vissa utländska rättsordningar samt att principen är gammal och inte fyller samma funktion i ett modernt samhälle präglad av ökat partsinflytande lyfts fram. Detta torde emellertid sakna betydande relevans i sammanhanget. Visst ser det processrättsliga klimatet annorlunda ut idag jämfört med när lagrådet gjorde sitt uttalande och visst förespråkas en annan syn inom andra rättsordningar. Emellertid kan dessa faktorer inte åsidosätta en för svensk rättstradition så fundamental princip som den om processuella avtals ogiltighet. För att en ändring ska vara möjlig torde det krävas att lagstiftaren fattade ett aktivt beslut i frågan. I viss mån torde de ovan anförda argumenten höra samman. Den utländska praxis som talar för att ett icke vidtaget försteg ska utgöra processhinder härstammar nämligen från rättsordningar, såsom den engelska och den amerikanska, där partsinflytandet i jämförelse med svenska förhållanden intar en mycket stark ställning. Det är även primärt dessa rättsordningar som i modern tid kommit att influera den svenska rätten, i synnerhet på handelsrättens område. Detta innebär att den svenska rätten kommit att influeras av rättsordningar som i sin tur grundar sig på en praxis som till synes torde vara oförenlig med den svenska rätten. Situationen är onekligen invecklad, emellertid torde principen om processuella avtals ogiltighet i detta hänseende vara överordnad dagens internationella influenser och utvecklingstendenser och således torde det inte vara tänkbart att en domstol avvisade en talan mot bakgrund av att ett avtalat försteg i en multimodal tvistlösningsklausul inte vidtagits.

Beträffande den andra frågan, avseende en skiljenämnds tänkbara avvisande med anledning av dess bristande behörighet, är frågan en aning mer komplicerad. Skiljeförfarandet, till skillnad från domstolsförfarandet, är nämligen i betydande omfattning reglerat utifrån den gemensamma partsviljan. Har parterna angett att de ska försöka lösa tvisten genom ADR innan skiljeförfarande får inledas bör detta således i möjligaste mån respekteras av skiljedomstolen, beaktandes det faktum att skiljemännen

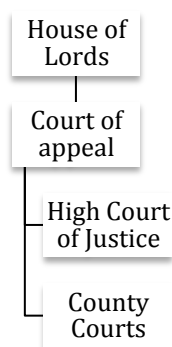
annars skulle kunna finnas vara obehöriga att döma i tvisten. Rättsläget avseende frågan får anses vara tämligen oklart och det finns dessvärre inte utrymme för någon vidare diskussion inom ramen för detta arbete. För att belysa situationens komplexitet kan emellertid uppmärksammas att åsikterna beträffande frågan går isär inom doktrinen. Vidare har det i förarbetena givits uttryck för att ett avtal om medling inte borde utgöra hinder mot skiljeförfarande. Emellertid finns det skiljedomspraxis som talar för att avtalade försteg ska kunna utgöra processhinder. Slutligen, om förstegen tillerkändes processrättsligt bindande verkan, så skulle ett sådant erkännande kunna strida mot principen om processuella avtals ogiltighet, i synnerhet beaktandes det faktum att skiljeförfarandet likställs med domstolsförfarandet och har till syfte att tillförsäkra en rättvis rättegång.

Avslutningsvis ska frågan huruvida det finns skäl att genom lagstiftning låta medling utgöra undantag från principen om processuella avtals ogiltighet diskuteras. Att spekulera kring frågan huruvida ett avtalat försteg i en multimodal tvistlösningsklausul borde utgöra processhinder torde vara av mindre intresse beaktandes det faktum att detta skulle strida mot principen om processuella avtals ogiltighet. Visserligen har åsikter inom doktrinen förts fram för att så borde vara fallet. Emellertid torde det fordras uttryckligt lagstöd för att ett sådant ställningstagande med säkerhet skulle kunna göras gällande.

Medling, liksom övriga former av ADR, förutsätter frivillighet och att parterna har en önskan om att faktiskt komma överens. Detta torde tala för att medling inte borde kunna påtvingas. Emellertid torde det inte vara skadligt om parterna tvingades till förhandlingsbordet. I vissa fall kan nämligen parter som initialt motsatt sig medling komma att finna en samstämmig lösning. Visserligen skulle den statliga rättskipningen kunna bli lidande och rättskipning skulle komma att centraliseras mer kring praktiska lösningar och partsönskemål. Emellertid finns det internationellt såväl en strävan efter ökad tillämpning av medling som en enhetlig praxis som talar för att ett avtal om att medla ska vara bindande. Kanske ligger det således i den svenska affärsvärldens intresse att medling kom att utgöra ett undantag från principen med anledning av att det svenska rättsklimatet i så fall skulle komma att efterlikna det internationella i allt större mån och således underlätta internationella affärer och överenskommelser. Ett lagstadgat undantag skulle dessutom avlasta domstolarna i deras arbete och således vara ekonomiskt fördelaktigt för staten beaktandes det faktum att parterna hade bekostat förfarandet själva. Det torde inte finnas något rätt eller fel i frågan, det som däremot står klart är att ett uttryckligt undantag hade gjort det rättsliga läget beträffande multimodala tvistlösningsklausulers förstegs processrättsligt bindande verkan betydligt klarare.

## 6 Multimodala tvistlösningsklausuler i England

Tillämpningen av ADR är vanligt förekommande i England. Mot bakgrund av att förfarandena är ekonomiskt fördelaktiga, minskar längden på handläggningstider, bevarar affärsrelationer samt bidrar med ett bredare spektra av lösningar uppmanar rätten parter att försöka lösa tvister genom ADR och kan till och med vilandeförklara mål när detta bedöms vara lämpligt.<sup>178</sup> Engelsk civilprocess liknar svensk i de hänseendena att skiljeavtal utgör processhinder samt att ADR inte leder till något bindande beslut.<sup>179</sup> I England kan emellertid ett avtal om att lösa en tvist genom ADR utgöra processhinder och enligt de engelska civilprocessrättsreglerna kan rätten vilandeförklara mål till dess att avtalade försteg har vidtagits.<sup>180</sup> Någon generell regel för när ett försteg ska anses vara processrättsligt bindande finns inte, emellertid finns det ett flertal avgöranden som indikerar vad som krävs för att ett försteg ska kunna anses utgöra rättegångshinder. I detta skede kommer inte kriterierna att redovisas mer än att förstegens grad av precision är av avgörande betydelse. Det är i sammanhanget även av vikt att uppmärksamma att det inte rör sig om att parterna måste enas om en lösning utan endast att de är förpliktigade att vidta den process de kommit överens om att genomgå.<sup>181</sup> Nedan följer referat av några av de mest betydelsefulla engelska avgörandena beträffande avtalade förstegs processrättsligt bindande verkan samt verkan som processhinder. I de efterföljande och avslutande reflektionerna kommer sedan principerna att summeras och kommenteras. Innan detta ges ett något förenklat schema över den engelska civilrättsliga domstolsorganisationen.<sup>182</sup>



<sup>178</sup> Christou 2012, s. 386.

<sup>179</sup> Se Brown & Marriott 2011, s. 601 samt Christou 2012, s. 385.

<sup>180</sup> Brown & Marriott 2011, s. 601.

<sup>181</sup> Christou 2012, s. 386.

<sup>182</sup> Schemat är inspirerat av ett schema hämtat från Bogdan 2003, s. 107. Sedan 2009 heter den högsta instansen Supreme Court men med anledning av att det i den kommande framställningen ges ett referat från ett avgörande från House of Lords men inget från Supreme Court har den äldre benämningen valts till schemat av pedagogiska skäl.

## 6.1 Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd<sup>183</sup>

Bakgrunden till fallet var att Tolaini skulle utveckla en mindre hotellverksamhet och i samband med detta kommit i kontakt med fastighetsutvecklaren och byggkonstruktören Courtney som skulle bistå med en finansiär av projektet. Parterna hade enats om att Courtney skulle introducera en finansiär för Tolaini och att Tolaini skulle anlita Courtney till att utföra konstruktionsarbetet.

I april 1969 skrev Courtney till Tolaini att han funnit ett antal personer med tillräckliga finansiella medel som var intresserade av projektet och att dessa kunde introduceras. Courtney angav även att han fortfarande var intresserad av att utföra projektet och ville konstruera samtliga byggnader. Om projektet väl blev av angav han även att han ville förhandla om ett skäligt arvode för arbetet som förslagsvis skulle uppgå till nettokostnaderna för projektet inklusive en vinstmarginal om fem procent. Tolaini besvarade brevet med att han godkände villkoren samt att han ville träffa de tilltänkta finansiärerna. Därefter ingick Tolaini avtal med en av finansiärerna men anlidade ett annat bolag än Courtney's till att utföra arbetet. Tolaini hade nämligen dessförinnan förhandlat med Courtney men inte lyckats komma överens om ett pris för arbetet. Detta gjorde att Courtney blev mycket upprörd, hävdade att Tolaini gjort sig skyldig till kontraktsbrott och att Courtney hade rätt att få ersättning för utebliven vinst.

Frågan som rätten hade att ta ställning till var huruvida de två breven innebar att ett fullbordat kontrakt hade ingåtts mellan parterna. Inledningsvis konstaterade rätten att det i breven varken fanns något pris angivet eller någon metod för att räkna ut priset. Den enda angivna överenskommelsen var att förhandla om ett skäligt arvode. Visserligen hade Courtney angett vad ett skäligt arvode skulle kunna innebära men detta kvarstod emellertid till att fastställas under förhandlingarna. Det hade varit annorlunda om en utomstående part skulle fastställa priset men nu var det parterna som skulle komma överens och detta hade ej skett. Mot bakgrund av att priset ansågs vara så pass fundamentalt för entreprenadavtal kunde inte avtalet mellan parterna betraktas som ett bindande avtal.

I samband med konstaterandet att det inte förelåg något bindande entreprenadavtal lyftes frågan huruvida det kunde anses föreligga ett bindande avtal om att förhandla. I detta avseende anförde rätten att om rättsordningen inte erkänner ett avtal om att ingå avtal så borde inte heller ett avtal om att förhandla erkännas. Resonemanget rättfärdigades mot bakgrund av att ett sådant avtals rättsligt bindande verkan är för osäker. Det går nämligen inte att uppskatta vilken skada som uppstår om ett sådant avtal inte efterlevs. Således ansågs varken avtal om att ingå avtal eller avtal om

---

<sup>183</sup> [1975] 1 W.L.R.. 297.

att förhandla som av rättsordningen erkända avtal. Följaktligen ogillades käromålet.

## 6.2 Walford v Miles<sup>184</sup>

Fallet grundade sig på en överenskommelse mellan bröderna Walford och makarna Miles. Överenskommelsen bottnade i att makarna skulle avveckla sin verksamhet inom fotoframkallning och med anledning av detta sökte en köpare. Priset hade varit mycket förmånligt, således hade bröderna Walford blivit intresserade när de insett att de kunde göra en god affär, trots att de inte kunde någonting om fotoframkallning. Bröderna inledde förhandlingar med makarna Miles som lovade att inte ta kontakt med några andra köpare eller överväga några andra bud. Trots löftet sålde makarna bolaget till en annan köpare vilket föranledde att bröderna inledde ett rättsligt förfarande.

Parterna hade ingått vad som på engelska kallas för en *lock-out agreement*, vilket innebär att säljaren under en viss angiven, alternativt skälig tid underkastar sig att endast förhandla med en specifik köpare. Säljaren är inte skyldig att sälja och köparen kan när som helst dra sig ur. Säljaren är emellertid förpliktigad att inte inleda förhandlingar med en utomstående part under denna tid. I det aktuella fallet hade parterna emellertid inte angett hur länge bundenheten skulle vara.

I första instansen bifölls bröderna Walfords talan mot bakgrund av att makarna angett att de inte skulle ha kontakt med någon annan köpare. I Court of Appeal vann emellertid makarna Miles med hänvisning till utgången i Courtney & Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd. och den snart 20 år gamla principen att ett avtal om att förhandla inte är rättsligt bindande.

House of Lords bekräftade att avtal om att förhandla inte är rättsligt bindande med motiveringen att de helt enkelt saknar en nödvändig grad av visshet. Rätten beaktade även ett avgörande från amerikanska Court of Appeal i vilket angavs att ett avtal om att förhandla i god tro, om väl övervägt, är rättsligt bindande. Den amerikanska rätten hade dock likställt denna formulering med den rättsligt bindande formuleringen att göra sitt bästa vilket House of Lords inte ansåg vara korrekt. Om det inte ställs några krav på hur parterna ska agera under en förhandling utan endast är angivet att de ska förhandla står det nämligen parterna fritt att när som helst avbryta förhandlingen och följaktligen kan inte ett avtal om att blott förhandla vara rättsligt bindande.

Slutligen uppmärksammade House of Lords att parterna inte avtalat om någon tidsgräns för hur länge avtalet skulle gälla vilket innebar att det saknade nödvändig visshet och därmed inte kunde ses som rättsligt bindande.

---

<sup>184</sup> [1992] 2 A.C. 128; [1992] 2 W.L.R. 174.



## 6.3 Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd<sup>185</sup>

Fallet grundade sig på en tvist som uppstått mellan Cable & Wireless (C&W) och IBM med anledning av ett avtal angående IT-tjänster. C&W hävdade att IBM gjort sig skyldiga till kontraktsbrott och yrkade därför på ersättning med ett belopp i mångmiljonklassen. IBM hävdade emellertid, med hänvisning till parternas multimodala tvistlösningsklausul, att rätten skulle vilandeförklara målet till dess att samtliga angivna försteg vidtagits. Rätten fann att frågan huruvida målet skulle vilandeförklaras var tvungen att utredas innan själva förhandlingen kunde fortsätta.

I parternas kontrakt var det angivet att de i god tro skulle lösa samtliga tvister som uppstod med anledning av avtalet genom förhandling. Förhandlingarna var tydligt angivna med tidsintervaller för när förhandlingen skulle avancera till en ny nivå samt utpekande av vem som skulle företräda bolagen vid olika stadier av förhandlingen. Parterna fick inte inleda ett rättsligt förfarande förrän förhandlingarna var avslutade mer än i det fall någon av parterna hade rimliga skäl att göra så för att undvika skada på det egna bolaget. Vidare angavs att om tvisten inte kunde lösas genom förhandlingar så skulle parterna i god tro lösa tvisten genom ADR i överensstämmelse med den procedur som tvistlösningsinstitutet Centre for Dispute Resolution rekommenderade. Slutligen angavs att i det fall parterna fullföljt tvistlösningsinstitutets procedur skulle detta inte hindra dem från att inleda ett rättsligt förfarande.

Förhandlingar hade inletts men visat sig vara verkningslösa. I och med att förhandlingarna inte hade löst tvisten hävdade IBM, med en analogisk hänvisning till skiljeavtalets verkan som processhinder, att målet skulle vilandeförklaras så att parterna kunde inleda det i avtalet angivna förfarandet innefattandes ADR.

C&W menade på att avtalsvillkoret inte var bindande mot bakgrund av att det saknade tillräcklig grad av precision. Med hänvisning till det tidigare rättsfallet Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd anförde C&W att det blott rörde sig om en överenskommelse att förhandla och att sådana inte var rättsligt bindande enligt engelsk rätt. Vidare menade C&W på att villkoret att vidta ADR inte kunde vara rättsligt bindande med anledning av att det uttryckligen var angivet i avtalet att ett inledande av ADR inte hindrade parterna från att inleda ett rättsligt förfarande. Slutligen hävdade C&W, i det fall rätten skulle finna att rättegångshinder förelåg, att rätten inte kunde vilandeförklara målet mot bakgrund av att IBM inkommit med invändningen för sent.

Mot bakgrund av det detaljerade förhandlingsförfarandet samt utpekandet av tvistlösningsinstitutet fann rätten inledningsvis att den gemensamma

---

<sup>185</sup> [2002] EWHC 2059 (Comm Ct); 2002 WL 31442553.

partsviljan vid avtalets ingående utan tvivel måste ha varit att så långt som möjligt undvika prövning i allmän domstol. Parternas avtal beskrev inte enbart en överenskommelse att förhandla. Överenskommelsen hade tagits ett steg längre genom utpekande av den procedur enligt vilken parterna skulle förhandla, nämligen enligt den procedur som tvistlösningsinstitutet rekommenderade. Tvistlösningsinstitutet var erkänt och hade tydligt angivna standardiserade regler. Exempelvis var det angivet vilken funktion medlaren skulle ha, hur förfarandet skulle gå till, krav på närvaro, regler avseende medlarens medverkan, krav parternas medverkan, formella tidsfrister samt regler avseende kostnader. I reglerna angavs även att parterna skulle träffa medlaren för ett inledande möte samt att det därefter stod dem fritt att avsluta förhandlingarna när de så önskade genom att skriftligen informera medlaren och motparten om detta.

Utifrån nämnda bestämmelser fann rätten att parterna visserligen endast i obetydlig utsträckning hade behövt engagera sig i medlingsförfarandet men att en part endast kunde frångå medlingen först efter att en medlare utsetts och medlingen påbörjats.

Rätten konstaterade att ett avtal om att blott förhandla inte hade varit bindande för parterna, beaktades det faktum att en sådan formulering saknar tillräcklig grad av visshet. Det skulle vara för svårt för rätten att avgöra huruvida ett sådant förfarande vidtagits eller ej. Parterna hade emellertid, med hänvisning till tvistlösningsinstitutets regler, enats om plats och procedur för förfarandet. Detta fann rätten vara tillräckligt precist för att förfarandet skulle vara rättsligt bindande.

Vid sin bedömning beaktade rätten det faktum att ADR och i synnerhet medling inom den engelska rättsordningen är en väletablerad, erkänd och snabbt växande tvistlösningsmetod med välutbildade medlare, sofistikerade medlingstekniker och välkonstruerade medlingsprocedurer vars syfte är att finna lämpliga lösningar för tvistande parter. I ett avgörande från 2002 hade dessutom sagts att skickliga medlare idag är kapabla att uppnå resultat som ligger bortom vad advokater och domare kan. Medlaren har nämligen en förmåga att få parterna att komma överens och därmed få båda parter att känna sig nöjda. Medlaren har möjlighet att finna lösningar som går bortom vad som står inom rättens makt beaktades det faktum att tvister inte nödvändigtvis handlar om pengar. I vissa fall efterfrågas blott en ursäkt.

Rätten beaktade även de engelska civilprocessrättsreglerna (CPR). Reglerna anger att rätten ska eftersträva samt uppmuntra parter att försöka lösa en uppkommen tvist genom ADR om rätten finner det vara lämpligt.

Mot bakgrund av det ovan sagda menade rätten på att det skulle strida mot såväl allmänna intressen som mot tidigare praxis om rätten förklarade det föreskrivna avtalsvillkoret som ej bindande med anledning av att dess för ovisa lydelse. Följaktligen fann rätten att avtalsvillkoret var tillräckligt precist för att parterna skulle underkastas tvistlösningsinstitutets regler och således i vart fall vara förpliktigade att inleda ett medlingsförfarande, utse

en medlare, presentera fallet för medlaren, bistå denne med relevanta handlingar samt ha ett inledande möte. Det skulle sedan i ett senare skede inte vara svårt att fastställa huruvida parterna genomgått de föreskrivna momenten.

I samband med detta uttalande konstaterade även rätten att ett avtalsvillkor i vilket är angivet att en tvist ska lösas genom ADR men där en specifik procedur inte identifierats inte nödvändigtvis är att se som för ovisst för att kunna vara bindande. Det avgörande är huruvida avtalsvillkoret är löst formulerat eller av tvingande karaktär. Detta är visserligen en fråga som får avgöras från fall till fall men har parterna hänvisat till ADR torde detta tala för att förfarandet är bindande.

Efter att rätten fastslagit att avtalsvillkoret avseende ADR var bindande hade domstolen att ta ställning till vilka åtgärder som skulle vidtas med anledning av verkställandet av det tvingande försteget. Rätten fann att hänvisningen till ADR var analogiskt likställd med en hänvisning till skiljeförfarande. Om avtal om ADR analogt likställs med skiljeavtal fordras starka argument för att målet inte ska vilandeförklaras. Visserligen kan utgången av ADR i vissa fall förespås vara så pass verkningslös att en vilandeförklaring av målet skulle vara svår att rättfärdiga. Emellertid skulle ett vidtagande av ADR kunna leda till att parterna förliktes och på så vis resultera i ett undvikande av rättslig prövning. Vilandeförklaringar av mål får anses vara rättvisa och har dessutom stöd i CPR. Trots att Commercial Court vanligtvis utökar tidsramar eller ajournerar mål istället för att vilandeförklara dem fann rätten att det var domstolens skönsmässiga prövning som fick avgöra vilken metod som skulle tillämpas. Rätten fann att försteget utgjorde en självständig överenskommelse, accessorisk till huvudavtalet, och som rättfärdigade att målet vilandeförklarades.

Slutligen fann rätten att det inte kunde anses vara orättvist att vilandeförklara målet trots att IBM inkommit för sent med sin ansökan. Rätten menade på att en vilandeförklaring av målet inte kunde anses innebära någon skada för C&W samt att förhandlingarna troligtvis inte skulle vara mer än några veckor, en tidsperiod som fick anses vara obetydlig i förhållande till hur lång tid rättegången i sin helhet skulle vara.

Mot bakgrund av det sagda valde rätten att vilandeförklara målet till dess att parterna vidtagit de föreskrivna förstegen avseende ADR och meddelade även att om förhandlingarna inte resulterade i ett tillfredsställande resultat så skulle de stå dem fritt återuppta målet.

## **6.4 Holloway v Chancery Mead Ltd<sup>186</sup>**

Bakgrunden till fallet var att makarna Holloway hade köpt en fastighet av fastighetsutvecklaren Chancery Mead. I samband med köpet erhöll makarna dokumentation från Chancery Mead av vilken dels framgick att bolaget

---

<sup>186</sup> [2007] EWHC 2495 (TCC); 2007 WL 3130954.

Brodsworth, som var nära sammankopplat med Chancery Mead, skulle utföra arbetet, dels att de skulle erhålla en försäkring från hemgarantibolaget NHBC. Av dokumentation framgick även att tvister som uppstod med anledning av defekter skulle lösas genom tvistlösning erbjuden av NHBC men att finansiella eller kontraktuella tvister skulle lösas på annat vis.

Med anledning av köpet uppstod tvist eftersom makarna hävdade att fastigheten var behäftad med fel. Chancery Mead menade på att de påstådda felen inte var deras ansvar. Detta resulterade i att makarna Holloway underrättade Chancery Mead om att de skulle inleda skiljeförfarande. Chancery Mead uppgav att de inte hade någonting emot att inleda skiljeförfarande men att de först krävde att de skulle försöka lösa tvisten genom medling i enlighet med parternas avtal. Makarna Holloway motsatte sig detta och vände sig till ett skiljedomsinstitut för att inleda ett rättsligt förfarande. Skiljedomsinstitutet beviljade ansökan och underrättade Chancery Mead om beslutet. Chancery Mead motsatte sig emellertid skiljedomsinstitutets beslut och hänvisade till parternas avtal. Med anledning av att skiljedomsinstitutet inte var namngivet som forum i parternas avtal bad institutet parterna om en inlaga där de angav att de var överens. Detta motsatte sig Chancery Mead och krävde att de skulle medla i enlighet med avtalet innan de gick med på att gå till skiljedomsinstitutet. Detta resulterade i att makarna Holloway väckte talan i domstol för att rätten skulle fastställa att de hade rätt att få saken prövad av skiljedomsinstitutet. Rätten hade att ta ställning till huruvida tvistlösningsbestämmelserna skulle föranleda processhinder och därmed hinder mot att inleda skiljeförfarande. Bestämmelserna hade följande innehåll:

“24.1 If any dispute shall arise between the Seller and the Buyer touching or concerning the construction or setting out of the dwelling house and/or the property either party shall at the written request of the other seek to resolve such dispute (and if to the extent that the subject matter of the dispute comes within the scope of the NHBC Dispute Resolution Service) through conciliation by the NHBC.

24.2 If and to the extent that the dispute falls outside the scope of the NHBC Dispute Resolution Service, such dispute shall be and is hereby referred to arbitration in accordance with the NHBC Arbitration Scheme current at the date hereof.

24.3 Disputes or parts of dispute which fall outside the ordinary scope of the NHBC Arbitration Scheme shall be referred to arbitration and the rules applicable to those disputes or parts of disputes shall be determined by the Arbitrator.

24.4 If disputes or parts of disputes which fall outside the scope of the NHBC Arbitration Scheme are concurrent with disputes which fall within that scope, then all disputes shall be dealt with by the same arbitrator at the same time.

24.5 A determination by an NHBC investigator shall not prevent a party from subsequently referring the same dispute or part thereof to arbitration.

24.6 The making of a determination by an NHBC investigator shall be a condition precedent to any right to refer the matter to arbitration in accordance herewith save that the condition can be waived by consent of the parties.”

Vid sin bedömning såg rätten i synnerhet till bestämmelserna i 24.1 och 24.6 och ställde sig frågan huruvida någon av eller bådaddera bestämmelserna skulle tolkas så att medlingsförfarandet skulle ha bindande verkan och vara tvunget att föregå prövning genom skiljeförfarande.

Chancery Mead hävdade att bestämmelsen i 24.1 var bindande för parterna medan makarna Holloway underströk att bestämmelsen endast var tillämplig mellan makarna Holloway och Brodsworth och inte mellan makarna och Chancery Mead samt att bestämmelsen i vart fall var att se som ett avtal om att komma överens och att sådana inte var bindande.

Mot bakgrund dels av att NHBC inte hade någon utpräglad medlingsprocedur, dels av NHBC:s avsaknad av ställning som tvistlösningsinstitut mellan köpare och säljare fann rätten att bestämmelsen i 24.1 hade kunnat vara utan bindande verkan mellan parterna. Emellertid var bestämmelsen så pass avgränsad och detaljrik att den fick anses uppnå tillräcklig grad av visshet för att ses som bindande. Av dokumentationen framgick dock att det var köparen som skulle initiera ett sådant förfarande och inte byggaren och definitivt inte en tredje part som Chancery Mead. Således fann rätten att bestämmelsen inte var bindande mellan makarna Holloway och Chancery Mead. Domstolen utvecklade sitt resonemang genom att säga att bestämmelsen hade kunnat bli bindande mellan köparen och byggaren om köparen hade underrättat byggaren om detta.

Beträffande bestämmelsen i 24.6 började rätten med att konstatera att parterna enligt bestämmelsen inte fick skrida till skiljeförfarande förrän NHBC hade meddelat beslut i frågan. Rätten fann att ett sådant beslut endast kunde gälla mellan köparen och byggaren och att ett sådant beslut skulle yttra sig som en uppmaning till byggaren att åtgärda fel på fastigheten. Detta reglerade inte relationen mellan säljaren och köparen och således gällde inte heller den bestämmelsen mellan parterna.

Mot bakgrund av det sagda fann rätten att bestämmelserna inte utgjorde hinder mot skiljeförfarande och att bestämmelsen i 24.2 var tillämplig.

Trots att det för fallet var överflödigt valde rätten att kommentera makarna Holloway:s invändning att bestämmelsen utgjorde en överenskommelse att komma överens och således inte skulle anses vara bindande. Med ledning av engelsk och australiensisk praxis<sup>187</sup> fann rätten att i vart fall tre kriterier måste vara uppfyllda för att ADR ska kunna utgöra processhinder. För det första måste processen vara så pass tydlig att det inte krävs ytterligare överenskommelser för att inleda förfarandet. För det andra ska den administrativa processen för att utse den person som ska döma i tvisten samt bestämmelser avseende dennes ersättning vara tydligt reglerade. För det tredje ska det finnas detaljerade riktlinjer för hur processen ska gå till och dessa måste uppbära en tillräcklig grad av precision.

---

<sup>187</sup> Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd, Cable & Wireless v IBM UK Ltd, Elizabeth Bay Development Pty Ltd v Boral Building Services Pty, m.fl.

Även om det inte påverkade utgången i målet så fann rätten att den föreskrivna processen var tydlig, att bestämmelserna gällande utnämning av medlare samt dennes arvode var klara samt att reglerna avseende processen var precisa. Således hade omständigheterna i det aktuella fallet utgjort grund för processhinder om partsrelationen varit annorlunda.

## **6.5 Sulamérica CIA Nacional De Seguros S.A. v Enesa Engenharia S.A.<sup>188</sup>**

Fallet grundade sig på en tvist som uppstått med anledning av ett konstruktionsavtal avseende byggandet av en av världens största vattenkraftsanläggningar belägen i Brasilien. I ett försäkringsavtal mellan parterna var två motstridiga klausuler avseende tvistlösning angivna. Den ena angav att eventuella tvister skulle lösas i Brasilien och enligt brasiliansk rätt medan den andra angav att parterna i första hand skulle försöka medla och om detta förfarande inte löste tvisten så skulle tvisten lösas genom skiljeförfarande. I en tredje klausul angavs att i det fall parterna inte kunde komma överens genom medling så skulle tvister avseende ekonomisk kompensation lösas genom skiljeförfarande i London och i enlighet med skiljedomsinstitutet ARIAS skiljedomsregler.

Med anledning av att ett flertal incidenter inträffat i anslutning till bygget krävde det försäkrade bolaget Enesa ersättning från det försäkringsgivande bolaget Sulamérica med anledning av den lidna skadan. Sulamérica nekade till ansvar och inledde skiljeförfarande för att få bekräftat att de inte bar ansvar. Detta resulterade i att Enesa inledde ett rättsligt förfarande i brasiliansk domstol för att få beslut på att skiljeförfarande inte fick inledas. Sulamérica svarade med att väcka talan i engelsk domstol för att få en dom på att Enesa inte hade rätt att fullfölja förfarandet i brasiliansk domstol.

I den engelska domstolen gjorde Sulamérica gällande att de i enlighet med avtalet och engelsk rätt på ett korrekt sätt inlett skiljeförfarande och att Enesa nekat till eller misslyckats med att inleda medlingsförhandlingar inom den i avtalet angivna tidsperioden. Enesa bemötte Suláméricas talan med att skiljeklausulen var underkastad brasiliansk rätt och endast kunde göras gällande av Enesa. Vidare menade Enesa på att skiljeförfarande inte fick inledas innan det i avtalet angivna medlingskravet var uppfyllt och att detta inte skett. Slutligen uppgav Enesa att skiljeförfarande i enlighet med avtalet endast fick inledas avseende ekonomiska frågor och att skiljedomstolen således var obehörig i och med att Sulamérica inlett skiljeförfarande för att få bekräftat att de inte bar ansvar.

Rätten hade inledningsvis att ta ställning till frågan utifrån vilket lands lag skiljeklausulen skulle tolkas och uppgav att det lands lag som hade mest anknytning till skiljeavtalet skulle avgöra vilket lands lag som skulle gälla. Enesa hävdade att omständigheter som att avtalet i övrigt var underkastat

---

<sup>188</sup> [2012] EWHC 42 (Comm); 2012 WL 14764 & [2012] EWCA Civ 638; 2012 WL 1684741.

brasiliansk rätt, att parterna var från Brasilien samt att prestationen utfördes i Brasilien medförde att skiljeklausulen skulle tolkas enligt brasiliansk rätt. Sulamérica motsatte sig detta och menade på att sätet för skiljeförfarandet var London och att engelsk rätt således skulle tillämpas.

Rätten började med att konstatera att skiljeklausuler ses som separata avtal, skilda från huvudavtalet och att dessa kan vara underkastade en annan lag än huvudavtalet. Mot bakgrund av äldre praxis fann rätten att lagvalet för ett skiljeförfarande bör fastställas utifrån sätet för skiljeförfarandet snarare än lagvalet för huvudavtalet. Således fann rätten att engelsk rätt skulle tillämpas på skiljeavtalet.

Nästa fråga rätten hade att ta ställning till var huruvida medlingsklausulen var tvingande för parterna samt huruvida vidtagen medling utgjorde en förutsättning för att skiljeförfarande skulle kunna inledas.

Enesa menade på att medlingsproceduren var av formell karaktär och därmed tvingande för parterna. I klausulen var det nämligen angivet hur förfarandet skulle inledas och avslutas samt bestämmelser avseende ekonomisk kompensation. Sulamérica bestred detta och menade på att klausulen inte var bindande för parterna med anledning av formuleringen *att i goda söka en lösning till tvisten genom medling*.

Grundat på klausulens ordalydelse konstaterade rätten att medlingsklausulen endast torde gälla i förhållande till skiljeförfarande och inte i förhållande till prövning i allmän domstol i Brasilien. Parterna kunde således antingen väcka talan i brasiliansk domstol eller inleda ett tvåstegsförfarande bestående av medling följt av skiljeförfarande. Enesa hävdade att medling i ett sådant förfarande utgjorde ett tvingande försteg och att försteget inte vidtagits. Med ledning av rådande praxis sökte rätten svar på frågan huruvida klausulen uppfyllde kraven på att utgöra ett tvingande försteg.

Rätten såg bland annat till avgörandena i *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd* och *Holloway v Chancery Mead Ltd* och valde att göra sin bedömning i ljuset av de principer som fastslagits i nämnda rättsfall.

Utifrån rådande praxis fann rätten tre omständigheter som talade för att medlingsklausulen inte skulle utgöra ett tvingande försteg. För det första innehöll inte klausulen något otvetydigt åtagande för parterna att medla. Parterna hade visserligen angett att de i goda skulle söka en lösning till tvisten genom medling men inte tydligt förbundit sig att göra så. För det andra hade inte parterna enats om en särskild medlingsprocedur, varken genom hänvisning till ett tvistlösningsinstituts modellregler eller på annat vis. För det tredje innehöll inte medlingsklausulen någon bestämmelse avseende val av medlare. Detta innebar att parterna var tvungna att enas om vissa frågor, såsom val av medlare, plats för förfarandet och regler beträffande proceduren innan ett medlingsförfarande skulle ha kunnat inledas. Sulamérica hade dessutom initialt försökt initiera medling med anledning av tvisten och i samband med detta bifogat instruktioner om hur

medlingen skulle ha kunnat gå till. Detta fann rätten tydde på att den aktuella medlingsklausulen inte i sig var tillräckligt precis och följaktligen krävde ytterligare förhandlingar. Mot bakgrund av det sagda fann rätten att parternas medlingsklausul inte utgjorde ett bindande försteg.

Slutligen fann rätten, trots att skiljeklausulen skulle läsas i ljuset av medlingsklausulen, att Sulamérica hade haft rätt att inleda skiljeförfarande med anledning av att medlingsklausulen inte var bindande för parterna samt beaktandes det faktum att rätten att inleda skiljeförfarande sålunda inte exklusivt kunde vara avsedd för ekonomiska angelägenheter. Rätten biföll följaktligen Sulaméricas talan mot bakgrund av att hinder mot skiljeförfarande inte kunde anses föreligga.

Enesa överklagade domen till Court of Appeal och menade på att de inte var bundna av att delta i skiljeförfarandet med anledning av att skiljedomstolen inte var behörig att döma i tvisten. Rätten delade emellertid underrättens beslut angående medlingsklausulens icke bindande verkan och fann att klausulen inte utgjorde processhinder. Rätten menade på att ett försteg måste uppnå en tillräcklig grad av visshet för att vara processrättsligt bindande och att den aktuella klausulen inte uppfyllde detta krav. Vidare angav rätten att det trots den allt mer tilltagande tillämpningen av multimodala tvistlösningsklausuler inte fanns anledning att definiera minimikrav för när ett villkor ska anses vara bindande utan att detta måste bedömas från fall till fall. Även i övriga delar delade rätten underrättens bedömning och ogillade följaktligen Enesas talan.

## **6.6 Wah (also known as Tang) v Grant Thornton International Ltd<sup>189</sup>**

Fallet grundade sig på att en viss procedur avseende alternativ tvistlösning inte vidtagits innan tvisten hänskjutits till att lösas genom skiljeförfarande. Frågan rätten hade att ta ställning till var huruvida de i parternas avtal föreskrivna förstegen var att betrakta som tillräckligt preciserade för att utgöra processhinder och följaktligen hinder mot att inleda skiljeförfarande.

Enligt parternas avtal skulle i fråga om tvist i första hand en lösning i samförstånd sökas med Grant Thornton International Ltd:s (GTIL) VD som medlare. Om detta förfarande inte löste tvisten skulle tvisten hänskjutas till att lösas av tre medlemmar från GTIL:s styrelse. Om inte heller detta förfarande löste tvisten skulle tvisten lösas genom skiljeförfarande. Tvist uppstod mellan parterna men såväl VD:n som styrelsen bedömde sig själva som jäviga, således kontaktades en skiljenämnd som fick i uppdrag att lösa tvisten utan att förstegen vidtagits. Förfarandet inleddes men när tvisten slutligen skulle avgöras invände kändesidan för det här målet att skiljenämnden saknade behörighet med anledning av att de föreskrivna förstegen, som var tydligt preciserade, inte vidtagits och att processhinder

---

<sup>189</sup> [2012] EWHC 3198 (Ch); 2012 WL 4888769.



följaktligen förelåg. GTIL bestred påståendet och menade på att förstegen inte var tillräckligt precisa för att vara bindande samt att det inte varit parternas avsikt att ett misslyckat uppfyllande av förlikningsförhandlingarna skulle resultera i att skiljeförfarande inte fick inledas. De bestämmelser som parterna hänvisade till hade följande innehåll:

14.2 The relationships among the parties are in the nature of a long-term arrangement among professional firms. The resolution of any dispute or difference arising out of or in connection with this Agreement (which shall also be deemed to include the Articles) or the breach thereof requires special treatment. It is the desire of the parties that any such dispute or difference should be settled quickly and privately in a binding fashion.

14.3 (a) Any dispute or difference as described in Section 14.2 shall in the first instance be referred to the Chief Executive in an attempt to settle such dispute or difference by amicable conciliation or an informal nature. The conciliation provided for in this Section 14.3 shall be applicable notwithstanding that GTIL may be a party to the dispute or difference in question. (b) The Chief Executive shall attempt to resolve the dispute or difference in an amicable fashion. Any party may submit a request for such conciliation regarding any such dispute or difference, and the Chief Executive shall have up to one (1) month after receipt of such request to attempt to resolve it. (c) If the dispute of difference shall not have been resolved within one (1) month following submissions to the Chief Executive, it shall be referred to a Panel of three (3) members of the Board to be selected by the Board, none of whom shall be associated with or in any other way related to the Member Firm or Member Firms who are parties to the dispute of difference. The Panel shall have up to one (1) month to attempt to resolve the dispute or difference. (d) Until the earlier of (i) such date as the Panel shall determine that it cannot resolve the dispute or difference, or (ii) the date one (1) month after the request for conciliation of the dispute or difference has been referred to it, no party may commence any arbitration procedures in accordance with this Agreement.

14.4 Any dispute arising out or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the rules of London Court of International Arbitration, which rules are deemed to be incorporated by reference into this Section. The number of arbitrators shall be 3. The Claimant and Respondent shall each nominate one member of the Tribunal. The seat, or legal place, of arbitration shall be London, England. The language to be used in the arbitral proceedings shall be English.

Med anledning av invändningen prövade skiljenämnden sin behörighet och fann att det inte förelåg några processrättsligt bindande försteg, att skiljeförfarandet hade inletts på ett korrekt sätt och att skiljenämnden följaktligen var behörig att döma i tvisten. Skiljenämnden menade på att förstegen snarare var att se som en metod att hålla tvisten inom bolaget till dess att den kunde hänskjutas till en opartisk utomstående part som på ett rättsligt bindande vis kunde avgöra tvisten, det vill säga genom skiljeförfarande. Förstegen var således snarare att se som en överenskommelse om att komma överens beaktandes det faktum att förfarandet inte involverade någon egentlig utomstående part.

Kärandena i det här fallet, som var missnöjda med skiljenämndens beslut, väckte följaktligen talan i allmän domstol för att klandra nämndens beslut och på så vis få frågan prövad på nytt.

Rätten fann att skiljenämnden fäst stor vikt vid att försteg, i enlighet med uttalandena i *Holloway v Chancery Mead Ltd*, för att anses vara rättsligt bindande måste ange hur parterna ska utse en opartisk utomstående part samt hur denne ska erhålla ersättning. Emellertid hade skiljenämnden varken hänvisat till avgörandet i *Sulamérica CIA Nacional De Seguros S.A. v Enesa Engenharia S.A.* eller till *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd*. Rättsfallen var relevanta och rätten var tvungen att ta dem i beaktande. I avgörandena hade nämligen fastslagits, i det fall parterna givit uttryck för att förstegen ska ha bindande verkan, att rätten ska sträva efter att respektera denna önskan. Rätten fann emellertid att det ur parternas avtal var svårt att urskilja någon definierad process eller några specifika åtaganden.

I sin bedömning utgick rätten från ett antal riktlinjer fastslagna i praxis för att bedöma förstegens potentiellt bindande verkan. Inledningsvis konstaterade rätten att rena överenskommelser om att komma överens och överenskommelser om att förhandla är för vagt formulerade för att kunna vara rättsligt bindande. Dessa formuleringar innebär nämligen att förhandlingarna på objektiv grund inte kan fastställas vara avslutade. Om en sådan formulering endast utgör en del av en i övrigt bindande överenskommelse kan rätten emellertid komma att sträva efter att se överenskommelsen i sin helhet som bindande för parterna. Någon generell regel kan emellertid inte tillämpas för att fastställa förstegs bindande verkan. Rätten måste således, såväl som den gjort tidigare som den kommer göra i framtiden, göra bedömningen från fall till fall och se till huruvida förpliktelserna och/eller underlåtelseerna är tillräckligt klara och tydliga för att kunna tillmätas rättsligt effekt.

Beträffande försteg som föreskriver ett åtagande att vidta ett visst förfarande innan tvisten slutligt får avgöras i domstol eller genom skiljeförfarande uppställs tre kriterier som ska vara angivna och som förutsätter att inga ytterligare förhandlingar fordras. För det första ska det på ett otvetydigt och tillräckligt säkert sätt framgå att parterna vill inleda förfarandet. För det andra ska det vara angivet vilka åtgärder parterna måste vidta för att förfarandet ska kunna inledas. För det tredje ska dessa åtgärder vara tillräckligt definierade så att en domstol på objektiva grunder kan fastställa i vilken utsträckning parterna måste medverka samt hur och när förfarandet ska anses vara avslutat.

Beträffande en överenskommelse om att underlåta att vidta ett visst förfarande, såsom inledandet av en domstolsförhandling, till dess att en viss händelse ägt rum så måste förfarandet vara tillräckligt definierat och tydligt angivet så att en domstol på objektiva grunder kan fastställa när förfarandet har vidtagits.

Mot bakgrund av de uppställda kriterierna fann rätten att det av parternas avtal inte framgick hur processen skulle gå till. Vidare framgick det inte heller vilka som skulle delta i processen eller i vilken utsträckning detta skulle ske. Det enda som klart framgick var att tvisten skulle lösas inom en månad från det att tvisten anhängiggjorts.

Beaktandes det sagda fann rätten att parternas avtal var för odefinierat avseende förfarandet och för oklart beträffande parternas åtaganden för att kunna tillmätas bindande verkan som processhinder. Rätten såg därefter till om överenskommelsen avseende underlåtenhet, de vill säga att parterna av sagt sig rätten att inleda skiljeförfarande till dess att förstegen vidtagits, i sig kunde utgöra processhinder. Rätten fann emellertid, mot bakgrund av att den angivna tidsgränsen på en månad inte enbart torde gälla i det fall en medlare utsetts utan även för det fall att en medlare inte kunnat utses, att överenskommelsen inte kunde anses utgöra processhinder.

Mot bakgrund av det sagda delade rätten skiljenämndens beslut, ansåg att skiljenämnden var behörig att döma i tvisten och ogillade käromålet.

## 6.7 Avslutande reflektioner

Detta kapitel har handlat om multimodala tvistlösningsklausuler i England och genom en redogörelse för några av de mest vägledande rättsfallen har förstegens processrättsligt bindande verkan belysts. I England gäller som huvudregel att ett försteg måste uppnå en tillräcklig grad av precision för att ses som rättsligt bindande. Ett avtal om att ingå avtal, liksom ett avtal om att blott förhandla är för löst hållna och saknar tillräcklig grad av visshet för att kunna betraktas som bindande enligt engelsk rätt. Faktorer som hur förfarandet ska gå till, hur länge förfarandet ska vara, hur förfarandet inleds och avslutas, var förfarandet ska äga rum, vem som ska döma i tvisten, hur denne person ska utses samt vilken ersättning hen har rätt till torde vara avgörande för om ett försteg ska anses som bindande eller ej. För att betraktas som rättsligt bindande krävs dessutom att de nämnda faktorerna uppnår en tillräcklig grad av precision och visshet. Detta innebär att inga ytterligare överenskommelser ska behöva äga rum efter det att tvist uppstått och en objektiv och utomstående part ska med lätthet kunna avgöra huruvida de föreskriva momenten är uppfyllda eller ej. Till detta tillkommer att bedömningen bör ske från fall till fall och att den gemensamma partsavsikten alltid bör respekteras och är central för bedömningen.

Generellt för engelsk rätt kan sägas att den praxis som finns på området är av avgörande betydelse och utgör den mest frekvent tillämpade rättskällan. När rätten står inför en bedömning sker inte sällan hänvisningar till hur domstolen resonerat tidigare när liknande frågor varit uppe till prövning. Vidare ses en ökad tillämpning av ADR som en statlig angelägenhet. Med anledning av den yrkesskicklighet och den välutvecklade organisation som finns avseende exempelvis medling förespråkas följaktligen en tillämpning av ADR i så stor utsträckning som möjligt.

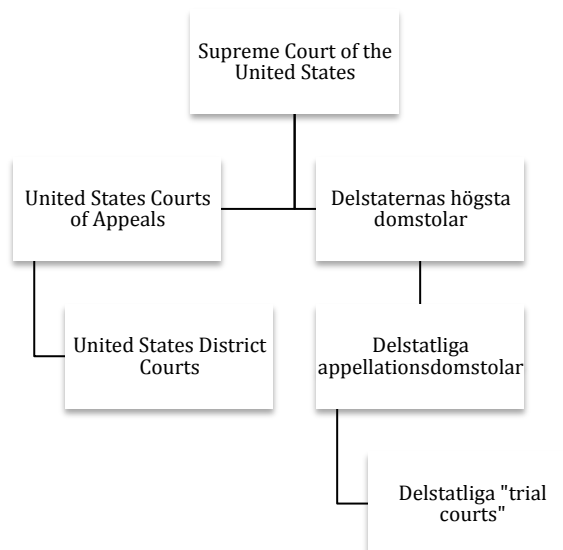
Vid en jämförelse med det svenska synsättet avseende multimodala tvistlösningsklausuler står det klart att den engelska synen är betydligt mer avtals- och partsavsiktsorienterad. Engelska domstolar fäster mer vikt vid vad som går att utläsa av parternas överenskommelse och ser till vad parternas avsikt kan ha varit när de ingick överenskommelsen. Det synes inte föreligga hinder mot att avtala om processuella frågor och ett

obligatoriskt vidtagande av ADR synes inte heller stå i strid med rätten till en rättvis rättegång. Avgörande för frågan är således huruvida den gemensamma partsviljan på ett tillräckligt tydligt sätt går att utläsa ur parternas avtal. Det är inte omöjligt att tänka sig att ett sådant förhållningssätt snarare torde handla om en vision om starkt partsinflytande och om att underlätta rättens arbete avseende bedömningen huruvida en viss avtalsförpliktelse är uppfylld eller ej än om att i möjligaste mån tillförsäkra rättssäkerhet.

Varför det engelska synsättet kommit att avvika från det svenska avseende multimodala tvistlösningsklausuler kommer att diskuteras i samband med kapitel 8, dessförinnan och här närmast följer ett kapitel om multimodala tvistlösningsklausuler i USA.

## 7 Multimodala tvistlösningsklausuler i USA

I USA föreligger inte samma enhetliga syn som i England beträffande avtalade förstegs processrättsligt bindande verkan och den praxis som finns kan i vissa fall till och med vara motsägelsefull.<sup>190</sup> I vid mening kan emellertid kravet för att ett försteg ska ses som bindande sägas vara att klausulen uppnår en tillräcklig grad av precision.<sup>191</sup> Tvister tenderar att bedömas från fall till fall och det avgörande för om ett försteg ska anses vara bindande grundar sig på hur bestämt och detaljrikt avtalsinnehållet är avseende exempelvis den föreskrivna proceduren, tidsramar och plats för förfarandet.<sup>192</sup> I detta hänseende intar den amerikanska rätten således ett praktiskt förhållningssätt, vilket även yttrar sig genom att parter kan tvingas vidta försteg med anledning av att rätten finner det vara lämpligt samt genom att rätten kan ogilla illegitima, tidsödande och rent taktiska invändningar när ytterligare förhandlingar bedöms som verkningslösa.<sup>193</sup> I det följande ges inledningsvis referat av några vägledande rättsfall, därefter följer en kommenterande summering av dessa. Innan detta ges ett förenklat schema över den amerikanska domstolsorganisationen.<sup>194</sup> I detta sammanhang är det slutligen av vikt att uppmärksamma att tvisten i det närmast följande rättsfallet, *Candid Productions Inc v Int'l Skating Union*, inte handlade om tolkning av en förhandlingsklausul utan om tolkning av en optionsklausul. Emellertid har det ansetts vara nödvändigt att behandla fallet mot bakgrund av de principer som rätten slog fast och med anledning av principernas relevans för detta arbete.



<sup>190</sup> File 2007, s. 33.

<sup>191</sup> Brown & Marriott 2011, s. 604.

<sup>192</sup> File 2007, s. 33 och 34.

<sup>193</sup> File 2007, s. 34.

<sup>194</sup> Bogdan 2003, s. 135.

## 7.1 Candid Productions Inc v Int'l Skating Union<sup>195</sup>

Parter i tvisten var Candid Productions Inc, ett produktionsbolag som ägnade sig åt att köpa tv-rättigheter till sportevenemang för att kunna sälja produktioner samt Int'l Skating Union, en organisation som organiserade skridskotävlingar. Tvisten bottnade i ett antal avtal som gav käranden ensamrätt att köpa tv-rättigheterna för den nordamerikanska marknaden avseende skridskotävlingar som svaranden var arrangör för. När svaranden valde att sälja rättigheterna till ett utomstående bolag hävdade käranden att svaranden brutit mot parternas avtal och följaktligen prövades tvisten i allmän domstol.

Klausulerna angav att svaranden inte skulle förhandla med någon utomstående part angående tv-rättigheter för kommande skridskotävlingar utan att dessförinnan i god tro förhandla med käranden. I det fall käranden och svaranden inte kunde komma överens fick svaranden vända sig till en utomstående part, men inte med ett fördelaktigare pris än vad svaranden erbjudit käranden. I sådana fall skulle svaranden först erbjuda käranden att köpa rättigheterna till det tilltänkta priset.

Rätten fann att klausulerna var så vaga och odefinierade att de inte kunde anses vara bindande. Det faktum att svaranden förbundit sig att förhandla med käranden ansågs nämligen inte frånta svarandens rätt att förhandla med utomstående parter. Det låg dessutom i linje med den för amerikansk rätt rådande principen att blott en överenskommelse om att komma överens inte är rättsligt bindande. I detta fall rörde det sig dessutom om en överenskommelse om att förhandla, vilket ansågs vara än mer vagt formulerat än en överenskommelse om att komma överens. Formuleringen beskrev dessutom ett förfarande som var formlöst, oklart och otydligt vilket innebar att den gemensamma partsviljan endast hade kunnat fastställas genom gissningar och spekulationer.

Rätten vidareutvecklade sitt resonemang genom att ange att ett avtalsvillkor måste vara bestämt och tydligt till den grad att parternas intention går att utläsa av det för att det ska ses som rättsligt bindande. I detta hänseende spelar det ingen roll vad parterna tror att de har kommit överens om, det som är avgörande är om klausulen är så pass tydlig och bestämd att det går att fastställa huruvida klausulen har efterlevts eller inte. Har parterna avtalat om att utföra en viss prestation, även i det fall prestationen består i att förhandla i god tro, kan rätten tvinga parterna att fullfölja överenskommelsen genom vidtagandet av förhandlingar. Detta var emellertid inte möjligt i det aktuella fallet beaktandes klausulernas vaga formulering.

---

<sup>195</sup> 530 F Supp 1330 (1982).

## 7.2 White v Kampner<sup>196</sup>

Fallet grundade sig på ett avtal som ingåtts mellan parterna och som innehöll en obligatorisk förhandlingsklausul och en skiljeklausul.

Förhandlingsklausulen hade följande lydelse:

[The parties] agree that they will attempt to negotiate in good faith any dispute of any nature arising under this [agreement]. The parties shall negotiate in good faith at not less than two negotiation sessions prior to seeking any resolution of any dispute under the [arbitration provision] of this [agreement]. Each party shall have the right to legal representation at any such negotiation session.

Skiljeklausulen inleddes på följande vis:

Any dispute or question arising under the provisions of this [agreement] which has not been resolved under [the mandatory negotiation provision] shall be determined by arbitration before one (1) arbitrator appointed by the American Arbitration Association.

Med anledning av en tvist som uppstått mellan parterna hade käranden inlett skiljeförfarande utan att ha initierat de obligatoriska förhandlingarna. Inför skiljenämnden invände svaranden att förhandlingarna utgjorde en förutsättning för att skiljeförfarande skulle kunna inledas men invändningen ogillades och det slutade med att skiljenämnden dömde till kärandens fördel. Svaranden vände sig således till delstatens trial court för att klandra skiljedomen. Mot bakgrund av att parterna i avtalet angett att de skulle förhandla vid minst två tillfällen och att de inte förhandlat ens vid ett tillfälle samt beaktades det faktum att svaranden uppmärksammat skiljenämnden om att detta utgjorde processhinder fann rätten att skiljenämnden inte varit behörig att döma i tvisten och således ogiltigförklarade rätten skiljedomen. Domen överklagades till Appellate Court. Överrätten kom fram till att parterna ovillkorligt underkastat sig att lösa samtliga tvister som uppstod till följd av avtalet genom skiljeförfarande och att även frågan om skiljemännens behörighet således var exklusivt avsedd för att avgöras av skiljenämnden. Mot bakgrund att detta bifölls överklagandet och skiljedomen vann åter rättskraft. Denna dom överklagades i sin tur till delstatens högsta domstol, Supreme Court of Connecticut.

Domstolen började med att konstatera att skiljeförfarandet, trots lagstöd, är en högst kontraktuell företeelse. Huvudregeln är att en skiljenämnds behörighet kan bedömas av domstol. Om parterna emellertid tydligt angett att frågan exklusivt ska avgöras av skiljenämnden så ska parternas önskan respekteras. Rätten fann emellertid att språkvalet i förhandlings- och skiljeklausulerna tydde på att skiljeförfarandet och skiljenämndens behörighet var villkorade och inte ovillkorade så som Appellate Court funnit. I enlighet med klausulernas ordalydelser fann rätten att bestämmelserna borde tolkas som att minst två förhandlingstillfällen var en förutsättning för att skiljeförfarande skulle kunna inledas samt att skiljenämndens behörighet inte var upp till skiljenämnden att fastställa, trots

---

<sup>196</sup> 641 A.2d 1381 (Conn. 1994).

den heltäckande formuleringen i skiljeklausulen, utan att frågan skulle avgöras av domstolen. Mot bakgrund av detta bifölls överklagandet och skiljedomen upphävdes.

### **7.3 HIM Portland LLC v DeVito Builders Inc<sup>197</sup>**

Fallet grundade sig på en tvist som uppstått med anledning av parternas avtal. Fastighetsägaren HIM Portland LLC hade anlitat byggentreprenören DeVito Builders Inc för att låta upprätta ett Schweiziskt alpshotell i Portland, Maine. Tvist uppstod efterhand med anledning av att HIM hävdade att DeVito gjort sig skyldig till kontraktsbrott, förtal och bedrägeri. Följaktligen väckte HIM talan i District Court of Maine och yrkade på ersättning för den lidna skadan. I samband med att svaromålet inkom ändrade HIM sin talan och yrkade på att domstolen skulle tvinga parterna att inleda skiljeförfarande i enlighet med parternas avtal. I relevanta delar hade parternas avtal följande innehåll:

9.10.1 Claims, disputes and other matters in question arising out of or relating to this Contract, including those alleging an error or omission by the Architect but excluding those arising under Paragraph 15.2 [Hazardous Materials], shall be referred initially to the Architect for decision. Such matters, except those relating to aesthetic effect and except those waived as provided for in Paragraph 9.11 [Consequential Damages] and Subparagraphs 14.5.3 and 14.5.4 [making or acceptance of final payment constitutes waiver], shall after initial decision by the Architect, or 30 days after submission of the matter to the Architect, be subject to mediation as a condition precedent to arbitration or the institution of legal or equitable proceedings by either party.

9.10.3 The parties shall endeavor to resolve their disputes by mediation which, unless the parties mutually agree otherwise, shall be in accordance with the Construction Industry Mediation Rules of the American Arbitration Association currently in effect. . . . The request may be made concurrently with the filing of a demand for arbitration, but, in such event, mediation shall proceed in advance of arbitration or legal or equitable proceedings, which shall be stayed pending mediation for a period of 60 days from the date of filing, unless stayed for a longer period by agreement of the parties or court order.

9.10.4 Claims, disputes and other matters in question arising out of or relating to the Contract that are not resolved by mediation, except matters relating to aesthetic effect and except those waived as provided for in Paragraph 9.11 and Subparagraphs 14.5.3 and 14.5.4, shall be decided by arbitration which, unless the parties mutually agree otherwise, shall be in accordance with the Construction Industry Arbitration Rules of the American Arbitration Association currently in effect. . . . The award rendered by the arbitrator or arbitrators shall be final, and judgment may be entered upon it in accordance with applicable law in any court having jurisdiction thereof.

Domstolen biföll inte ändringen av talan och menade på att det av ordalydelsen i klausulerna gick att utläsa att den gemensamma partsavsikten vid avtalets ingående måste ha varit att skiljeförfarande endast fick inledas först efter det att medlingsförhandlingar ägt rum. Parterna hade inte medlat och således förelåg hinder mot inledande av skiljeförfarande.

---

<sup>197</sup> 317 F 3d 41 (1st Cir 2003).



HIM vände sig följaktligen till Court of Appeal och begärde ändring av beslutet. Överrätten började med att se till rådande regler avseende skiljeavtal och fann att i de fall parterna har ett skiljeavtal och någon part invänder att detta utgör rättegångshinder så ska rätten vilandeförklara målet i avvaktan på att skiljeförfarande äger rum i enlighet med parternas avtal. Emellertid utgör skiljemannarätten en del av avtalsrätten och således kan inte en part påtvingas att medverka i skiljeförfarande om det inte framgår av parternas avtal. Rätten fann att deras uppgift var att i överensstämmelse med gällande rätt samt med hänsyn till den federalt gynnsamma policyn avseende skiljeförfaranden utifrån avtalstolkning fastställa den gemensamma partsviljan. Följaktligen utgick rätten från nämnda kriterier när klausulernas eventuellt bindande verkan avseende medling granskades. Rätten fann att det uppenbart måste ha varit parternas avsikt att medling skulle utgöra ett obligatoriskt försteg innan skiljeförfarande kunde inledas. I synnerhet fann rätten att formuleringen *skall* inte kunde tolkas på något annat vis än att förfarandet skulle vara bindande för parterna. Således skulle någon av parterna behövt initiera medlingsförhandlingar för att bestämmelsen avseende skiljeförfarande skulle ha kunnat aktualiseras. I och med att ingen av parterna försökt inleda medlingsförhandlingar fann rätten att skiljeförfarande inte kunde framtvingas. Mot bakgrund av det sagda delade Court of Appeal underrättens beslut och ogillade käromålet.

## 7.4 Avslutande reflektioner

Detta kapitel har behandlat multimodala tvistlösningsklausuler i USA genom att belysa relevant praxis. Det amerikanska synsättet uppvisar stora likheter med det engelska och skiljer sig således från det svenska. Inledningsvis konstaterades att den praxis som finns i USA inte är lika enhetlig som den engelska. En förklaring till detta torde vara att USA, till skillnad från England, består av ett flertal självständiga stater och att USA som land följaktligen inte kan uppnå samma enhetlighet som exempelvis England beträffande praxis. Liksom i England uppställs ett krav på att förstegen måste uppnå en tillräcklig grad av precision avseende bland annat tid, plats och procedur för förfarandet för att förstegen ska betraktas som rättsligt bindande.

I USA torde rätten inta ett än mer praktiskt förhållningssätt än i England och ser än mer till omständigheterna i det enskilda fallet. Den gemensamma partsavsikten torde vara avgörande för om ett försteg ska anses vara bindande och denna ska tydligt gå att utläsa ur parternas avtal så att en på objektiva grunder kan fastställa om överenskommelsen har efterlevts eller ej. Således torde även ett avtal om att förhandla vara bindande för parterna förutsatt att det i tillräckligt precisa termer är angivet hur förfarandet ska gå till.

## 8 Statlig och privat rättskipning

I detta avslutande kapitel ska statlig och privat rättskipning diskuteras. Detta har ansetts nödvändigt och torde kunna bidra till förståelsen varför det svenska och det angloamerikanska synsätten skiljer sig åt avseende frågan huruvida förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler ska anses utgöra processhinder.

### 8.1 Official- och dispositionsprincipen

Det angivna synsättet, det som skiljer mellan statlig och privat rättskipning kan sägas böttna i två för civilprocessrätten mycket viktiga principer: officialprincipen och dispositionsprincipen, vilken kan sägas vara ett specialfall av förhandlingsprincipen<sup>198</sup>.

Officialprincipen innebär att rätten har mandat att vidta eller underlåta att vidta en viss processhandling oberoende av vad parterna har yrkat.<sup>199</sup> Detta förfarande brukar kallas för att rätten handlar ex officio. Anledningen till detta är att den materiella rätten rör för allmänheten så viktiga intressen att det bedömts som nödvändigt att ge rätten en sådan befogenhet för att kunna tillförsäkra allmänheten en tillräcklig grad av rättssäkerhet.<sup>200</sup> Detta kan exempelvis ske genom att rätten på eget initiativ i indispositiva tvistemål inhämtar bevisning eller genom att rätten ställer frågor till parterna för att förtydliga oklarheter i parternas framställningar.<sup>201</sup> Officialprincipen kan således sägas ge domstolarna rätt att handla på eget initiativ och ger därmed domstolarna större inflytande över domstolsprocessen.

Förhandlingsprincipen innefattar all den verksamhet som parterna kan utöva av egen drift, oavsett om den är bindande eller ej för rätten.<sup>202</sup> Under principen faller exempelvis parternas rätt att avstå från att hålla slutanförenden samt parternas rätt att avstå från rätten till försvarare.<sup>203</sup>

Dispositionsprincipens innebörd kan härledas ur de processuella reglernas karaktär.<sup>204</sup> Är reglerna i en rättsordning dispositiva präglas de således av dispositionsprincipen.<sup>205</sup> Det är sällan klart angivet om en viss regel är dispositiv eller indispositiv, emellertid är det detta som är avgörande för huruvida dispositionsprincipen är tillämplig eller ej.<sup>206</sup> Principen innebär att parterna ges rätt att förfoga över domstolsprocessen. Med stöd av denna kan

---

<sup>198</sup> Ekelöf & Edelstam 2002, s. 69.

<sup>199</sup> Ekelöf & Edelstam 2002, s. 58.

<sup>200</sup> Lindell 2012, s. 114.

<sup>201</sup> Se 35 kap. 6 § RB samt 42 kap. 8 § RB.

<sup>202</sup> Ekelöf & Edelstam 2002, s. 69.

<sup>203</sup> Se 43 kap. 9 § RB och 12 kap. 1 § RB.

<sup>204</sup> Lindell 2012, s. 110.

<sup>205</sup> Ekelöf & Edelstam 2002, s. 58.

<sup>206</sup> Lindell 2012, s. 110.

parterna, ensidigt eller samstämigt, förmå domstolen att vidta eller underlåta att vidta en viss processhandling avseende såväl processmaterial som förfarande.<sup>207</sup> Detta innebär exempelvis att domstolen inte får döma i större omfattning än vad parterna har yrkat eller grunda sitt beslut på andra omständigheter än vad parterna åberopat.<sup>208</sup>

## 8.2 Staten och det privata

Rättskipning, liksom juridik i allmänhet, är som ett mynt: det finns två sidor av det. Rättskipning kan antingen vara centralstyrd med staten som huvudaktör eller privatstyrd med parternas intressen och det gemensamma avtalet som främsta auktoritet. Vissa stater är upprättade utifrån tanken om att en stark och statlig rättskipning är nödvändig för att kunna upprätthålla demokrati. Tanken bygger på att starka, statliga aktörer, såsom politiska makthavare och domstolar upprätthåller ett samhälle där individen tillförsäkras fri- och rättigheter, domstolsprövning och ett starkt rättsskydd. Andra stater sätter individen i centrum. Dessa rättsordningar är upprättade utifrån övertygelsen att demokrati uppnås genom att individen själv fattar beslut med den frihet, det ansvar och den risk som följer.<sup>209</sup> Detta synsätt grundar sig på att individer har olika intressen och att dessa på bästa sätt tillvaratas genom mångfald, möjligheter och valfrihet.<sup>210</sup> Den statliga rättskipningen ska finnas tillgänglig. Det ska emellertid stå var och en fritt att utnyttja andra konfliktlösningsformer när detta lämpar sig bättre.<sup>211</sup>

Den statliga rättskipningen står som sagt för en stark demokrati med staten som huvudsaklig aktör. Lagstiftaren stiftar lagar och domstolarna utövar rättskipning. Som en konsekvens av att staten ansvarar för lagstiftningen torde det te sig naturligt att staten även ansvarade för rättskipningen för att på så vis styra enhetligt och upprätthålla ett rättssäkert samhälle. Den statliga kontrollen och ordningen skulle nämligen kunna såväl begränsas som försvagas om den privata rättskipningen fick alltför starkt fäste.<sup>212</sup> Den statliga rättskipningens primära syfte kan således sägas vara att på ett enhetligt vis bidra till rättssäkerhet, förutsebarhet och trygghet.

På den andra sidan av myntet återfinns den privata rättskipningen. I ett samhälle där väntetiderna är långa för att få en tvist prövad i allmän domstol och där organisatoriska nedskärningar fortgår kontinuerligt har den privata rättskipningen funnit en plats att fylla på marknaden. Följaktligen har alternativa tvistlösningsformer såsom förlikningsförhandling och medling etablerat en allt starkare ställning.<sup>213</sup> Parterna har fått större inflytande över processen, den gemensamma partsviljan har intagit en central roll och parterna behöver inte nödvändigtvis förhålla sig till juridiska regleringar när

---

<sup>207</sup> Ekelöf & Edelstam 2002, s. 58.

<sup>208</sup> Se 17 kap. 3 § RB.

<sup>209</sup> Westberg 2005, s. 362.

<sup>210</sup> Westberg 2005, s. 362 och 363.

<sup>211</sup> Westberg 2005, s. 363.

<sup>212</sup> Westberg 2005, s. 347.

<sup>213</sup> Westberg 2005, s. 347.

de löser en tvist. Detta har resulterat i att förespråkarna för privat rättskipning blivit allt fler trots att medling och förlikningsförhandlingar inte kan likställas med domstolsförfarandet beträffande grad av rättssäkerhet.<sup>214</sup>

Respektive sida av myntet har såväl för- som nackdelar. Ena sidan skapar rättvisa och bidrar till rättssäkerhet, den andra bidrar med flexibilitet, effektivitet och fokuserar på de enskildas intressen. Inget av synsätten är mer rätt än det andra. Emellertid torde de till vis del motverka varandra beaktandes det faktum att den privata rättskipningen betonar parternas självbestämmanderätt medan den statliga rättskipningen till viss del inskränker densamma.<sup>215</sup> I grund och botten torde de olika synsätten bottna i en stats övergripande politiska ideologi.<sup>216</sup> Ideologierna har skiftat över tid, emellertid går det att urskilja en tendens hur socialistiska stater förespråkade statlig rättskipning medan liberala stater varit förespråkare för parternas starka inflytande och privat rättskipning.<sup>217</sup> Exempelvis var den rådande uppfattningen när liberalismen var som störst att domaren skulle förhålla sig passiv, att den gemensamma partsviljan skulle respekteras och att det skulle stå parterna fritt att avtala om i princip vad som helst.<sup>218</sup>

En förklaring till den i Sverige relativt begränsade tillämpningen av ADR skulle kunna ha att göra med det socialdemokratiska styret som till stora delar präglade det moderna svenska samhället. Byggandet av det svenska folkhemmet, tron på välfärdssamhället och ett samhällsklimat grundat på solidaritet och jämlikhet har varit viktiga grundpelare för den socialdemokratiska ideologin. På grund av avståndstagande från såväl privatisering i allmänhet som från privat rättskipning har således det socialdemokratiska samhället tagit avstånd från alternativa tvistlösningsformer med syfte att försöka skydda välfärdsstaten. Även om det politiska klimatet börjat öppnas upp i Sverige och socialdemokraterna i takt med globaliseringen, den allmänna internationaliseringen samt Sveriges inträde i EU blivit mer öppensinnade till privatisering, så lever vissa kollektiva grundidéer kvar i det svenska samhället. Exempel på detta är starkt etablerade organisationer, ombudsmän och nämnder såsom LO, JO och ARN, vilka hjälper sina medlemmar och allmänheten med rådgivning, rättskipning och konflikthantering.<sup>219</sup> Den verksamhet som bedrivs av ombudsmännen och nämnderna skulle i vid mening dessutom kunna ses som alternativa tvistlösningsformer beaktandes det faktum att de faktiskt ägnar sig åt tvistlösning och på så vis avlastar domstolarna.<sup>220</sup> Det sagda skulle kunna bidra till förståelsen varför den i synnerhet angloamerikanska privata rättskipningen inte etablerat sig starkare i Sverige än vad som hittills skett.

---

<sup>214</sup> Westberg 2005, s. 348.

<sup>215</sup> Knuts 2006, s. 71.

<sup>216</sup> Ekelöf & Edelstam 2002, s. 70.

<sup>217</sup> Ekelöf & Edelstam 2002, s. 70 och 71.

<sup>218</sup> Lindell 1988, s. 14 och 15.

<sup>219</sup> Lindell 2006, s. 80 och 81.

<sup>220</sup> Lindblom 2006, s. 112 och 117 samt Lindell 2006, s. 81. Se även Brown & Marriott 2011, s. 20.

Det ovan beskrivna synsättet, det som skiljer mellan statlig och privat rättskipning, har inom ramen för tidigare akademiska studier använts i försök att härleda systemen till olika slag av styrelseskick. Den partsdominerade och konfliktlösningsinriktade privata rättskipningen har associerats med reaktiva nattväktarstater och den procedur- och domarstyrda statliga rättskipningen har kopplats samman med proaktiva välfärdsstater. Detta innebär att det skulle föreligga en koppling mellan privat rättskipning, nattväktarstater och individens bestämmanderätt å ena sidan och statlig rättskipning, välfärdsstater samt personlig och social trygghet å andra sidan.<sup>221</sup> En kategorisering av nämnda slag torde emellertid snarare lämpa sig för teoretiska studier av motstående ideologier än för jämförelser av verkliga domstolssystem.<sup>222</sup>

### 8.3 Common law – en liberal rättsfamilj

I detta avslutande avsnitt har det funnits vara intressant att säga några ord om indelningen av rättsfamiljer och i synnerhet belysa rättsfamiljen common law. Common law har sitt ursprung i England och härstammar från 1100-talets kungliga domstolar och sedvanerätten.<sup>223</sup> Rättssystemet har således inte liksom den romerska rätten och civil law tillkommit genom kodifikationer utan bygger på domstolarnas prejudicerande verksamhet.<sup>224</sup> Även om det förekommer kodifikationer inom common law torde engelska domare föredra att döma utifrån prejudikat och ser detta som en bättre och mer verklighetsförankrad rättskälla än teoretiskt framtagen författning.<sup>225</sup>

Med anledning av kolonialiseringen spreds den engelska rätten till bland annat USA, Kanada, Nya Zeeland och Australien. Som en konsekvens av detta bygger nämnda rättssystem, i synnerhet på privaträttens område, på den engelska rätten.<sup>226</sup> Den amerikanska rätten har i sin tur spridits och influerat andra rättssystem i synnerhet på avtalsrättens område dels tack vare landets starka ställning inom ekonomi och politik, dels tack vare reglernas språkliga lättillgänglighet med anledning av engelskans ställning som ledande världsspråk.<sup>227</sup>

Det faktum att common law-länderna tillhör samma rättsfamilj torde ha bidragit till att synen på multimodala tvistlösningsklausuler har stora likheter inom dessa rättsordningar. Ovan konstaterades att det finns likheter beträffande den engelska och den amerikanska rättsordningens syn avseende multimodala tvistlösningsklausulers processrättsligt bindande verkan. Rättsläget i Australien liknar det amerikanska på så vis att avtal om att

---

<sup>221</sup> Westberg 2010, s. 50 ff.

<sup>222</sup> Westberg 2010, s. 51 not 1 och 2.

<sup>223</sup> Bogdan 2003, s. 92.

<sup>224</sup> Bogdan 2003, s. 93 samt Sundberg 1969, s. 186 och 187.

<sup>225</sup> Bogdan 2003, s. 113 och 114.

<sup>226</sup> Bogdan 2003, s. 125 och 128.

<sup>227</sup> Bogdan 2003, s. 146.

förhandla kan vara processrättsligt bindande<sup>228</sup> och i Kanada och Nya Zeeland förefaller inställningen till övergripande del sammanfalla med den engelska.<sup>229</sup> Mot bakgrund av det sagda går det att urskilja ett mönster inom common law avseende multimodala tvistlösningsklausuler, ett mönster som vittnar om en gemensam inställning att processuella avtals giltighet snarare är att betrakta som regel än som undantag.

Avslutningsvis ska rättsfamiljernas dynamiska karaktär uppmärksammas. Rättsfamiljer är nämligen inte statiska utan befinner sig under ständig utveckling. Ett exempel på detta är hur common law och civil law genom samarbete inom vissa rättsområden kommit att närma sig vilket gör det tänkbart att dessa två familjer i framtiden tillsammans skulle kunna komma att utgöra en gemensam västerländsk rättsfamilj.<sup>230</sup> Ett annat exempel är hur EU:s medlemsstater på sikt skulle kunna tänkas utgöra en egen gemenskapsrättslig rättskultur.<sup>231</sup> Med detta i åtanke ska nu en avslutande diskussion föras för att summera kapitlet.

## 8.4 Avslutande reflektioner

Det här kapitlet har behandlat statlig och privat rättskipning. Den statliga rättskipningen är centralstyrd, kan sägas böttna i ett rättighets- och skyldighetstänkande samt bidrar till rättssäkerhet, förutsebarhet och allmän trygghet. Den privata rättskipningen är flexibel, centraliserar den gemensamma partsviljan och böttnar i ett liberalism- och frihetstänkande som medför såväl möjligheter som ansvar och risker.

Generellt sett synes socialistiska stater vara större förespråkare av statlig rättskipning medan liberala stater tycks värna om den privata rättskipningen. I linje med detta är det tänkbart att primärt associera välfärdsstater med statlig rättskipning och nattvaktarstater med privat rättskipning. Som en konsekvens av detta är det inte omöjligt att tänka sig att välfärdsstater som huvudsakligen förespråkar statlig rättskipning kommer att vara emot processuella överenskommelser medan det motsatta kommer att gälla för nattvaktarstater som i stor utsträckning förespråkar privat rättskipning. En stat som motsätter sig processuella överenskommelser torde nämligen i större utsträckning värna om statlig kontroll och rättssäkerhet. Rättskipning är någonting som primärt staten ska ägna sig åt för att tillförsäkra rättssäkerhet och rättighetsgarantier. På motsvarande sätt skulle en stat som förespråkar processuella överenskommelser kunna sägas värna om individens bestämmanderätt och frihet. Om individen tillförsäkras frihet och bestämmanderätt borde det följaktligen falla sig naturligt att denne även fick ingå processuella avtal utifrån sina individuella behov och preferenser.

---

<sup>228</sup> Se Chapman 2010, s. 89 ff. och i synnerhet det refererade och kommenterade rättsfallet United Group Rail Services Ltd. v. Rail Corp. New South Wales, [2009] N.S.W.C.A. 177.

<sup>229</sup> Chapman 2010, s. 92 not 12.

<sup>230</sup> Se David 1961, s. 56 – 64. Citerad i Bogdan 2003, s. 80.

<sup>231</sup> Modéer 1999/00, s. 72. Se även Bogdan 2003 s. 80 och 81.

Även om det inte med säkerhet går att fastställa att välfärdsstater primärt förespråkar statlig rättskipning och nattväktarstater privat rättskipning ligger inte tanken långt borta att betrakta Sverige som en välfärdsstat, primärt förespråkare av statlig rättskipning och England och USA, i vart fall i detta hänseende, som nattväktarstater och förespråkare av privat rättskipning. Sverige har i modern tid präglats av ett socialdemokratiskt styrelseskick och tron på välfärdssamhället och synes mot bakgrund av detta ha tagit avstånd från privat rättskipning till förmån för statlig rättskipning. I Sverige råder även principen att processuella överenskommelser som huvudregel är ogiltiga. I USA är rättsläget det motsatta. Som tidigare uppmärksammats var USA en av de främsta pionjerna beträffande en tilltagande tillämpning av ADR och den praxis som har presenterats bekräftar tesen att USA till stor del fokuserar på individen och den gemensamma partsviljan och följaktligen tillåter processuella överenskommelser. Liknande mönster avseende partsvilja, i vart fall beträffande parternas rätt att ingå processuella avtal, och en tilltagande tillämpning av alternativ tvistlösning synes råda inom såväl den engelska rättsordningen som inom andra rättsordningar tillhörandes common law såsom den kanadensiska, den australiensiska och den nya zeeländska. Även om detta endast är på ett teoretiskt plan, och även om det är svårt att argumentera för så pass generaliserande resonemang så utesluter det inte möjligheten att det skulle kunna finnas en koppling mellan en stats styrelseskick och synen på processuella överenskommelsers rättsligt bindande verkan.

Avslutningsvis ska sägas några ord om de olika rättsfamiljernas och de skiftande synsättens kompatibilitet. Det har ovan uppmärksammats att civil law och common law i allt större mån börjat närma sig varandra. Ett exempel på detta är som tidigare framgått de angloamerikanska boilerplate-klausulerna och som en effekt av detta de multimodala tvistlösningsklausulerna som blivit ett allt vanligare inslag för svensk rätt. De båda rättsfamiljerna närmar sig förvisso, men i detta hänseende är familjerna inte förenliga med varandra. I England och USA synes processuella överenskommelser vara tillåtna och rättsligt bindande förutsatt att det uppnår en tillräcklig grad av precision, i Sverige är detta som tidigare framkommit inte möjligt utan stöd i lag. Om oförenligheten blott beror på en fast rotad princip eller om det är effekten av skiftande syn avseende rättskipning och styrelseskick är svårt att säga. Troligtvis rör det sig om en kombination och troligtvis kommer de två familjerna inte att närma sig mer beträffande denna fråga. I vart fall inte tills den dag lagstiftaren ger klartecken genom ett nytt undantag med stöd i lag.

## 9 Slutsatser

Till grund för detta arbete låg tre frågeställningar, nämligen:

1. Vad finns det för olika uppfattningar i Sverige avseende multimodala tvistlösningsklausuler och förstegens potentiella verkan som processhinder? Vilka skäl ligger bakom skiftande uppfattningar och vad beror det på i de fall uppfattningarna skiljer sig åt?
2. Vad är den rådande uppfattningen avseende multimodala tvistlösningsklausuler och förstegens processrättsligt bindande verkan i England och USA?
3. Kan en skiftande syn på rättskipning, styrelseskick och rättstradition tänkas ha bidragit till att den svenska synen avseende multimodala tvistlösningsklausulers processrättsligt bindande verkan kommit att skilja sig från den angloamerikanska?

I det följande ska frågorna i tur och ordning besvaras. Svaren kommer att ligga till grund för de slutsatser som går att dra av arbetet. Slutligen kommer en kommentar avseende vilken lärdom som kan dras av slutsatserna att ges.

Initialt redogjordes för de bidrag avseende multimodala tvistlösningsklausuler som kommit till uttryck i doktrinen. Utifrån detta material konstaterades att det föreligger tre huvudsakliga skäl till varför ett försteg i en multimodal tvistlösningsklausul inte borde tillerkännas processrättsligt bindande verkan. För det första skulle en sådan reglering kunna stå i strid med EKMR och rätten till en rättvis rättegång. För det andra finns inom svensk rätt en princip som anger att processuella avtal är ogiltiga om inte undantag är angivet i lag. För det tredje skulle en sådan reglering kunna bidra till rättsosäkerhet.

I arbetet har även åsikter av en motsatt uppfattning redovisats. Argument som att principen om processuella avtals ogiltighet är omodern, att parterna intagit en allt centralare ställning inom processen samt att den stilleståndsperiod som skulle uppstå till följd om förstegen tillerkändes processrättsligt bindande verkan endast skulle vara suspensiv har granskats och analyserats.

Mot bakgrund av det sagda går det att dra slutsatsen att de skiftande uppfattningarna torde bottsna i subjektiva övertygelser om hur det torde, alternativt borde, förhålla sig. Det finns argument för respektive uppfattning. Emellertid torde det faktum att en majoritet, inklusive lagstiftaren, i linje med principen om processuella avtals ogiltighet, förespråkar att förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler inte borde tillerkännas någon processrättsligt bindande verkan tala för att förstegen i dagsläget inte ska tillmätas någon verkan som processhinder.



Beträffande frågan vilken som är den rådande uppfattningen i England och USA har genom primärt rättsfallsstudier kunnat fastställas att förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler kan tillerkännas verkan som processhinder förutsatt att de uppnår en tillräcklig grad av precision avseende bland annat förfaranderegler, tidsfrister och bestämmelser beträffande utnämning av medlare. Till detta tillkommer att den uttryckta partsviljan tydligt måste framgå och på objektiva grunder kunna fastställas i fråga om huruvida denna efterlevts eller ej. Följaktligen torde inte avtal om att ingå avtal eller avtal om att blott förhandla ses som rättsligt bindande inom nämnda rättsordningar.

Mot bakgrund av det sagda torde det gå att dra slutsatsen att processuella avtal, under angivna förutsättningar, kan vara processrättsligt bindande inom såväl den engelska som den amerikanska rättsordningen men att omständigheterna i det enskilda fallet ytterst kommer att vara avgörande för den rättsliga bedömningen.

Den tredje frågan torde vara den mest intresseväckande och även den fråga som potentiellt skulle kunna bidra med de djupaste insikterna för den fortsatta utvecklingen inom området. Frågan centraliserades kring huruvida skiftande syn på rättskipning, styrelseskick och rättstradition kan tänkas ha bidragit till att den svenska synen avseende multimodala tvistlösningsklausulers processrättsligt bindande verkan kommit att skilja sig från den angloamerikanska?

I arbetet har framkommit primärt fyra faktorer som kan tänkas ha bidragit till att de förespråkade synsätten skiljer sig åt. I det följande ges en redogörelse för dessa.

För det första har det konstaterats att rättsstater, en aning generaliserande, i vart fall på ett teoretiskt och ideologiskt plan skulle kunna kategoriseras som primärt förespråkare av antingen statlig eller privat rättskipning. Även om detta resonemang synes vara vagt har det funnits vara nödvändigt att uppmärksammas med anledning av dess teoretiskt tänkbara förklarande värde. Statlig rättskipning, vilken synes vara sammankopplad med socialistiska ideologier och tron på välfärdssamhället, utgår från ett styre där staten är den främsta auktoriteten och som har till syfte att tillförsäkra medborgarna fri- och rättigheter. Ett styre av nämnda slag bidrar till rättssäkerhet men med följderna att individens makt och inflytande blir av mindre skala. Privat rättskipning, som i större utsträckning synes förespråkas av liberala nattväktarstater, centraliserar individen och dennes bestämmanderätt och grundar sig på övertygelsen om att individer utifrån sina individuella behov och preferenser är kapabla att fatta egna beslut vilket genererar såväl möjligheter som ansvar och risker. Sverige torde primärt förespråka statlig rättskipning medan den privata rättskipningen har starkt fäste i såväl England som USA. Denna skillnad i syn och tillämpning avseende statlig och privat rättskipning torde vara en anledning till att synen avseende multimodala tvistlösningsklausuler kommit att skifta mellan rättsordningarna.

För det andra har, med anledning av socialdemokratins historiskt sett starka fäste i Sverige, privat rättskipning och privatisering i allmänhet fått ett begränsat utrymme i det svenska samhället. Istället för att utbilda medlare och upprätta kvalificerade medlingsinstitut har nämnder och ombudsmän såsom ARN och JO ägnat sig åt tvistlösning. Avsaknaden av dessa kollektiva rättvisesystem i kombination med en skiftande ideologisk syn kan tänkas vara förklaringar till varför ADR fann en plats att fylla på den angloamerikanska marknaden när domstolarna inte längre kunde leva upp till parternas krav på effektiv och snabb rättskipning. Som en konsekvens av detta ökade förekomsten av välrenommerade medlingsinstitut och yrkeskunniga medlare. De skiftande politiska ideologierna i kombination med skiftande resurser avseende tvistlösning torde således ha kunnat resultera i att inställningen i frågan kommit att skifta.

För det tredje har en tänkbar förklaring till varför ADR i större utsträckning förekommer inom rättsordningar som är upprättade enligt common law än civil law påstått kunna härledas ur domarens roll inom respektive rättsordning. Inom common law intar domaren traditionellt sett en mer passiv roll och det är primärt parterna som styr över processen. Inom civil law synes det vara tvärtom. I sammanhanget bör emellertid uppmärksammas, som tidigare framkommit, att de engelska domarna sedan Woolf-reformerna 1998 intagit en mer aktiv roll men att synen på processuella avtals bindande verkan likväl synes kvarstå. Domarens passiva roll i kombination med att common law primärt bygger på praxis torde ha bidragit till att de rättsordningar som tillhör common law i större utsträckning är partsorienterade och tenderar att fokusera på behov och intressen snarare än på rättigheter och skyldigheter. Inom civil law synes det vara tvärtom. Det sagda, sett i ljuset av det ovan anförda beträffande statlig och privat rättskipning, torde innebära att England och USA är rättsordningar som i huvudsak centraliserar individen samt dennes behov och önskemål medan Sverige synes förespråka statlig rättskipning med främsta syfte att tillförsäkra rättssäkerhet genom ett styrelseskick grundat på rättigheter och skyldigheter. Beaktandes det faktum att möjligheten att träffa processuella överenskommelser ger parterna ökat inflytande kan detta rimligtvis tänkas vara en bidragande faktor till att synsätten kommit att skilja sig åt.

För det fjärde råder principen om processuella avtals ogiltighet i Sverige. Principen torde gå att härleda ur den tyska processrätten som i sin tur går att härleda ur den romerska rätten. Principen är gammal men bekräftades nyligen i förarbetena genom att det sades att en reglering som avsåg tillerkänna förstegen i multimodala tvistlösningsklausuler processrättsligt bindande verkan ansågs strida mot svensk rätt och svensk rättstradition. Av vad som har framkommit synes inte någon liknande princip finnas i de parts- och behovsanpassade rättsordningarna England och USA. Dessa rättsordningar har istället en lång tradition av texttrogen avtalstolkning. Som en konsekvens av detta har boilerplate-klausuler och således även multimodala tvistlösningsklausuler blivit vanligt förekommande. I England

och USA synes det således inte föreligga något principiellt hinder mot processuella avtal men för att bidra till förutsebarhet och rättssäkerhet har ett krav uppställts på att klausulerna måste uppnå en tillräcklig grad av precision för att tillerkännas bindande verkan. De skiftande rättstraditionerna får således anses utgöra ytterligare en faktor som bidragit till att synsätten kommit att skilja sig åt.

Sammantaget kan sägas att de fyra faktorerna till övervägande del handlar om skiftande rättstradition och olika syn på statens roll för samhället. Följaktligen går det att dra slutsatsen att skiftande syn på rättskipning, styrelseskick och rättstradition med stor sannolikhet kan tänkas vara en bidragande faktor till att den svenska synen avseende multimodala tvistlösningsklausulers processrättsligt bindande verkan kommit att skilja sig från den angloamerikanska.

I det följande ges en avslutande kommentar avseende vilken lärdom som går att dra av slutsatserna.

Det svenska synsättet skiljer sig från det angloamerikanska, det råder det inga tvivel om. Anledningen till att synsätten skiljer sig åt torde som konstaterats primärt bottna i skiftande rättstraditioner och företrädda politiska ideologier samt olika syn på statens roll för samhället. Att rättsordningar har olika rättstraditioner och präglas av olika syn på statens roll för samhället är inte på något vis konstigt och utgör en naturlig följd av världssamhällets komplexitet. Detta kan ha positiva effekter men i det här hänseendet torde det kunna bli problematiskt. Det går nämligen att urskilja en tendens hur det svenska samhället i allt större utsträckning blir influerat av den angloamerikanska rättstraditionen.

Med anledning av Englands och USA:s starka och inflytelserika ställningar inom ekonomi och politik har nämnda rättsordningar i modern tid och i stor utsträckning kommit att påverka utvecklingen inom andra rättsordningar. Ett exempel är som konstaterats tillämpningen av boilerplate-klausuler och således även multimodala tvistlösningsklausuler. Common law och civil law närmar sig allt mer och i ett sådant skede kan inte enbart de materiella bestämmelserna se likadana ut, de processuella reglerna måste också stämma överens. Processuella avtal innebär inte några problem för den angloamerikanska rättstraditionen, det gör de emellertid för den svenska med anledning av principen om processuella avtals ogiltighet.

Mot bakgrund av det sagda finner jag att den svenska lagstiftaren måste agera och ta ställning. Antingen väljer lagstiftaren att lagstifta om nya undantag från principen om processuella avtals ogiltighet för att på så vis närma sig det angloamerikanska synsättet eller så uttalar sig lagstiftaren klart och tydligt i frågan och anger att processuella överenskommelser utan stöd i lag inte under några omständigheter ska anses utgöra processhinder. I det fall lagstiftaren bestämmer sig för det senare är min uppmaning till avtalsskrivande parter att vidta försiktighet och noggrant överväga vilka konsekvenser som kan uppstå till följd av avtalet.

# Käll- och litteraturförteckning

## Källor

### Tryckta källor

#### Departementsserien

Departementsserie 2010:39, Medling i vissa privaträttsliga tvister.  
[Citeras: Ds 2010:39]

#### Propositioner

Proposition 1942:5, Förslag till ny Rättegångsbalk.  
[Citeras: Prop. 1942:5]

Proposition 1998/99:35, Ny lag om skiljeförfarande.  
[Citeras: Prop. 1998/99:35]

Proposition 2010/11:128, Medling och förlikning – ökade möjligheter att komma överens.  
[Citeras: Prop. 2010/11:128]

## Litteratur

### Monografier

Andrews, Neil: Contracts and English dispute resolution, Tokyo, 2010.  
[Citeras: Andrews 2010]

Bernitz, Ulf: Standardavtalsrätt, 8:e uppl., Stockholm 2013.  
[Citeras: Bernitz 2013]

Bogdan, Michael: Komparativ rättskunskap, 2 uppl., Stockholm 2003.  
[Citeras: Bogdan 2003]

Bolding, Per-Olof: Skiljeförfarande och rättegång – en studie i processuell organisation och rättstillämpningsmetodik, 1:a uppl., 1956 Stockholm.  
[Citeras: Bolding 1956]

Brown, Henry; Marriott, Arthur: ADR: Principles and practice, 3 ed., London 2011.  
[Citeras: Brown & Marriott 2011]

Christou, Richard: Boilerplate: Practical Clauses, 6 ed., London 2012.  
[Citeras: Christou 2012]

Danelius, Hans: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, 4:e uppl., Stockholm 2012.

[Citeras: Danelius 2012]

David, René: Existe-t-il un droit occidental?, 20th century comparative and conflicts law. Legal essays in honor of Hessel E. Yntema, Leyden 1961.

Citerad i: Bogdan, Michael: Komparativ rättskunskap, 2 uppl., Stockholm 2003.

[Citeras: David 1961. Citerad i Bogdan 2003]

Ekelöf, Per Olof; Edelstam, Henrik: Rättegång, 1:a häftet, 8:e uppl., Stockholm 2002.

[Citeras: Ekelöf & Edelstam 2002]

Engström, Dan: Medling som tvistlösningsmetod, 1:a uppl., Stockholm 2009.

[Citeras: Engström 2009]

Engström, Dan: Lag om medling i vissa privaträttsliga tvister – en kommentar, 1:a uppl., Stockholm 2011.

[Citeras: Engström 2011]

Fitger, Peter; Sörbom, Monika; Eriksson, Tobias; Hall, Per; Palmkvist, Ragnar; Renfors, Cecilia: Rättegångsbalken, del 4, version oktober 2014 (t.o.m. supplement 77), Mölnlycke 2014.

[Citeras: Fitger m.fl. 2014]

Heuman, Lars: Skiljemannarätt, 1:a uppl., Stockholm 1999.

[Citeras: Heuman 1999 I]

Kallenberg, Ernst: De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen, 2:a uppl., Lund 1915.

[Citeras: Kallenberg 1915]

Knuts, Gisela: Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, 1:a uppl., Helsingfors 2006.

[Citeras: Knuts 2006]

Lindblom, Per Henrik: Processhinder – om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt, 1:a uppl., Stockholm 1974.

[Citeras: Lindblom 1974]

Lindell, Bengt: Partsautonomins gränser – i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen, 1:a uppl., Uppsala 1988.

[Citeras: Lindell 1988]

Lindell, Bengt: Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning, 1:a uppl., Uppsala 2006.  
[Citeras: Lindell 2006]

Lindell, Bengt: Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling, 3:e uppl., Uppsala, 2012.  
[Citeras: Lindell 2012]

Lindskog, Stefan: Skiljeförfarande – en kommentar, 2:a uppl., Stockholm 2012.  
[Citeras: Lindskog 2012]

Madsen, Finn: Skiljeförfarande i Sverige – en kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut, 2:a uppl., Stockholm 2009.  
[Citeras: Madsen 2009]

Maunsbach, Lotta: Avtal om rätten till domstolsprövning – processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt, 1:a uppl., Stockholm 2015.  
[Citeras: Maunsbach 2015]

Oldenstam, Robin; Andersson, Fredrik; Montell, Christoffer; Eliasson, Nils: Guide till kommersiell tvistlösning – tvistlösningsmetoder och klausuler i svenska och internationella avtal, 2:a uppl., Stockholm 2013.  
[Citeras: Oldenstam m.fl. 2013]

Olivecrona, Karl: Rätt och dom, 1:a uppl., Lund 1960.  
[Citeras: Olivecrona 1960]

Westberg, Peter: Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 347 – 364. I Festskrift till Hans Ragnemalm, Lund 2005.  
[Citeras: Westberg 2005]

Westberg, Peter: Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, 1:a uppl., Stockholm 2010.  
[Citeras: Westberg 2010]

Westberg, Peter: Civilrättskipning, 2:a uppl., Stockholm 2013.  
[Citeras: Westberg 2013]

### **Artiklar**

Chapman, Simon: Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith, *Journal of International Arbitration*, 2010, 27(1), p. 89 – 98.  
[Citeras: Chapman 2010]

Edlund, Lars: Boilerplate på svenska, *SvJT*, 2001, häfte 2, s. 172 – 178.  
[Citeras: Edlund 2001]

Ficks, Erik: Avtal om att lösa en tvist genom medling utgör inte rättegångshinder eller hinder mot skiljeförfarande, JT 2013/14, nr. 3, s. 736 – 744.

[Citeras: Ficks 2013/14]

File, Jason: United States: multi-step dispute resolution clauses, Mediation Committee Newsletter, IBA Legal Practice Division, 2007, p. 33 – 37.

[Citeras: File 2007]

Heuman, Lars: Rättegångsbalken och alternativa tvistlösningsmetoder, SvJT, 1999, 4:e häftet, s. 476 – 485.

[Citeras: Heuman 1999 II]

Heuman, Lars: Kan parter göra en förlikning exigibel genom att låta en skiljeman stadfästa den i en dom?, JT 1999/00, nr. 4, s. 912 – 933.

[Citeras: Heuman 1999/00]

Heuman, Lars: Officialprövning eller åberopandeskyldighet vid tillämpningen av preklusionsregler?, JT 2006/07, nr. 1, s. 57 – 70.

[Citeras: Heuman 2006/07]

Lindblom, Per Henrik: ADR – opium för rättsväsendet? Synpunkter på alternativ tvistlösning och valfri civilprocess, SvJT, 2006, 2:a häftet, s. 101 – 130.

[Citeras: Lindblom 2006]

Modéer, Kjell Åke: Optimala rättsliga kulturer? Om modernitet och kontinuitet i nationella och globala rättsliga kulturer, JT 1999/00, nr. 1, s. 72 – 87.

[Citeras: Modéer 1999/00]

Sundberg, Jacob W. F.: Civil law, common law and the Scandinavians, nr. 33, Stockholm 1969. I: Almqvist & Wiksell: Studia Juricata Stockholmiensia, nr. 33 – 41, Stockholm 1969 – 1972.

[Citeras: Sundberg 1969]

Söderlund, Christer: Multimodala tvistlösningsklausuler, JT 2005/06, nr. 1, s. 187 – 197.

[Citeras: Söderlund 2005/06]

## **Elektroniska källor**

About FIDIC, hämtad den 20 april 2015 från: <http://fidic.org/about-fidic>

[Citeras: About FIDIC, fidic.org]

FIDIC history, hämtad den 20 april 2015 från: <http://fidic.org/about-fidic/federation/fidic-history>

[Citeras: FIDIC history, fidic.org]

FIDIC members, hämtad den 20 april 2015 från: <http://fidic.org/members>  
[Citeras: FIDIC members, fidic.org]

Högsta domstolen, Stefan Lindskog, hämtad den 12 april 2015 från:  
<http://www.hogstadamstolen.se/Justitierad/Stefan-Lindskog/>  
[Citeras: [www.hogstadamstolen.se](http://www.hogstadamstolen.se), Stefan Lindskog]

Lunds universitet, Lotta Maunsbach, hämtad den 20 maj 2015 från:  
<http://www.jur.lu.se/#!/busi-lma>  
[Citeras: [www.jur.lu.se](http://www.jur.lu.se), Lotta Maunsbach I]

Lunds universitet, Lotta Maunsbach, hämtad den 20 maj 2015 från:  
<http://www.jur.lu.se/#!/IDE6AEF2C5E3F6C37FC1257E3400444345>  
[Citeras: [www.jur.lu.se](http://www.jur.lu.se), Lotta Maunsbach II]

Lunds universitet, Peter Westberg, hämtad den 12 april 2015 från:  
<http://www.jur.lu.se/#!/jur-pwe>  
[Citeras: [www.jur.lu.se](http://www.jur.lu.se), Peter Westberg]

Roschier, Erik Ficks, hämtad den 12 april 2015 från:  
<http://www.roschier.com/people/erik-ficks>  
[Citeras: [www.roschier.com](http://www.roschier.com), Erik Ficks]

Stockholms universitet, Lars Heuman, hämtad den 12 april från:  
<http://www.jurinst.su.se/om-oss/kontakt/sök-personalkategori>  
[Citeras: [www.su.se](http://www.su.se), Lars Heuman]

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002 –  
Status, hämtad den 12 april 2015 från:  
[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2002Model\\_conciliation\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html)  
[Citeras: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)]

Vinge, Christer Söderlund, hämtad den 12 april 2015 från:  
<http://www.vinge.se/medarbetare/Stockholm/Konsulter/Soderlund-Christer/>  
[Citeras: [www.vinge.se](http://www.vinge.se), Christer Söderlund]

Vinge, Finn Madsen, hämtad den 12 april 2015 från:  
<http://www.vinge.se/medarbetare/Malmo/Delagare/Madsen-Finn/>  
[Citeras: [www.vinge.se](http://www.vinge.se), Finn Madsen]

Which FIDIC contract should I use?, hämtad den 20 april 2015 från:  
<http://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>  
[Citeras: Which FIDIC contract should I use?, fidic.org]



# Rättsfallsförteckning

## Svenska avgöranden

### Svea hovrätt

Mål nr T 10329-10 och T 10401-10 från den 10 maj 2012 avseende klander av skiljedomar meddelade i Stockholm den 20 september 2010 i Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstituts mål nr 170/2009 och 102/2010.  
[Citeras: Mål nr T 10329-10 och T 10401-10]

### Högsta domstolen

NJA 1958 s. 654

NJA 1971 s. 453

NJA 1994 s. 712 II

## Engelska avgöranden

### High Court of Justice

Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.

[Citeras: [2002] EWHC 2059 (Comm Ct); 2002 WL 31442553]

Neil Holloway, Samantha Holloway v Chancery Mead Limited.

[Citeras: [2007] EWHC 2495 (TCC); 2007 WL 3130954]

SulamÉrica CIA. Nacional De Seguros S.A., Allianz Seguros S.A., Companhia De Seguros Aliança Do Brasil, Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A, Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A. (formerly Unibanco Seguros S.A.), Zurich Brasil Seguros S.A. v Enesa Engenharia S.A. – Enesa, Energia Sustentavel Do Brasil – ESBR, Construções Ecomércio Camargo Corrêa.  
[Citeras: [2012] EWHC 42 (Comm); 2012 WL 14764]

Tang Chung Wah (Aka Alan Tang), Lee Fung Yiang (Aka Alison Wong) v Grant Thornton International Limited, Jonathan Russel Leong, Ringo Chiu Wing Cheung, Andrew Lam Hung Yun, Gary Terence James, Lo Ngai Hang (Aka Tony Lo Ngai Hang), Au Yiu Kwan (Aka Alvin Au Yiu Kwan), Li Wing Yin (Aka Amos Li Wing Yin), Norman Twui Ka Che, Paul Chow.  
[Citeras: [2012] EWHC 3198 (Ch); 2012 WL 4888769]

### Court of Appeal

Courtney & Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd. and Another.

[Citeras: [1975] 1 W.L.R. 297]

SulamÉrica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A. and others.

[Citeras: [2012] EWCA Civ 638; 2012 WL 1684741]

### House of Lords

Walford and Others Appellants v Miles and Another Respondents.

[Citeras: [1992] 2 A.C. 128; [1992] 2 W.L.R. 174]

**Amerikanska avgöranden**

**United States District Court, S. D. New York**

Candid Productions Inc. v Int'l Skating Union and Beat Hasler.  
[Citeras: 530 F Supp 1330 (1982)]

**United States Court of Appeal**

HIM Portland LLC v DeVito Builders Inc.  
[Citeras: 317 F 3d 41 (1st Cir 2003)]

**Supreme Court of Connecticut**

Dennis E. White v Philip Kampner et. al.  
[Citeras: 641 A.2d 1381 (Conn. 1994)]