



JURIDISKA FAKULTETEN

Vid Lunds universitet

Johanna Simonsson

Skriftligt formkrav vid prorogations- och skiljeavtal?

- En undersökning av det skriftliga formkravets omfattning och betydelse

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: 1 VT 2021

Innehåll

Summary	1
Sammanfattning	2
Förkortningar	3
1. Inledning	4
<i>1.1 Bakgrund</i>	4
<i>1.2 Syfte och frågeställning</i>	4
<i>1.3 Metod och material</i>	6
<i>1.4 Avgränsningar</i>	9
<i>1.5 Forskningsläge</i>	10
<i>1.6 Terminologi</i>	10
<i>1.7 Disposition</i>	11
2. Introduktion till regelverken	12
<i>2.1 Prorogationsavtal</i>	12
<i>2.2 Skiljeavtal</i>	13
3. Skriftliga formkravets vara eller icke vara	14
<i>3.1 Syften bakom det skriftliga formkravet</i>	14
<i>3.2 Syften bakom ett skriftlöst avtal</i>	20
4. Det skriftliga avtalets innehåll	23
<i>4.1 Tolkning av avtal med ett skriftligt formkrav</i>	23
<i>4.2 Ett angivet rättsförhållande</i>	26
<i>4.3 Klausulens distinkthet</i>	28
5. Typ av dokumentation	32

5.1	<i>Möjligheten till ett elektroniskt avtal</i>	32
5.2	<i>Typ av elektronisk form</i>	35
6.	Skriftliga formkravets underliggande krav	38
6.1	<i>Avtalets ingående</i>	38
6.2	<i>Skriftliga formkravets samband med underskrift</i>	40
6.3	<i>En elektronisk underskrifts giltighet</i>	44
7.	Klausulens synlighet	46
7.1	<i>Referens till standardavtal</i>	46
7.2	<i>Betydelsen av klausulens placering</i>	51
8.	Slutsats	52
	Käll- och litteraturförteckning	56
	Rättsfallsförteckning	63

Summary

The principle of contractual freedom is a centrepiece in Swedish law that enable the parties to decide how to conclude an agreement. Mandatory legislation however demand sometimes that certain conditions must exist for a valid agreement. One course of action is to legislate for certain formal requirements. One kind of formal requirements is that the agreement must be in written form. This requirement is set up in relation to choice of court agreements. This implies that a choice of court agreement must have some content that is in writing to be valid. A requirement to be in written form is by contrast not required for a valid arbitration agreement. This can seem remarkable since the arbitration agreement, unlike the choice of court agreement, completely resign the right to a judicial proceeding.

The purpose of this paper is to examine the scope and function of the written form requirement in relation to the choice of court agreement in Swedish law. Furthermore, the aim is to answer if and how the written form requirement is causing a difference between a valid arbitration agreement and a valid choice of court agreement. This examination can then give an answer to the advantages and disadvantages with a written requirement.

The examination shows that the existence of a written form requirement from an international perspective often appears to be a compromise between the legal certainty of the contracting parties and to support international trade. It's only the choice of court agreement that must be in writing, however the arbitration agreement almost always comes in written form. The two forms of agreement also have similar requirement in terms of content. The written requirement however entails a difference according to when the parties is bound to an agreement. The requirement may also to some extent signify how to carry through an interpretation of the content in an agreement. It is not clarified whether a choice of court agreement must be signed. The use of electronic communication in connection with the concluding of a choice of court agreement may need legislative amendments.

A reason to adopt a written requirement both for a choice of court agreement and an arbitration agreement is that it can protect the legal certainty of the parties. The written requirement can also provide stronger protection than a between the parties agreed written requirement. However, the disadvantage with a written requirement is that it can have a negative impact on some trade patterns. The digitalization can impose that the written requirement become thinned out and difficult to motivate.

Sammanfattning

Avtalsfriheten är en grundläggande princip i svensk rätt som erbjuder avtalsparterna en rätt att välja hur ett avtal ska slutas. Tvingande lagregler kan dock sätta upp vissa förutsättningar för hur ett giltigt avtal ska se ut. Ett tillvägagångssätt är att i lag uppställa olika typer av formkrav. En typ av formkrav är det skriftliga formkravet som uppställs för bland annat prorogationsavtal. Det innebär att ett visst innehåll ska omfattas av skrift för att det ska föreligga ett giltigt prorogationsavtal. Ett sådant krav uppställs däremot inte i förhållande till skiljeavtal. Det kan förefalla anmärkningsvärt eftersom skiljeavtalet innebär ett totalt avsägande från rätten till en domstolsprövning.

Den här undersökningen syftar till att undersöka det skriftliga formkravets omfattning och funktion i förhållande till prorogationsavtalet. Dessutom ämnar uppsatsen besvara om och hur det skriftliga formkravet medför en skillnad mellan ett giltigt prorogationsavtal och ett giltigt skiljeavtal. En sådan undersökning kan vidare besvara vilka för- och nackdelar det finns med att uppställa ett skriftligt formkrav för den här typen av avtal.

Undersökningen visar på att existensen av ett skriftligt formkrav ur ett internationellt perspektiv ofta förefaller vara en kompromiss mellan att dels värna om parternas rättssäkerhet, dels att inte medföra en negativ påverkan på handelsmönster. Det är endast prorogationsavtal som måste upprättas i skriftlig form men i praktiken förekommer även skiljeavtal huvudsakligen i skrift. De båda typerna av avtal har liknande innehållskrav. Det skriftliga formkravet medför dock en skillnad i när bundenhet för parterna uppstår och möjligen en skillnad i vilka tolkningsdata som är primära vid avtalstolkning. Det är inte klarlagt huruvida ett prorogationsavtal måste vara underskrivet. Elektronisk kommunikation vid ingående av prorogationsavtal är antagligen inte tillåtna utan att någon form av lagändring genomförs.

En anledning till att både prorogations- och skiljeavtal ska vara belagda med ett skriftligt formkrav är att det kan gynna parternas rättssäkerhet samt att det kan ge ett starkare skydd än vad som är fallet om parterna måste avtala om ett skriftkrav. Det som däremot talar för att prorogations- och skiljeavtal inte ska beläggas med ett skriftligt formkrav är att en sådan reglering kan ha en negativ inverkan på handelsmönster samt att digitaliseringen kan innebära att skriftliga formkrav blir uttunnande eller svårmotiverade.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
Bryssel I-förordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.
ICCA	International council for Commercial Arbitration.
JB	Jordabalk (1970:994).
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande.
Modellagen	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.
New Yorkkonventionen	Konventionen i New York av den 10 juni 1958 om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar.
RB	Rättegångsbalk (1942:740).
RF	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform.
UNCITRAL	Förenta nationernas kommission för internationell Handelsrätt.

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Avtalsfriheten är en viktig och grundläggande princip i svensk rätt som inkluderar en rätt för parterna att välja på vilka villkor ett avtal ska ingås. Men det finns tvingande lagregler som styr vilka förutsättningar som ska krävas för att parterna ska anses ha ingått ett avtal. En sådan typ av tvingande regler är uppställandet av formkrav. Formkravet kan utformas på många olika sätt beroende på vad som är dess syfte. Det kan vara ett krav på att avtalet ska vara skriftligt likaväl som det kan vara ett krav på att avtalet ska bevitnas av utomstående parter. Lagstiftarens syfte med att uppställa ett formkrav kan variera ifrån att säkerställa bevisning till att parter mer eftertänksamt ska överväga att ingå avtal.¹

Ett krav på att ett avtal ska ingås i skriftlig form är en av de mer vanligt förekommande typerna av formkrav. Ett skriftligt formkrav innebär dels att avtalet ska uttryckas i skrift, dels att det skriftliga avtalet ska ha ett visst innehåll. För de processuella avtalen prorogationsavtal och överklagandeförbud uppställs i rättegångsbalken ett skriftligt formkrav. Dock med undantag för att överklagandeförbudet under vissa förutsättningar kan slutas muntligt inför en domstol. RB tillåter även att parter ingår ett skiljeavtal. Men till skillnad från prorogationsavtalet och avtal om överklagandeförbud uppställs inte ett skriftligt formkrav för skiljeavtalet. Det kan framstå som anmärkningsvärt att skiljeavtalet som innebär ett totalt avstående från rätten till domstolsprövning inte behöver upprättas i skriftlig form medan ett sådant krav uppställs för prorogationsavtalet där rätten att få sin tvist prövad av domstol kvarstår. Genom att undersöka vilka krav som uppställs för att det skriftliga formkravet ska vara uppfyllt i förhållande till prorogationsavtalet kan man inbringa kunskap om kravets omfattning och betydelse idag. En sådan undersökning kan ställas i förhållande till hur skiljeavtalet regleras för att förstå vilka skillnader ett skriftligt formkrav medför samt vilka fördelar och nackdelar ett sådant krav kan innebära.

1.2 Syfte och frågeställning

I rättegångsbalken tillåts uttryckligen tre typer av processuella avtal, skiljeavtalet, överklagandeförbudet och prorogationsavtalet. Det är endast ett skiljeavtal som kan ingås

¹ Ramberg (2019) s. 125 f.; Adlercreutz (2016) s. 71 f.

skriftlöst. För prorogationsavtalet och överklagandeförbudet uppställs ett skriftligt formkrav.² Uppsatsen syftar till att undersöka det skriftliga formkravets omfattning och funktion i förhållande till prorogationsavtal och hur den här regleringen skiljer sig åt i förhållande till vilka krav som uppställs för ett skiljeavtal.

För att uppnå syftet är uppsatsens huvudfråga följande:

Vilka krav uppställs för att det skriftliga formkravet vid prorogationsavtal ska vara uppfyllt?

Den angivna huvudfrågan delas i undersökningen upp i ett antal underfrågor för att besvaras.

-Vad är syftet med ett skriftligt formkrav vid prorogationsavtal? (Kapitel 3)

-Hur påverkar det skriftliga formkravet avtalsstolkning av prorogationsavtal? (Kapitel 4.1)

-Vad ska ett prorogationsavtal inom ramen för det skriftliga formkravet innehålla? (Kapitel 4.2–4.3)

-I vilken form kan det skriftliga avtalet dokumenteras? (Kapitel 5)

-Påverkar det skriftliga formkravet hur ett prorogationsavtal sluts? (Kapitel 6.1)

-Ska ett prorogationsavtal signeras? (Kapitel 6.2)

- Hur ska en prorogationsklausul placeras i ett avtal? (Kapitel 7)

Eftersom uppsatsens syftar till att jämföra prorogationsavtalet med skiljeavtalet i förhållande till det skriftliga formkravet behandlas i relation till huvudfrågan följande frågor i uppsatsen:

Vilka skillnader mellan prorogationsavtal och skiljeavtal medför det skriftliga formkravet?

Vilka för- och nackdelar finns det med ett skriftligt formkrav för prorogationsavtal och skiljeavtal?

² Avtal om överklagandeförbud kan ingås muntligen om det genomförs inför domstol.

1.3 Metod och material

I uppsatsen används en rättsdogmatisk metod. Genom att i uppsatsen undersöka det skriftliga formkravets syfte, innehåll och omfattning i förhållande till prorogationsavtalet är ändamålet att fastställa vad som ska anses vara gällande rätt. För att kunna fastställa vad som är gällande rätt används allmänt accepterade rättskällor i enlighet med vad som föreskrivs i den rättsdogmatiska metoden. Undersökningen baseras på lagstiftning, förarbeten, doktrin och rättsfall.³ Uppsatsen tar inte endast ett grepp för att fastställa gällande rätt utan gör även en ansats att kritiskt granska vad som framkommer genom att problematisera gällande rätt och föreslå möjliga förändringar. Det kritiska förhållningssättet blir aktuellt dels i förhållande till huruvida det skriftliga formkravet för prorogationsavtal bör avskaffas, dels i förhållande till om det bör införas ett skriftligt formkrav för skiljeavtal. Det kritiska angreppssättet i uppsatsen omfattas av den rättsdogmatiska metoden genom frågan huruvida det finns tillräckligt bärande rättspolitiska skäl för en viss lagreglering.⁴

Det förekommer flera jämförelser i uppsatsen med internationella regleringar av prorogations- och skiljeavtalet men också av andra civilrättsliga avtal. Jämförelserna syftar till att få en förståelse för hur det skriftliga formkravet har formats och tolkats i andra typer av regleringar. På så sätt blir det enklare att förstå och analysera den svenska regleringen av prorogations- och skiljeavtal. I uppsatsen görs dock ingen ansats att utföra en komparativ studie. Undersökningens syfte är inte att klarlägga den utländska rätten eller att utreda likheter och skillnader. Syftet är i stället att i studien av den utländska rätten få perspektiv på och förståelse för den svenska regleringen. Inriktningen på den utländska rätten är därmed inte en komparativ studie, utan en punktvis genomförd studie i utländsk rätt.⁵

I uppsatsen används EU-rättsligt underlag i form av Bryssel I-förordningen. Materialet används för att undersöka hur prorogationsavtalet har reglerats i ett betydande internationellt instrument. Bryssel I-förordningen har valts ut som jämförelseobjekt för att få en inblick i synsättet på det skriftliga formkravet på internationell nivå. Sådant EU-rättsligt material som används i en undersökning ska behandlas med hänsyn till EU-rättslig metod. EU-domstolen har slagit fast att unionsrätten kan ha direkt effekt och äger därmed företräde framför medlemsstaternas nationella regleringar.⁶ Ändamålet med att använda EU-rättsligt material i

³ Kleineman (2018) s. 21.

⁴ Kleineman (2018) s. 36; Sandgren (2018) s. 52 f.

⁵ Bogdan (2013) s. 6.

⁶ Dom av den 15 juli 1964, Costa mot E.N.E.L, C-6/64, EU:C:1964:66.

uppsatsen syftar dock inte till att undersöka vilken påverkan unionsrätten ska eller bör ha för den svenska regleringen av prorogationsavtalet. En anledning till att använda Bryssel I-förordningen är att undersöka förordningens bakomliggande syften med regleringen av prorogationsavtalet. För att få svar på frågan används förutom doktrin också förarbeten till Bryssel I-förordningen. Vid användningen av EU-rättsliga förarbeten är det av vikt att vara medveten om att förarbeten inom EU inte har samma ställning som inom den svenska rätten. Till att börja med saknas i EU i stort sett lagförarbeten av det slag som brukar finnas i förhållande till svensk lagstiftning. Syftet med förarbetet som en vägledning för rättstillämpningen har inte någon direkt motsvarighet i EU. Den här omständigheten hindrar dock inte att förarbeten på ett område tillmäts betydelse för att klarlägga vad som varit syftet med en bestämmelse.⁷ Förutom förarbeten används också rättsfall från EU-domstolen. Den centrala rättskällan i unionsrätten vid sidan av den skrivna primär- och sekundärrätten är EU-domstolens rättspraxis. EU-domstolen betraktar sina tidigare avgöranden som prejudikat och grundar sina nya avgöranden på sin tidigare praxis. EU-domstolen anser sig dock inte vara formellt bundna av sina tidigare avgöranden.⁸

Även New York konventionen och modellagen som båda har upphov i FN-organet UNCITRAL ska beaktas vid analysen av det skriftliga formkravet. New York konventionen är ratificerad i Sverige och gäller som lag.⁹ Modellagen gäller däremot inte som lag utan har skapats i syfte att ge vägledning för hur länder kan utforma lagstiftningen av skiljeavtal.¹⁰ De två regelverken används i uppsatsen för att få förståelse för hur det skriftliga formkravet för skiljeavtal har reglerats internationellt. New York konventionen har valts ut som undersökningsobjekt för att det är en av de mest använda och framstående internationella regleringarna av skiljeavtal.¹¹ Modellagen i sin tur används i uppsatsen för att påvisa hur regleringen av det skriftliga formkravet vid skiljeavtal har förändrats över tid.

Utöver de internationella regleringarna har också den svenska regleringen av fastighetsöverlåtelse valts ut som undersökningsobjekt. En studie av det skriftliga formkravet vid fastighetsöverlåtelser kan bidra med perspektiv på vad ett skriftligt formkrav kan innebära. Regleringen av det skriftliga formkravet vid fastighetsöverlåtelser har varit föremål för många resonemang i såväl förarbeten och doktrin som i rättspraxis. Diskussionerna som

⁷ Bernitz och Kjellgren (2018) s. 211 f.

⁸ Bernitz och Kjellgren (2018) s. 187 f. Hettne och Eriksson (2011) s. 50.

⁹ SÖ 1972:1.

¹⁰ A/CN.9/169 p. 6.; Holtzman och Neuhaus (2015) s. 4.

¹¹ Madsen (2009) s. 43.

har förts kan ställas i förhållande till det skriftliga formkravet vid prorogationsavtalet där inte lika utförliga resonemang finns att tillgå.

I uppsatsen tillämpas en löpande analys för att enkelt kunna problematisera och diskutera samt att dra paralleller mellan hur det skriftliga formkravet har reglerats i olika regelverk.

Urvalet av material har baserats på den rättsdogmatiska metoden. Därav är en övervägande del av materialet hämtat från de allmänt accepterade rättskällorna. För att få kunskap om syftet bakom varför det för en viss typ av avtal infogas ett skriftligt formkrav har förarbeten studerats. Dessutom har förarbetets motsvarighet i de internationella regleringarna studerats i den mån det finns att tillgå. Urvalet grundas i en tidsmässig begränsning eftersom det huvudsakligen är resonemang kring tiden för den nuvarande lagstiftningen som står i fokus. För att besvara uppsatsens frågeställning har även praxis studerats. Den här typen av material syftar till att förstå hur det skriftliga formkravet i olika situationer har tolkats i rättstillämpningen. I uppsatsen används både svenska rättsfall och rättsfall från EU-domstolen. Därutöver refereras ibland till utländska rättsfall med syftet att förstå hur till exempel det skriftliga formkravet i New York konventionen har tolkats i rättstillämpningen.

För att förstå och få olika perspektiv på de i uppsatsen undersökta regelverken används företrädesvis doktrin. Undersökningen av det svenska prorogationsavtalet har främst baserats dels på Dennemarks avhandling från 1961 ”Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål” dels på Westbergs bok från 2020 med titeln ”Konflikt och kontrakt”. Dennemarks avhandling är visserligen en förhållandevis gammal rättskälla, men i brist på moderna studier finns det skäl att lägga relativt stor vikt på studien. Westberg och Dennemark bidrar med olika perspektiv på det skriftliga formkravet för prorogationsavtal. Bland annat när det kommer till huruvida ett prorogationsavtal ska vara signerat av parterna. Prorogationsavtalet har i någon större mån behandlats i den EU-rättsliga kontexten. Urvalet av det EU-rättsligt material har baserats på graden av resonemang som förs i förhållande till det skriftliga formkravet. Ett exempel är Magnus som i verket ”Brussels Ibis Regulation 2016 commentary” bidrar med hur prorogationsavtalet i olika situationer kan tolkas utifrån de bedömningar som gjorts av EU-domstolen. Det svenska skiljeavtalets förhållande till ett skriftligt formkrav har bland annat tagits upp av Lindskog i boken ”Skiljeförfarande”. Hur det skriftliga formkravets omfattning ska förstås i förhållande till New York konventionen baseras i stor grad på ”The New York Arbitration Convention of 1958” av van den Berg från 1981. Det kompletteras även med nyare material som bidrar med fler perspektiv, till exempel

boken “60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges”. Det skriftliga formkravets omfattning i förhållande till en fastighetsöverlåtelse har till stor del baserats på förarbeten och rättsfall där många resonemang förs i förhållande till det skriftliga formkravet. Undersökningen har dock kompletterats med material i doktrin, till exempel Svensson från 2018 som undersöker hur avtalstolkning av en fastighetsöverlåtelse påverkas av det skriftliga formkravet.

1.4 Avgränsningar

I uppsatsen genomförs en undersökning av prorogationsavtalet och skiljeavtalet i förhållande till det skriftliga formkravet. Det tredje processuella avtalet som tillåts inom ramen för RB är överklagandeförbud. Överklagandeförbudet är i huvudsak föremål för ett skriftligt formkrav. Den här typen av avtal behandlas inte i undersökningen på grund utav uppsatsens begränsade omfång.

I uppsatsen behandlas omfattningen av det skriftliga formkravet för prorogationsavtal. För att det skriftliga formkravet ska vara uppfyllt krävs att parternas samstämmda viljeförklaringar kommer till uttryck. I uppsatsen undersöks dock inte vilka avtalsrättsliga bindningsmekanismer som krävs för att det skriftliga formkravet ska vara uppfyllt. Till exempel huruvida ett sådant avtal kan ingås genom konkludent handlande eller genom passivitet. Även andra möjliga former av bindningsmekanismer såsom partsbruk och branschpraxis hade kunnat studeras. Den här avgränsningen görs med anledning av uppsatsens begränsade omfång.

Eftersom det i uppsatsen inte är fråga om en komparativ studie så är inte syftet att utföra en fullständig kartläggning av det skriftliga formkravet i förhållande till de utländska regleringarna av prorogations- och skiljeavtal eller den svenska regleringen av fastighetsöverlåtelse. För att möjliggöra en fördjupad analys av materialet måste vidare en begränsning göras av hur många regelverk som studeras. På grund utav den här begränsningen i antal har inte heller en jämförelse med andra nationella rättsordningar genomförts.

I uppsatsen anläggs ett perspektiv som utgår ifrån två någorlunda styrkemässigt jämna avtalsparter i en kommersiell situation. Det skriftliga formkravet analyseras inte i förhållande till ett konsument- eller arbetstagarperspektiv eller i andra situationer när en part intar en

tydlig underlägsen ställning. I sådana situationer kan det dessutom finnas skyddslagstiftning att tillgå.

För att undersöka det skriftligt formkravets innebörd idag så är det väsentligt att studera hur kravet förhålls till elektronisk kommunikation. Syftet med uppsatsen är dock inte att göra en ingående undersökning av regleringen av elektroniska kommunikation och vilka krav som kan eller ska uppställas på en elektronisk handling eller en elektronisk underskrift. I stället är syftet att undersöka möjligheten till elektronisk kommunikation och vilken typ av elektronisk kommunikation som kan vara aktuell i förhållande till det skriftliga formkravet vid prorogationsavtal.

1.5 Forskningsläge

Det skriftliga formkravet vid prorogationsavtal har varit föremål för tidigare forskning om än inte i någon större omfattning. Prorogationsavtalets formkrav har främst studerats av Dennemark i ”Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål” från 1961 men har också berörts av Westberg i ”Konflikt och kontrakt” från 2020. I de två studierna framkommer till viss del olika syn på vad det skriftliga formkravet för prorogationsavtal innebär. Förhållandet mellan det skriftliga formkravet för prorogationsavtalet och det skriftlösa skiljeavtalet har berörts kort av Lindskog i ”Skiljeförfarande” från 2020 och av Nerep i en Festskrift från 1980. De två författarna menar att det kan ifrågasättas varför det i prorogationsavtalet men inte skiljeavtalet inkluderas ett skriftligt formkrav.

På grund utav bristen på tidigare studier finns det anledning att beakta sådan forskning som genomförts i förhållande till det skriftliga formkravet dels i internationella regleringar, dels i förhållande till fastighetsöverlåtelse. Genom den här uppsatsen ämnar jag inta ett helhetsperspektiv på det skriftliga formkravet i förhållande till prorogations- och skiljeavtal. Uppsatsen bidrar till det aktuella forskningsläget genom att studera flera aspekter i förhållande till det skriftliga formkravet vid prorogationsavtal samt genom att diskutera och problematisera den forskning som redan finns.

1.6 Terminologi

Det skriftliga formkravet definieras i uppsatsen som ett i lag uppställt krav på att ett avtal ska vara skriftligt men också att det inkluderar ett krav på att det skriftliga avtalet måste ha ett

visst innehåll. Begreppet skriftligt formkrav kan därför skilja sig från begreppet skriftligt avtal där det sistnämnda endast innebär att ett avtal ska uttryckas i skrift. I doktrin har i vissa fall begreppet formkrav använts när ett skriftligt formkrav åsyftas. Men formkravet har också använts som en beteckning för flera andra typer av krav på hur ett avtal ska se ut.¹² Valet att i uppsatsen inte använda sig av termen formkrav för att beskriva att ett avtal måste vara skriftligt baseras på att undvika att blanda ihop det skriftliga formkravet med andra typer av formkrav. I uppsatsen behandlas till exempel förhållandet mellan det skriftliga formkravet och ett krav på underskrift, där även det sistnämnda kravet kan anses vara ett självständigt formkrav.¹³ När begreppet skriftligt formkrav används görs det i förhållande till de typer av avtal som är föremål för undersökningen och syftar alltså inte till att generellt behandla det skriftliga formkravet. I uppsatsen åsyftas med begreppet skriftligt formkrav ett i lag uppställt krav. När ett krav på skrift har avtalats mellan parter refereras det till som ett avtalat skriftkrav.

När begreppen prorogationsavtal och skiljeavtal används så syftar dessa till den svenska regleringen om inget annat nämns. Prorogations- och skiljeavtal används i uppsatsen för att inbegripa det avtal vari en sådan bestämmelse om tvistlösning återfinns. Prorogationsklausul- och skiljeklausul används för att diskutera den enskilda tvistlösningsbestämmelsen i förhållande till avtalet i helhet.

1.7 Disposition

I varje kapitel behandlas den svenska regleringen av prorogations- och skiljeavtal parallellt med de internationella bestämmelserna och det skriftliga formkravet vid fastighetsöverlåtelse. Den här sammansättningen har gjorts för att förenkla jämförelser mellan de olika typerna av regleringar och underlätta en löpande analys genom hela uppsatsen. Undersökningen inleds i kapitel 2 med en kort redogörelse för de olika regleringarna som kommer att undersökas för att ge en tydlig bild av vilka likheter och skillnader som finns. I kapitel 3 behandlas vilka skäl som ligger bakom regleringen av det skriftliga formkravet vid prorogationsavtal och vilka skäl som medfört att det för skiljeavtal inte uppställs ett sådant formkrav. Därefter undersöks i kapitel 4 vad som ska inkluderas i det skriftliga formkravet genom att dels behandla hur ett avtalsinnehåll tolkningsvis ska fastställas, dels vilket innehåll som ska framkomma i avtalet. I kapitel 5 studeras vilken typ av

¹² Ramberg (2019) s. 125. Adlercreutz (2016) s. 71.

¹³ Ramberg (2019) s. 129.

dokumentation prorogationsavtalet ska uttryckas i och samtidigt uppfylla det skriftliga formkravet. Undersökningen koncentreras till att studera huruvida det kan anses tillåtet med elektroniska dokument samt vilken typ av elektronisk dokumentation som uppfyller kravet. Där näst behandlas i kapitel 6 huruvida det skriftliga formkravet styr när bundenhet uppkommer och hur kravet förhåller sig till muntliga överenskommelser. Dessutom behandlas frågan om det skriftliga formkravet innebär att avtalet måste vara underskrivet av parterna för att vara giltigt. I kapitel 7 behandlas frågan om det finns ett krav på hur tydligt en prorogationsklausul ska redovisas i ett kontrakt. Undersökningen görs dels i förhållande till användningen och utformningen av referenskláusuler, dels i förhållande till var en prorogationsklausul ska placeras i ett avtal. I kapitel 8 behandlas de slutsatser som framkommit i undersökningen.

2. Introduktion till regelverken

2.1 Prorogationsavtal

Möjligheten att ingå ett prorogationsavtal syftar till att ge parterna friheten att själva avtala om vilken domstol som ska vara behörig vid en tvist.¹⁴ I svensk rätt regleras prorogationsavtalet i 10 kap. 16 § RB. För att ett giltigt prorogationsavtal ska ha kommit till stånd krävs att avtalet är skriftligt. Det kan gälla såväl en uppkommen tvist som en framtida tvist, men det krävs att tvisten kan sammankopplas med ett angivet rättsförhållande. Till skillnad från regleringen av dels överklagandeförbud i 49 kap. 2 § RB och 54 kap. 2 §, dels skiljeavtal i 1 § LSF framkommer inte av lagstiftningen huruvida det finns ett krav på att tvisten som styr ett prorogationsavtal ska vara förlikningsbar. Högsta domstolen har dock yttrat att ett krav på förlikningsbarhet ska anses föreligga.¹⁵

I Bryssel I-förordningen art. 25 regleras prorogationsavtalet då svaranden har hemvist i ett av EU:s medlemsländer.¹⁶ Avtalet ska vara knutet till ett bestämt rättsförhållande och kan gälla en uppkommen eller en framtida tvist. Ett giltigt prorogationsavtal ska uttryckas i skrift. Men det finns också möjlighet att ingå ett giltigt prorogationsavtal genom andra tillvägagångssätt. Ett muntligt avtal om prorogation är tillåtet om överenskommelsen därefter har bekräftats i

¹⁴ SOU 1926:33 s. 27.

¹⁵ NJA 2010 s. 734.

¹⁶ Bogdan och Hellner (2020) s. 135; Pålsson (2008) s. 71 f.

skrift. Ett avtal som ingås i överensstämmelse med partspraxis är också giltigt och när prorogationsavtalet berör internationell handel kan avtalet även vara giltigt vid användningen av handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till och som är allmänt känd och regelmässigt iakttas.

I art. 25 (2) i Bryssel I-förordningen likställs kravet på skriftlighet med ett elektroniskt meddelande om det finns möjlighet till en varaktig dokumentation av det elektroniska avtalet.

2.2 Skiljeavtal

Möjligheten att ingå ett skiljeavtal bygger på principen om avtalsfrihet.¹⁷ Principen om partsautonomi är också ett begrepp som ofta används för att beskriva skiljeförfarandet vilket innebär att parterna ges möjligheten att styra över flera delar av förfarandet.¹⁸ De avtalande parternas dispositionsrätt är utgångspunkten i ett skiljeförfarande och även om denna rätt har sina begränsningar har avtalsparternas bestämmanderätt i skiljeförfarandet ökat i och med den nya lagen om skiljeförfarande som trädde i kraft 1999.¹⁹

Kraven för att ett giltigt skiljeavtal ska komma till stånd återfinns i 1 § LSF. Tvisten som skiljeklausulen anknyter till ska vara förlikningsbar. Ett skiljeavtal kan avse en redan uppkommen tvist såväl som en framtida tvist men tvisten ska vara knutet till ett angivet rättsförhållande. Till skillnad från vad som gäller vid prorogationsavtal enligt 10 kap. 16 § RB och överklagandeförbud enligt 49 kap 2 § RB samt 54 kap. 2 § RB uppställs för ett giltigt skiljeavtal inte ett skriftligt formkrav.

New York konventionen möjliggör att en skiljedom kan erkännas och verkställas i de länder som har anslutit sig till konventionen.²⁰ Sverige har ratificerat New York konventionen som är tillkommen genom FN.²¹ Art. II i New York konventionen stadgar vilka formkrav som uppställs för att ett giltigt skiljeavtal ska vara ingånget. Avtalet ska för det första vara i skriftlig form. Det ska vidare ha uppkommit eller i framtiden uppkomma i ett visst bestämt rättsförhållande. I art. II (2) definieras närmare vad som ska inkluderas i begreppet skrift. Kravet på skrift ska inkludera en skiljeklausul i ett kontrakt eller i en överenskommelse om

¹⁷ SOU 1994:81 s. 69; Prop. 1998/99:35; Heuman (1999) s. 17.

¹⁸ Lindskog (2020) p. 4.2.1, 4.2.2; Heuman (1999) s. 266.- 267.

¹⁹ SOU 1994: 81 s.257; Prop. 1998/99: 35 s. 43.

²⁰ Berg van den (1981) s. 1; Holtzman och Neuhaus (2015) s. 8; Madsen (2009) s. 43.

²¹ SÖ 1972:1.

skiljeförfarande. Avtalet ska vidare vara signerat av parterna eller framkomma i en brev- eller telegramutväxling mellan parterna.

Ett ytterligare internationellt instrument som reglerar det internationella skiljeavtalet är Modellagen som bygger på New York konventionen och som också härstammar från FN genom UNCITRAL.²² Modellagens syfte är att bidra till harmoniseringen av internationella skiljeförfarande genom att kunna tjäna som en förebild för nationella lagstiftare.²³ Sverige är inte bunden av denna lag och i utformningen av LSF tjänade modellagen syftet som inspiration endast i en begränsad omfattning.²⁴ Den första versionen av modellagen trädde i kraft 1985. Sedan dess har lagen uppdaterats genom en ny version år 2006. Uppdateringen innebar bland annat förändringar gällande vilka krav som uppställs för att ett giltigt skiljeavtal ska anses ingånget. 2006 års version av modellagen erbjuder två olika alternativ för hur ett skiljeavtal kan ingås. Enligt 2 kap. art. 7 alt. 1 ska ett skiljeavtal vara skriftligt. Ett avtal ska anses vara skriftligt om överenskommelsens innehåll är upptagen i en form som kan sparas, oavsett om avtalet har slutits muntligt, konkludent eller på något annat sätt. Kravet på skriftlighet uppfylls vidare även om det sker genom någon typ av elektronisk kommunikation om informationen kan tillgängliggöras vid ett senare tillfälle. Ett skiljeavtal anses även vara i skrift om det i en skriftväxling kring anspråk och försvar ingår att den ena parten framhåller ett avtals existens och den andra parten inte motsäger sig detta. Det anses vidare vara fråga om ett skriftligt skiljeavtal om det i kontraktet refereras till ett dokument som innehåller en skiljeklausul. Referensen ska syfta till att göra skiljeklausulen till en del av kontraktet. 2 kap. art. 7 alt. 2 var en av de nyheter som infördes i och med 2006 års version av modellagen. Skiljeavtalet behöver enligt denna bestämmelse inte komma till uttryckt i skrift. Det krävs endast att avtalet vid en framtida tvist omfattar ett definierat rättsförhållande.

3. Skriftliga formkravets vara eller icke vara

3.1 Syften bakom det skriftliga formkravet

I svensk rätt fanns det länge en tveksamhet mot att tillåta personer att avtala om behörig domstol, vilket skilde sig åt jämfört med inställningen i många andra länder.²⁵ Först i och med

²² Holtzmann och Neuhaus (2015) s. 6.

²³ A/CN.9/169 p. 6.; Holtzman och Neuhaus (2015) s. 4.

²⁴ Prop. 1998/99:35, s. 46.

²⁵ Ask (1896) s. 196.

ikraftträdandet av den nya rättegångsbalken år 1948 blev det möjligt att avtala om prorogation med bindande verkan.²⁶ Förekomsten av skiljeavtal i svensk rätt är däremot en mycket äldre företeelse.²⁷ Den tveksamhet som fanns för att låta parter ingå ett prorogationsavtal bottnade dels i en farhåga att en sådan frihet skulle innebära att vissa domstolar blev överbelastade, dels fanns en misstanke om att den starkare parten i ett avtalsförhållande skulle utnyttja prorogationsrätten på bekostnad av den svagare parten.²⁸ Under 1900-talet börjar dock argumenten för att tillåta prorogationsavtal tillmätas större vikt. Processkommissionens slutsats år 1926 är att betänkligheterna mot att tillåta prorogationsavtal är överdrivna. Processkommissionen stödjer sitt resonemang på att prorogationsavtal inte har gett upphov till problem i länder där den typen av avtal är tillåtna.²⁹ I processlagberedningens förslag som framställdes några år senare anses däremot inte farhågorna med prorogationsavtalets eventuella effekter vara överdrivna. Tvärtom anses de snarare vara berättigade. Processlagberedningen konstaterar dock att farhågorna inte överväger rätten att fritt få avtala om behörigt forum.³⁰ I de två utredningarna är bedömningen att prorogationsavtal måste formuleras skriftligen för att vara giltiga.³¹ I processkommissionens betänkande förklaras det skriftliga formkravet syfta till att förhindra eventuella oklarheter som kan leda till ytterligare tvist i en redan befintlig tvist mellan parterna.³² I processlagberedningens förslag framkommer däremot inte något syfte bakom det föreslagna skriftliga formkravet.³³ Danmark drar slutsatsen att det skriftliga formkravet har tillförts prorogationsavtalet för att minska risken för ovisshet genom att domstolen därmed i lägre grad behöver stödja sina beslut på partsförhör och vittnesmål. Danmark opponerar mot att det kan finnas ytterligare bakomliggande orsaker, till exempel att det skriftliga formkravet också syftar till att ge uttryck för parternas samstämmiga viljeförklaringar.³⁴

Danmarks tydliga ställningstagande till trots så måste det inte vara en självklar tolkning. Det skriftliga formkravet kan tjäna som bevis även av andra anledningar. Det uttalade syftet att undvika tvister i tvisten kan också bottna i en avsikt att dokumentet ska visa parternas gemensamma viljeförklaringar. En sådan tolkning skulle kunna stödjas av att en farhåga med

²⁶ SFS 1942:740.

²⁷ Madsen (2009) s. 27; Lindskog (2020) p. 2.2.1.

²⁸ Nya lagberedningens förslag 1893 s. 17; SOU 1938:44 s. 151; Ask (1896) s. 196 f.

²⁹ SOU 1926:33 s. 27.

³⁰ SOU 1938:44 s. 151.

³¹ SOU 1938:44 s. 151; SOU 1926:33 s. 27.

³² SOU 1926 s. 27.

³³ SOU 1938:44 s.151.

³⁴ Danmark (1961) s. 254, s. 274.

prorogationsavtalet är att starkare parter ska utnyttja denna rätt. Genom det skrivna avtalet är det lättare för den svagare parten att få en överblick över vad det är som ska överenskommas. Om parterna är överens vilket också avspeglas i det skriftliga avtalet är det lägre risk för att tvist om prorogationsrätten ska uppstå. Syftet att det skriftliga formkravet ska hindra tvister i tvisten skulle också kunna härledas till prorogationsavtalets speciella funktion som ett processuellt avtal. Användningen av det skriftliga formkravet vid prorogationsavtalet men inte vid de flesta typer av avtal skulle kunna härledas till den effekt prorogationsavtalet kan ha på domstolsförfarandet. Avtal som kan leda till sådana processuella tvister som därmed kan skapa en tvist i en redan befintlig tvist är inte vanliga och kanske ville man med det skriftliga formkravet hindra den typen av tvist.

I utredningen inför den nya lagen om skiljeavtal som trädde i kraft 1999 behandlades frågan om ett krav på skriftliga skiljeavtal skulle införas med anledning av den skriftliga handlingens bevisverkan. I utredningen framfördes att användandet av skriftliga skiljeavtal är ett lämpligt tillvägagångssätt ur bevishänseende. Däremot medförde inte denna ståndpunkt att ett skriftligt avtal blev en förutsättning för ett giltigt skiljeavtal.³⁵ I jämförelse med prorogationsavtalet kan också skiljeavtalet genom ovisshet medföra en så kallad tvist i tvisten. Trots det skiljer sig kraven åt mellan de två typerna av avtal, vilket kan framstå som anmärkningsvärt eftersom skiljeavtalet helt avlägsnar parternas rätt till domstolsprövning.³⁶ Nerep ansåg att de syften som framkommit om införande av ett skriftligt formkrav för prorogationsavtal också var relevanta i förhållande till skiljeavtalet. Han ansågs att även skiljeavtalet med fördel skulle kunna beläggas med ett skriftligt formkrav.³⁷ En förklaring till den motstridiga regleringen kan vara att utredningarna inför de två lagregleringarna sker i olika tidsperioder. Idag är processuella avtal mer vanligt förekommande än för ett halvt sekel sen. Dessutom har skiljeavtalet en lång historia av att vara fritt från skriftliga formkrav. Det kan innebära att många etablerade avtalsrelationer redan har ett handelsmönster där avtalen inte förekommer i skrift, något som lagstiftaren antagligen inte vill hindra.

Det skriftliga formkravets betydelse som bevis är viktigt vid fastställandet av tillkomsten och innehållet vid fastighetsöverlåtelse. Det skriftliga formkravet syftar också till att säkerställa äganderättsövergången, dels med hänsyn till avtalsparterna, dels med beaktande av en tredje part som kan påverkas av överlåtelsen. Dessutom bidrar den skriftliga dokumentation till

³⁵ SOU 1994:81 s. 97; Prop. 1998/99:35 s. 66.

³⁶ Lindskog (2020) p. 2.1.2 fotnot 33.

³⁷ Nerep (1987) s. 445.

sådana klargöranden som behövs i förhållande till lagfartsinstitutet.³⁸ Den funktion som det skriftliga formkravet har i form av bevismedel kan ha fler beröringspunkter vid fastighetsöverlåtelse än vid prorogations- och skiljeavtal. Hänsynen till tredje man och lagfartsinstitutet är två faktorer som skiljer avtalstyperna åt.

Beträffande fastighetsöverlåtelse uttrycks dessutom ytterligare en anledning till det skriftliga formkravets existens. Det syftar även till att parterna ska ingå avtal om fastighetsöverlåtelse först efter ett moget övervägande.³⁹ Ett sådant syfte behandlas inte i förarbetena vid prorogations- eller skiljeavtal. Men det mogna övervägandet i förhållande till det skriftliga formkravet skulle även kunna tjäna som syfte i relation till prorogations- och skiljeavtal. Ett noga uttänkt beslut framstår som lämpligt när avtalet påverkar parternas domstolsprövning. Att ett sådant syfte endast omnämns i förhållande till fastighetsöverlåtelse kan bero på den historiska och även delvis nutida ekonomiska belastning ett sådant avtal kan leda till för den enskilda.

För att få en förståelse för vad som kan ligga bakom ett beslut om att prorogationsavtal ska beläggas med ett skriftligt formkrav kan de resonemang som har förts i förhållande till Bryssel I-förordningen art. 25 studeras.⁴⁰ Införandet av det skriftliga formkravet skulle förhindra att parterna förbisetat att ta del av en prorogationsklausul.⁴¹ I EU-domstolens bedömning av det skriftliga formkravet i Bryssel I-förordningen har det tydliggjorts att syftet med kravet är att säkerställa parternas samstämmighet.⁴² I ett rättsfall har EU-domstolen dessutom yttrat att det enda syftet med det skriftliga formkravet är att påvisa att det föreligger samstämmighet mellan parterna.⁴³ Det syfte som Danmark så tydligt negligerade framträder därmed desto tydligare i den EU-rättsliga regleringen.

Till skillnad från den svenska regleringen av skiljeavtal så måste ett skiljeavtal som slutits i enlighet med New York konventionen vara i skriftlig form. I art. II i New York konventionen uppställs förutsättningarna för ett giltigt skiljeavtal. Den dokumentation som finns kring utarbetandet av artikeln är skral när det kommer till dess ändamål även om det framgår att det

³⁸ Prop.1970:20 del B s. 122 f.; SOU 1912:1 s. 155 f.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Märk att Bryssel I-förordningens art. 25 tidigare varit benämnd som dels art. 17, dels art. 23.

⁴¹ OJ 1979 C 59 s. 1, section 6.

⁴² Dom av den 14 december 1976, Salotti, C- 24-76, EU:C:1976:177, p. 7; Dom av den 27 september 1968, Segoura, C- 25-76, EU:C:1976:178, p. 6.

⁴³ Dom av den 11 november 1986, Iveco Fiat, C-313/85, EU:C1986:423, p. 5.

fanns en tydlig önskan om att det skulle infogas ett skriftligt formkrav.⁴⁴ Enligt van den Berg kan två anledningar till det skriftliga formkravets infogande urskönjas ur lagstiftningshistoriken. Ett syfte är att det skriftliga formkravet ska medföra att parterna i högre utsträckning blir medvetna om att det avtal som ska slutas innehåller en skiljeklausul. Det andra syftet innebär att det skriftliga formkravet ska bidra till en ökad internationell enhetlighet över vad som ska anses konstituera ett giltigt skiljeavtal, vilket därigenom ska förenkla den internationella handeln.⁴⁵

I undersökningen av vilka skäl som har medfört ett infogande av ett skriftligt formkrav är det också av betydelse att utröna varför den specifika avtalstypen har ansetts kräva ett skriftligt formkrav. För majoriteten av alla avtal uppställs inte ett skriftligt formkrav. Prorogations- och skiljeavtalet urskiljer sig genom att den typen av avtal kan påverka parternas domstolsprövning. En fastighetsöverlåtelse hanterar däremot en helt annan typ av rättslig situation. Den fasta egendomen utgör ett särskilt viktigt förmögenhetsobjekt vilket har inneburit en vilja att reglera överlåtelsen av en sådan egendom genom skriftliga avtal. Särskilt ur ett historiskt perspektiv har denna egendom innehaft en dominerande roll ur socialt och ekonomiskt hänseende. Den fasta egendomens betydelse har dock minskat över tid vilket har inneburit att skillnaden i värde gentemot den lösa egendomen har krympt. Överlåtelser av lös egendom kan i huvudsak ingås utan skriftligt avtal. Trots att den fasta egendomen inte längre innehar den avgörande betydelse den en gång haft, anses dess värde fortfarande tala för att det ska finnas ett skriftligt formkrav vid fastighetsöverlåtelser.⁴⁶

Vad beträffar prorogationsavtalet så fördes inte några diskussioner i förarbetena om förhållandet mellan det skriftliga formkravet och prorogationsavtalet som ett processuellt avtal. EU-domstolen har däremot uttalat att de krav som uppställs för ett giltigt prorogationsavtal ska tolkas återhållsamt med hänsyn till den påverkan ett sådant avtal kan få för parternas ställning i en rättegång.⁴⁷ Precis som var fallet för tillkomsten av prorogationsavtalet, fördes inte heller några resonemang inför den nya skiljelagen 1999 om det skriftliga formkravet i förhållande till skiljeavtalet som ett processuellt avtal. I engelska Arbitration Act sektion 5 uppställs ett krav på att skiljeavtal ska vara skriftliga. I utredningen inför lagen som trädde i kraft 1996 fördes ett resonemang om skiljeavtalets speciella verkan.

⁴⁴ UN DOC E/CONF.26/SR.22.

⁴⁵ Berg van den (1981) s. 173.

⁴⁶ Prop. 1970:20 del B s. 122.

⁴⁷ Dom av den 14 december 1976, Salotti, C- 24-76, EU:C:1976:177, p. 7; Dom av den 27 september 1968, Segoura, C- 25-76, EU:C:1976:178, p. 6.

Det skriftliga formkravets existens motiverades med att ett skiljeavtal innebär att parterna gör avkall på den grundläggande rättigheten att få tvisten prövad av en domstol. Ett avtal som kan få en sådan betydande effekt bör därmed enligt den engelska utredningen vara i skriftlig form för att vara giltigt.⁴⁸

Upprättandet av ett skriftligt formkrav vid överlåtelse av fast egendom har bottnat i dess stora ekonomiska värde. Ett processuellt avtal såsom prorogations- och skiljeavtal bottnar i en rätt att få sin tvist rättvist prövad. Rätten till en rättvis rättegång regleras i art. 6.1 EKMR och är lag i Sverige.⁴⁹ Europadomstolen tillåter att parterna avtalar bort rätten till en rättvis rättegång för att som ersättning dra tvisten inför en skiljenämnd.⁵⁰ Det står dock inte klart om ett sådant avtal måste författas skriftligen även om avtalen i praktiken i stort sett alltid förekommer i skrift. Ett avsälgande av rätten till domstolsprövning måste dock framkomma otvetydigt.⁵¹ Precis som att den fasta egendomens värde är en anledning till att infoga ett skriftligt formkrav borde kanske även värdet av att få sin rätt prövad av en domstol innebära att ett sådant avtal kräver ett skriftligt formkrav. Ett skiljeförfarande är ofta mer kostsamt för en part jämfört med om tvisten dras inför en domstol. En skiljeklausul utesluter dessutom rätten att överklaga domen på materiell grund.⁵² Även om ett prorogationsavtal inte innebär att rätten till en domstolsprövning är avskuren kan parternas val av domstol påverka hur rättvis en rättegång blir. Lindskog skriver att den domstol som ska vara behörig enligt ett prorogationsavtal ska uppnå krav på en rättssäker prövning.⁵³ Ett prorogationsavtal kan vid ett ojämnt styrkeförhållande innebära att den starkare parten tvingar den svagare parten att acceptera en domstol som inte är till fördel för dennes intressen exempelvis ur ett geografiskt eller ekonomiskt hänseende. En i parternas avtal utvald domstol kan dessutom vara korrupt.⁵⁴ De risker för rättssäkerheten som de två processuella avtalen innebär kanske borde innebära att både prorogations- och skiljeavtal ska vara belagda med ett skriftligt formkrav för att säkerställa att det föreligger en gemensam partsvilja. Ett alternativ är dock att ställa ett högt krav på att avtalsparternas avsikt att ingå ett skiljeavtal ska framgå utan att för den delen infoga ett skriftligt formkrav. Ett förhöjt evidenskrav förespråkas av Lindskog med anledning

⁴⁸ DAC-report, p. 33.

⁴⁹ Se Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁵⁰ *Transado-Transportes Fluviais do Sado mot Portugal*, dom av den 16 december 2003; *Suovaniemi m.fl. mot Finland*, beslut den 23 februari 1999.

⁵¹ Maunsbach (2005) s. 112; *Neumeister mot Österrike*, dom av den 7 maj 1974, p. 36.

⁵² Heuman (1999) s. 27, s. 40.

⁵³ Lindskog (2020) p. 4.1.2.

⁵⁴ Hartley (2017) s. 228.

av den effekt en skiljeklausul får för parternas rätt till en domstolsprövning.⁵⁵ Fördelen med att endast infoga ett förhöjt evidenskrav innebär att det i lägre grad påverkar handel och etablerade handelsmönster. Nackdelen är dock att det kan bli svårt att formulera och upprätta ett evidenskrav som enkelt kan efterföljas.

3.2 Syften bakom ett skriftlöst avtal

Inför den nya lagen om skiljeförfarande som trädde i kraft år 1999 ansågs det fortsatt inte påkallat att införa ett skriftligt formkrav för skiljeavtal. Det framhölls att skiljeavtal i stort sett alltid ingås skriftligen men att det därmed kan ifrågasättas om det finns ett behov av att uppställa ett krav på skrift.⁵⁶ Enligt Lindskog tycks dock lagstiftaren i sin formulering av 1 § 1 st. 2 men. LSF utgå ifrån att de avtal som omfattas av lagen är i skrift.⁵⁷ Omständigheten att de flesta skiljeavtal förekommer i skrift har också använts som argument till varför det på ett enkelt sätt skulle kunna infogas ett skriftligt formkrav för skiljeavtal.⁵⁸ Även inför den nya bostadsrättslagen som trädde i kraft 1991 var en anledning till att en bostadsrättsöverlåtelse skulle kombineras med ett skriftligt formkrav att merparten av överlåtelseavtalen redan ingicks skriftligen.⁵⁹

Trots att lagstiftaren väljer att inte uppställa ett skriftligt formkrav så är det fortfarande möjligt för parterna att komma överens om ett avtalat skriftkrav.⁶⁰ Enligt Ramberg medför det avtalade skriftkravet samma nivå av bundenhet som gäller för det legala skriftkravet.⁶¹ Men i ett rättsfall från Högsta domstolen ansågs det vara möjligt att ersätta ett avtalat skriftkrav med en muntlig överenskommelse.⁶² Om en domstol till exempel skulle godkänna en muntlig överenskommelse om överlåtelse av fast egendom i strid mot vad som framkommer i köpebrevet skulle det utgöra en rättstillämpning som strider mot tvingande rätt. Det råder bred samstämmighet i doktrin att skiljeavtalets giltighet ska bedömas utifrån allmänna avtalsrättsliga principer.⁶³ Ett sådant synsätt har även framkommit i Högsta domstolens rättstillämpning.⁶⁴ Därmed skulle en bedömning av ett avtalat skriftkrav kopplat till ett

⁵⁵ Lindskog (2020) p. 2.1.3.

⁵⁶ Prop. 1998/99:35. s. 66.

⁵⁷ Lindskog (2020) 2.1.2 fotnot 33.

⁵⁸ Nerep (1987) s. 445.

⁵⁹ Prop. 1981/82:169 s. 61 f.

⁶⁰ Ramberg (2019) s. 112; Adlercreutz (2016) s. 126.

⁶¹ Ramberg (2019) s. 112.

⁶² NJA 2015 s. 186.

⁶³ Heuman (1999) s. 51; Fitger (2020) kommentar till 10 kap. 16 §; Lindskog (2020) p. 2.1.1; Westberg (2020) s. 130 f.

⁶⁴ NJA 2015 s. 991

skiljeavtal utifrån rättsfallet möjligen kunna frånfallas genom ett muntligt avtal. Om det avtalade skriftkravet och det legala skriftkravet innebär olika grader i bundenhet så kan det legala skriftliga formkravet anses vara mer ändamålsenligt.

I utredningen som behandlade den nya skiljelagen var ett argument för att inte infoga ett skriftligt formkrav baserat på den tekniska utvecklingen. De framsteg som tas inom den elektroniska kommunikationen ger utrymme för nya sätt att sluta avtal.

Skiljedomsutredningen bedömde att ett skriftligt formkrav som inkluderar flera typer av elektroniskt ingångna avtal medför att ett sådant krav urholkas. Därmed ansågs det mer fördelaktigt att inte införa ett skriftligt formkrav.⁶⁵ I modellagen och i Bryssel I-förordningen har det skriftliga formkravet behållits men däremot har det likställts med avtal som ingås elektroniskt.⁶⁶ Dock infördes det skriftliga formkravet i de två regleringarna innan den elektroniska kommunikationens intåg och det är inte säkert att kraven utformats på samma sätt om de tillkommit senare.

Förutom de i utredningen och propositionen angivna anledningarna till att det inte anses meningsfullt att infoga ett skriftligt formkrav kan det också finnas ytterligare sakförhållanden som inverkar på beslutet att låta skiljeavtalet vara skriftlöst. Att hämma befintliga handlingsmönster kan vara en effekt som lagstiftaren vill undvika. Ett sådant resonemang framkommer dock inte i skiljedomsutredningen. I de internationella regleringarna av skilje- och prorogationsavtal har den kommersiella handelns behov medfört att det skriftliga formkravet har anpassats. I New York konventionen tillåts i art. II (2) avtal som sluts genom en brev- eller telegramutväxling inom ramen för det skriftliga formkravet. Möjligheten att ingå ett giltigt skiljeavtal genom det här tillvägagångssättet infogades för att tillmötesgå den internationella handelns behov och avtalsmönster.⁶⁷ I modellagen återfinns också genomförda anpassningar. I den äldre versionen av modellagen från år 1985 krävdes skriftliga skiljeavtal. Det här kravet ansågs dock vara opraktiskt i förhållande till internationella handlingsmönster. I 2006 års version av modellagen realiserades därmed möjligheten att ingå skriftlösa skiljeavtal.⁶⁸ Det var dock ett beslut som var förenat med skilda ställningstaganden. Somliga förespråkade ett bevarande av det skriftliga formkravet eftersom det återfinns i många länders regleringar av skiljeavtal med syftet att användas i form av bevis och för att undvika att

⁶⁵ SOU 1994:81 s. 97.

⁶⁶ Se kap. 5.1 för en djupare behandling av elektronisk kommunikation i förhållande till det skriftliga formkravet.

⁶⁷ Berg van den (1981) s. 191; UN DOC E/CONF.26/SR.9; UN DOC E/CONF. 26/L.52.

⁶⁸ Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, s. 27.

skiljeavtal ingås förhastat. Rösterna för att avskaffa det skriftliga formkravet bottnade i den markanta utveckling som skett sedan New York konventionen trädde i kraft 1958. Under den här tidsperioden har skiljeavtalet förändrats till att bli den vanliga metoden för att lösa internationella dispyter. Skiljeavtalets normalisering ansågs medföra ett minskat behov av det skydd ett skriftligt formkrav medför för parterna.⁶⁹

Genom 1978 års tillträdeskonvention⁷⁰ uppmjukades de förutsättningar som krävdes för att ett prorogationsavtal skulle vara giltigt enligt Bryssel I-förordningen. Den nya bestämmelsen innebar att parter i kommersiella internationella relationer kunde ingå ett giltigt prorogationsavtal genom handelsbruk eller en annan sedvänja som parten känner eller borde ha känt till.⁷¹ Några år senare ansågs ytterligare en förändring vara påkallad, som dock gjordes genom Luganokonventionen som också reglerar prorogationsavtals giltighet inom EU.⁷² EU-domstolens bedömning av det skriftliga formkravet ansågs vara så pass strängt att det innebar en negativ påverkan på den internationella handeln. Därav infogades också en möjlighet att ingå ett giltigt prorogationsavtal i en form som överensstämmer med partsbruk.⁷³ Pålsson noterar att det nuvarande skriftliga formkravet i Bryssel I-förordningen är resultatet av en avvägning mellan å ena sidan att värna om parternas rättssäkerhet särskilt med syfte att undvika avtal där ett samtycke inte är tydligt manifesterat, och å andra sidan att gynna den internationella handeln genom att inte hindra praktiska behov och faktiska handlingsmönster.⁷⁴

Även i utarbetandet av det skriftliga formkravet vid fastighetsöverlåtelser inför den nya jordabalken 1970 gjordes en liknande avvägning. I bedömningen av det skriftliga formkravets utformning ska nyttan med ett sådant krav vägas mot nackdelarna. Det skriftliga formkravet ska utformas med hänsyn till att fastighetsomsättningen inte tyngs i onödan.⁷⁵

Att finna en avvägning mellan olika värden som på ett bra sätt tillgodogör båda sidor kan vara en svår konst. Vilka värden som får störst utrymme kan variera över tid och bero på vem eller vad som har inflytande över utformningen. Trots att skilje- och prorogationsavtal är mer

⁶⁹ A/CN.9/468 p. 89.

⁷⁰ Konvention om Konungariket Spaniens och Portugisiska republikens tillträde till konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, samt till protokollet om domstolens tolkning av denna konvention om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungarikets Storbritannien och Nordirland tillträde och genom konventionen om Hellenska republikens tillträde.

⁷¹ OJ 1979 C 59 s. 71, p 179.

⁷² Konvention om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

⁷³ OJ 1990 C 189 s. 57, p. 56. Idag framkommer den här bestämmelsen i Bryssel I-förordningen artikel 25 (1b).

⁷⁴ Pålsson (2008) s. 214 f.

⁷⁵ Prop. 1970:20 del B s. 122.

vanligt förekommande idag än för 50 år sedan kan de fortfarande få stora konsekvenser för den enskildes rätt till en rättvis rättegång. Även om det är fråga om kommersiella avtal så kan det finnas stora gradskillnader i styrkeförhållanden mellan de olika parterna. Men hur ska man undvika att en svagare part missgynnas utan att det innebär en negativ påverkan på handeln? En möjlig lösning som framkommer i Bryssel I-förordningen är att avtal som sluts genom handelsbruk eller sedvänja endast är tillåtet om det sker inom ramen för den internationella handeln. Inom den internationella handeln agerar i högre grad mer erfarna parter. Parter som har mindre erfarenhet är mer skyddsvärda och då kan det vara ändamålsenligt att lagstiftaren endast erbjuder mer begränsade tillvägagångssätt för att ingå prorogationsavtal. Det begränsade tillvägagångssättet syftar då till att säkerställa att parterna gemensamt överenskommit om en viss prorogationsklausul. Ett sådan lösning kan vara att endast tillåta skriftliga prorogationsavtal. Svårigheten som uppstår är dock hur en avgränsning ska göras mellan svagare och starkare näringsidkare. Ett försök att med rättssäkerheten som utgångspunkt försöka gynna svagare parter som inte är konsumenter har dock gjorts i förhållande till skiljeavtalsregleringen. Frågan gällde huruvida ekonomiskt svagare parter skulle få möjlighet till en beloppsbegränsning vid betalning till en skiljenämnd.⁷⁶ Förslaget ansågs vara problematiskt bland annat utifrån en tillämpnings- och gränsdragningsproblematik.⁷⁷ Den här problematiken skulle även uppstå vid ett försök att ställa krav på skriftliga skiljeavtal endast i förhållande till svaga näringsidkare.

4. Det skriftliga avtalets innehåll

4.1 Tolkning av avtal med ett skriftligt formkrav

Om två parterna inte är överens om vad som utgör avtalsinnehåll kan avtalstolkning användas för att fastställa vad som ska anses ha avtalats mellan parterna.⁷⁸ Lehrberg skriver att den partsorienterade tolkningen i princip har ett högre värde än tolkningsregler som baseras på avtalsinnehåll.⁷⁹ Även Adlercreutz menar att om den gemensamma partsviljan går att fastställa har det tolkningsdatumet större betydelse än avtalets lydelse.⁸⁰ Ramberg betonar

⁷⁶ SOU 1995:65 s. 13.

⁷⁷ Prop. 1998/1999:35 s. 52

⁷⁸ Lehrberg (2020) s. 28; Adlercreutz (2010) s. 39; Ramberg (2019) s. 178.

⁷⁹ Lehrberg (2020) s. 60.

⁸⁰ Adlercreutz (2010) s. 58.

dock ordalydelsen som utgångspunkt eftersom den ger uttryck för parternas gemensamma avsikt.⁸¹

Adlercreutz är av uppfattningen att genom ett skriftligt formkrav medföljer vissa konsekvenser i hur avtalstolkningen ska utföras. En parts avsikt med avtalet som annars hade kunnat uppmärksammas för att fastställa avtalets innehåll ska till exempel inte beaktas. Adlercreutz medger dock att Högsta domstolen i sin bedömning ibland inte har följt den linjen.⁸² Det är framför allt i förhållande till fastighetsöverlåtelse som frågan om vad som ska vara tillåtna tolkningsunderlag har diskuterats. Vahlén skriver att när avtalstolkning av ett fastighetsköp ska genomföras ska personernas förklaringar ha kommit till uttryck i ord och dessutom vara upptagna i köpehandlingen. Om underförstådda överenskommelser blir till avtalsinnehåll genom avtalstolkning skulle det innebära att det skriftliga formkravet uttunnas.⁸³ De rättsfall som Adlercreutz kunde peka ut som inte hade begränsat sig till vissa tolkningsdata i förhållande till skriftliga formkrav behandlar just fastighetsöverlåtelse. I ett rättsfall tillät Högsta domstolen förklaringen ”villig att försälja” som underlag för ett fastighetsköp. En överlåtelseförklaring krävs för att det ska föreligga en giltig fastighetsöverlåtelse i enlighet med 4 kap. 1 § JB. Ordvalen ansågs dock inte uppfylla kraven för en överlåtelseförklaring eftersom överlåtelsen inte hade kommit till uttryck tillräckligt klart och tydligt. Men köpet godkändes på den grunden att formuleringen i den aktuella kontexten kunde tolkas som en överlåtelseförklaring.⁸⁴ Svensson anser att fastän den gemensamma partsviljan inte omnämns i domen så överensstämmer Högsta domstolens resonemang med hur en sådan tolkning utförs.⁸⁵ I ett senare rättsfall från år 2016 har Högsta domstolen dessutom uttryckt att vid tolkning av ett fastighetsköp ska först och främst hänsyn tas till vad parterna gemensamt avsett med avtalet.⁸⁶ Svensson har dock ifrågasatt om den gemensamma partsviljan ska gälla utan begränsningar när det för avtalet i fråga finns ett skriftligt formkrav. I rättsfallet från 2016 förs inga resonemang om att den gemensamma partsviljan som tolkningsdatum ska begränsas vid förekomsten av ett skriftligt formkrav. Svensson menar att även om några sådana diskussioner inte förekommer i rättsfallet behöver det inte innebära att det ska tolkas som att den gemensamma partsviljan får obegränsat med utrymme. Ett av Svenssons förslag är att det ska finnas en gräns för hur mycket parterna får

⁸¹ Ramberg (2019) s. 179.

⁸² Adlercreutz (2010) s. 56; se till exempel NJA 1984 s. 482 och NJA 1968 s. 525.

⁸³ Vahlén (1951) s. 86.

⁸⁴ NJA 1984 s. 482.

⁸⁵ Svensson (2019) s. 610.

⁸⁶ NJA 2016 s. 689.

avvika från normalt språkbruk. Han ger exemplet att villig att försälja kan tillåtas men att abrakadabra inte är tillräckligt tydligt formulerat för att det ska kunna tolkas som en överlåtelseförklaring.⁸⁷

I det nyligen avgjorda rättsfallet från år 2020 yttrar Högsta domstolen att avtalsvillkor i en fastighetsöverlåtelse ska bedömas utifrån vad som framkommer av avtalets ordalydelse. Parternas egentliga avsikt med ett visst avtalsvillkor ska däremot ha en underordnad betydelse.⁸⁸ Resonemangen som förs i det här rättsfallet verkar till skillnad från de andra rättsfallen i högre grad betona det skrivna avtalet som utgångspunkt för avtalstolkning på bekostnad av den gemensamma partsviljan. Slutsatsen får anses vara att det är oklart i vilken grad den gemensamma partsviljan ska beaktas när det föreligger ett skriftligt formkrav.

Ett skriftligt formkrav kan innebära att större vikt läggs vid avtalets ordalydelse vid tolkning. Det innebär i så fall att prorogationsavtalet och skiljeavtalet tolkas på något olika sätt. Tolkning av skiljeavtal genomförs utifrån sedvanliga tolkningsprinciper.⁸⁹ Dock skulle införandet av en integrationsklausul i skiljeavtalet kunna minska eventuella skillnader i avtalstolkningen.⁹⁰ En tolkning av ett prorogationsavtal som i stället utgår ifrån den gemensamma partsviljan skulle kunna resultera i en ökad rättssäkerhet. Det baseras på att det kanske ställs högre krav på att parterna var medvetna om att de genom avtal påverkat sin domstolsprövning. Att Högsta domstolen vid rättsfallen om fastighetsöverlåtelse tar hänsyn till den gemensamma partsviljan kanske görs med anledning av att få till stånd en allmän rimlighetsbedömning som en tolkning av ett skriftligt avtal inte alltid kan ge. För att resultatet av en tolkning ska framstå som så befogad som möjligt utifrån parternas avtal så kan en lösning vara att ta hänsyn till både det skriftliga avtalet och partsviljan även när det föreligger ett skriftligt formkrav. Det skriftliga formkravet kan anses innehålla ett krav på att en gemensam partsvilja ska komma till uttryck i skrift. Om en sådan partsvilja inte kan utrönas i skrift kan det vara ändamålsenligt att även ta in tolkningsdata utöver den skriftliga dokumentationen för att kunna fastslå vad som ska anses utgöra avtalsinnehåll.

⁸⁷ Svensson (2019) s. 611.

⁸⁸ NJA 2020 s. 723.

⁸⁹ NJA 2019 s. 171.

⁹⁰ Ramberg (2019) s. 197.

4.2 Ett angivet rättsförhållande

I 10 kap. 16 § RB stadgas att ett prorogationsavtal ska kunna härledas till en viss uppkommen tvist eller en framtida tvist som ska vara förbunden med ett angivet rättsförhållande. Westberg skriver att det ska framkomma ur det skriftliga prorogationsavtalet vilken alternativt vilka tvister som domstolen är behörig att avgöra.⁹¹ Även i 1 § 1 st. 2 men. LSF föreskrivs att ett skiljeavtal kan avse framtida tvister som är kopplade till ett i avtal angivet rättsförhållande. Av paragrafen tycks det dels presumeras att skiljeavtalet ska uttryckas i skrift, dels att kravet på ett angivet rättsförhållande ska framgå i skrift.⁹² Frågan är om det skriftliga formkravet som endast gäller i förhållande till prorogationsavtal kan påverka möjligheten att utvidga ett krav på ett angivet rättsförhållande utanför det skrivna avtalets ramar.

I ett rättsfall från Högsta domstolen fastställs att utgångspunkten är att både prorogationsklausuler och skiljeklausuler omfattar ett huvudavtal i dess helhet. Klausulens lydelse kan därigenom innebära en begränsning av tillämpligheten av prorogationen men inte en utvidgning av den.⁹³ Av rättsfallet framgår att tvistlösningsklausulerna endast har effekt inom ramen för huvudavtalet, vilket också bör innebära att klausulerna endast har effekt inom ett i avtalet angivet rättsförhållande.

Hur ett rättsförhållande kan sträcka sig utöver det skrivna avtalet blev föremål för prövning i ett rättsfall från Högsta domstolen. Den omtvistade frågan bestod i huruvida ett antal tilläggsarbeten skulle omfattas av en skiljeklausul som endast framkom i huvudavtalet. I de olika tilläggsavtalen uppgavs en annan tvistlösningsmetod, en typ av prorogationsklausul som gav parterna en rättighet men inte en skyldighet att dra tvisten inför en viss domstol. Dessutom figurerade även en tredje avtalspart i tilläggsavtalen. Högsta domstolen fastslog först och främst att skiljeklausulens tillämpningsområde ska bedömas i enlighet med den allmänna metoden för avtalstolkning. Varken den gemensamma partsavsikten eller avtalets ordalydelsen bringande klarhet i frågan. Enligt Högsta domstolen var det då naturligt att i tolkningen utgå ifrån att skiljeavtalet ska fylla en ”förnuftig funktion och utgöra en rimlig reglering av parternas intressen”. Det som av Högsta domstolen ansågs mest rationellt var en vilja att minska kostnaderna genom att lösa tvister i ett snabbt och sammanhållet förfarande. Högsta domstolen fastslog vidare att ett rättsförhållande inte begränsas till det ursprungliga

⁹¹ Westberg (2020) s. 132

⁹² Lindskog (2020) p. 2.1.2 not 33.

⁹³ NJA 2010 s. 734.

avtalet utan kan förändras genom senare omständigheter. Högsta domstolen bedömde att tilläggsavtalen skulle omfattas av skiljeklausulen i huvudavtalet.⁹⁴

Rättsfallet har väckt kritik angående hur långt ett angivet rättsförhållande kan sträcka sig.⁹⁵ I tidigare rättsfall har en sådan extensiv tolkning av begreppet rättsförhållande inte genomförts.⁹⁶

Domen av Högsta domstolen kan problematiseras utifrån hur resonemangen förhåller sig till om det funnits ett skriftligt formkrav för skiljeavtal. I Bryssel I-förordningens art. 25 (1) krävs att ett prorogationsavtal anknyter till ett angivet rättsförhållande. Huruvida ett tillräckligt bestämt rättsförhållande föreligger ska enligt EU-domstolen avgöras enligt nationell rätt.⁹⁷ Magnus menar att regleringen tillåter att en prorogationsklausul i ett huvudkontrakt utsträcks till att också inbegripa bifogade kontrakt som är ingångna i förbindelse med och i samband med fullgörandet av huvudkontraktet, om det är parternas intention.⁹⁸ Magnus tolkning talar för att en prorogationsklausul, trots det skriftliga formkravet, kan sträcka sig utöver huvudkontraktet.

I Högsta domstolen har begreppet rättsförhållande tolkats på samma sätt i förhållande till skiljeklausuler och prorogationsklausuler.⁹⁹ Om det skriftliga formkravet tillämpades i strikt bemärkelse så borde det rättsförhållande som anges i det skrivna avtalet inte kunna förändras genom senare omständigheter. Om avtalets innehåll är föränderligt sänks det skriftliga formkravets funktion som bevis eftersom det blir svårare att fastställa vad som ska anses vara avtalets innehåll. Vid en fastighetsöverlåtelse är det skrivna avtalet slutgiltigt. Eventuellt senare upprättade tilläggsavtal får behandlas för sig. Ett skriftligt formkrav innebär inte endast att ett avtal ska vara i skrift utan också att det skriftliga avtalet ska uttrycka ett visst innehåll. I det skriftliga formkravet för prorogationsavtal inkluderas ett krav på att ett rättsförhållande ska komma till uttryck. För att det ska föreligga en giltig prorogationsklausul bör därmed rättsförhållandet och prorogationsklausulen komma till uttryck i samma avtal. Om prorogationsklausulen utsträcks utöver huvudavtalet bör det skriftliga formkravet inte vara uppfyllt. Det är dock rimligt att anta att en sådan strikt tolkning av prorogationsavtalet i

⁹⁴ NJA 2019 s. 171.

⁹⁵ Se Heuman (2019); Schöldström (2019).

⁹⁶ NJA 2017 s. 266; NJA 2010 s. 734.

⁹⁷ Dom av den 10 mars 1992, Powell Duffryn, C-214/89, EU:C:1992:115, p. 34.

⁹⁸ Magnus (2016) s. 620.

⁹⁹ NJA 2010 s. 734.

förhållande till det skriftliga formkravet inte upprätthålls. För att regleringen ska vara förenlig med hur ett prorogationsavtal sluts i praktiken är det troligt att en bedömning i enlighet med Magnus resonemang genomförs. Det vill säga att avtal som har samband med huvudavtalet också kan omfattas av en prorogationsklausul. Det innebär att den tolkning som gjordes av Högsta domstolen i förhållande till hur långt ett rättsförhållande kan utsträckas vid en skiljeklausul även kan komma att tillåtas i förhållande till ett prorogationsavtal.

En aspekt som kan skilja bedömningen av en prorogationsklausul från bedömningen av en skiljeklausul är att det tolkningsvis kan bli ett annat resultat vid förekomsten av ett skriftligt formkrav. I stället för att försöka utröna vad parterna avsett eller vad som är en förnuftig reglering så kan ordalydelsen få överordnad betydelse. Om det läggs avgörande vikt vid ordalydelsen bör tvistlösningsklausulen endast omfatta vad som framkommer i det specifika avtalet och därmed inte utsträckas till andra relaterade avtal. Det är dock mycket möjligt att en rimlighetsbedömning skulle genomföras i praktiken även när det kommer till prorogationsavtal, till exempel med syftet att underlätta olika handelsmönster.

4.3 Klausulens distinkthet

Hur höga krav som uppställs på att ett avtals innehåll ska vara tydligt och fullständigt varierar utifrån rättshandlingens typ och funktion enligt Adlercreutz. Det bör ställas högre krav på tydlighet för rättshandlingar som generellt sett är ofördelaktiga för en part.¹⁰⁰ Det giltiga prorogationsavtalet bygger på att avtalet är i skrift men det framgår inte i av lagstiftning eller av förarbeten hur tydligt en sådan klausul måste ha kommit till uttryck. Förutom att prorogationsavtalet enligt 10 kap. 16 § ska ange ett rättsförhållande som kan knytas till avtalet nämns också att viss domstol ska utpekas. Trots att lagrummet nämner en viss domstol är avsikten i förarbetena att käranden ska kunna välja mellan flera domstolar som utpekas som behöriga i prorogationsavtalet.¹⁰¹

Westberg är av åsikten att i ett giltigt prorogationsavtal ska den behöriga domstolen omnämnas.¹⁰² Även Pålsson är av åsikten att den domstol som ska anses vara behörig ska framgå ur avtalet och att det bör göras med ett visst krav på tydlighet. Pålsson jämför med ett hovrättsavgörande i vilken den omtvistade prorogationsklausulen enligt honom brister i

¹⁰⁰ Adlercreutz (2016) s. 69 f.

¹⁰¹ Prop. 1938:44 s.151.

¹⁰² Westberg (2020) s. 132.

tydlighet. I rättsfallet återfanns tvistlösningsklausulen under rubriken ”Applicable law” och löd som följande “This contract shall be governed by the laws of the International Court of Commerce in Paris, France”. Hovrätten tog i sin bedömning fasta på att en viss fransk domstol nämndes och ansåg att parternas avsikt att avtala om domstols behörighet tillräckligt tydligt kommit till uttryck i klausulen.¹⁰³ Enligt Pålsson låg det närmare till hands att tolka klausulen som en lagvalsklausul än som en prorogationsklausul. Det var dessutom oklart vilken domstol som utpekades i avtalet eftersom den omnämnda domstolen antagligen inte existerar enligt Pålsson.¹⁰⁴

I Bryssel I-förordningen framkommer i art. 25 (1) att ett prorogationsavtal kan hänvisa dels till en specifikt utpekad domstol, dels till domstolarna generellt i en medlemsstat. Även om det i Bryssel I-förordningen stadgas att ett prorogationsavtal kan gälla domstolarna i en specifik medlemsstat så har EU-domstolen godkänt klausuler som erbjuder valbarhet mellan flera medlemsstater. I ett rättsfall tilläts en prorogationsklausul där det ena eller det andra medlemslandets domstolar blev behöriga beroende på vilken part som stämde vem.¹⁰⁵ Enligt Magnus borde domslutet innebära att en prorogationsklausul som ger käranden möjlighet att välja mellan fler än ett medlemslands domstolar är giltig. Om käranden helt fritt får välja behörig domstol anses det däremot inte föreligga en giltig prorogationsklausul.¹⁰⁶ Garcimartin skriver att det även är tillräckligt att peka ut ett rättsligt system, såsom det av England och Wales som behörigt för parternas prövning.¹⁰⁷ Vad som däremot inte brukar anses uppfylla kraven för ett prorogationsavtal i enlighet med art. 25 i Bryssel I-förordningen är när en klausul endast omnämner en viss uppfyllelseort.¹⁰⁸ En prorogationsklausul ska vidare inte blandas ihop med en lagvalsklausul. En lagvalsklausul ska inte heller påverka valet av behörig domstol.¹⁰⁹ EU-domstolen har tillåtit prorogationsklausuler även om den valda domstolen inte kan identifieras enbart genom klausulens lydelse. EU-domstolen har bedömt att det är tillräckligt att de objektiva faktorer som ska gälla för valet av domstol omnämns i klausulen. Beskrivningen ska dock vara så pass precis att den utvalda domstolen kan fastställas utifrån de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet.¹¹⁰

¹⁰³ RH 1997:100.

¹⁰⁴ Pålsson (1998) s. 567.

¹⁰⁵ Dom av den 9 november 1978, Nikolaus mot Glacetal, C-23/78, EU:C:1978:198.

¹⁰⁶ Magnus (2016) s. 607, s. 622.

¹⁰⁷ Garcimartin (2015) s. 280 f.

¹⁰⁸ Magnus (2016) s. 612; Pålsson (2008) s. 215.

¹⁰⁹ OJ 1979 C 59 s. 71.

¹¹⁰ Dom av den 9 november 2000, Coreck, C-387/98, EU:C:2000:606, p. 15.

För att ett prorogationsavtal enligt 10 kap. 16 § RB ska vara giltigt bör det framkomma att det är fråga om en prorogationsklausul och att den pekar ut en behörig domstol. Av bestämmelsen framgår emellertid inte om och vilka krav som ska ställas för att ett prorogationsavtal är tillräckligt tydligt. Måste den utvalda domstolen framgå redan ur prorogationsavtalet? Beträffande skiljeavtalet så finns det mycket som visar på att även om det inte krävs ett skriftligt avtal så finns det krav på hur tydligt en sådan klausul ska komma till uttryck. Westberg skriver att en utspridd uppfattning tycks vara att en skiljeklausul ska komma till uttryck klart och tydligt. Westberg menar att ett giltigt skiljeavtal inkluderar ett tydlighetskrav som syftar till att skydda en part mot att på vaga grunder bli betagen sin rätt till domstolsprövning.¹¹¹ Heuman och Lindskog är också av åsikten att det fordras tydlighet för att det ska vara fråga om ett giltigt skiljeavtal.¹¹² Även Högsta domstolen har uttryckt att det krävs tydlighet. I ett rättsfall kom Högsta domstolen fram till att skiljeklausulen inte var giltig eftersom klausulen i fallet inte otvetydigt gav uttryck för en avsikt att ersätta rätten till domstolsprövning med ett skiljeförfarande.¹¹³ I ett hovrättsfall ansågs klausulen ”i första hand utse varsin representant att lösa tvistemålet” inte gälla som en skiljeklausul eftersom det inte otvetydigt framgick att domstolsförfarandet hade avtalats bort.¹¹⁴ Europadomstolen har utifrån art. 6 i EKMR uppställt ett krav på att ett avstående från domstolsprövning till förmån för ett skiljeförfarande ska framgå klart och otvetydigt.¹¹⁵

En vidare fråga är hur en skiljeklausul ska formuleras för att framstå som tillräckligt tydlig. Lindskog skriver att ordalydelsen hos en skiljeklausul inte ska ha någon framskjuten betydelse.¹¹⁶ Westberg skriver att det i doktrin förefaller finnas en enighet om att den språkliga innebörden har låg betydelse. Enligt Westberg resulterar denna ståndpunkt i att den gemensamma partsavsikten har högre dignitet än ordalydelsen.¹¹⁷

Både vid prorogations- och skiljeavtal tycks ett visst mått av tydlighet krävas för att ett avtal som påverkar domstolsprövningen ska vara giltigt. Däremot kan det vara svårt att dra en gräns för vad som är en tillräckligt tydlig klausul och vad som inte är det. Ett exempel där det skriftliga formkravet har kombinerats med tydliga krav på vad avtalet ska innehålla för att

¹¹¹ Westberg (2020) s. 137.

¹¹² Heuman (1999) s. 51; Lindskog (2020) p. 2.1.4.

¹¹³ NJA 1974 s. 573.

¹¹⁴ RH 48:80.

¹¹⁵ Neumeister mot Österrike, dom av den 7 maj 1974, p. 36.

¹¹⁶ Lindskog (2020) p. 2.1.4.

¹¹⁷ Westberg (2020) s. 131.

vara giltigt är vid överlåtelse av fastighet. Innan 1970 års jordabalk trädde i kraft krävdes att alla villkor som avtalsparterna enades om skulle inkluderas i det skriftliga avtalet.¹¹⁸ Numera krävs inte att allt avtalsinnehåll tas upp i det skriftliga avtalet men det finns ett antal minimikrav som ska vara inkluderade. Det skriftliga formkravet innefattar en identifiering av den aktuella fastigheten lämpligen i form av registerbeteckningen, köpeskillingen samt en överlåtelseförklaring. Kravet på överlåtelseförklaringen innebär att det av köpehandlingen tydligt ska framgå att det rör sig om en överlåtelse.¹¹⁹ I ett rättsfall behandlades hur precist en köpeskillning ska framgå i ett överlåtelseavtal. Köpeskillingen får vara beroende av en framtida omständighet om det i avtalet finns angivna grunder som är så precisa att köpeskillingen kan uträknas med avtalet som grund.¹²⁰ Rättsfallet hanterade en överlåtelse av bostadsrätt men enligt Grauers har resonemanget även bäring i förhållande till fastighetsöverlåtelse.¹²¹

Även om det vid en fastighetsöverlåtelse uppställs fler krav på vad det skriftliga formkravet ska omfatta uppstår också här en problematik i hur tydligt de olika delarna ska framkomma. Ett exempel är hur tydligt en överlåtelseförklaring måste komma till uttryck.¹²² Att uppställa fler eller högre krav på prorogationsavtalets innehåll skulle antagligen inte vara en ändamålsenlig förändring. En gränsproblematik för vad som är en tillräckligt tydlig prorogationsklausul skulle ändå kunna uppstå. Detsamma kan anses gälla för att uppställa krav på hur tydligt en skiljeklausul ska komma till uttryck. En allt för snäv reglering över hur en prorogationsklausul ska se ut kan medföra att sådana klausuler förklaras ogiltiga i högre grad, vilket inte är ändamålsenligt. Lagstiftarens syfte med det skriftliga formkravet var dock att undvika tvister i en redan uppkommen tvist. För att uppfylla syftet skulle möjligen ett krav på att de utvalda domstolarna ska kunna utläsas direkt i avtalet kunna uppställas.

Ett skriftligt formkrav och ett krav på tydlighet kanske i praktiken resulterar i liknande avtal. Westberg skriver att det skriftliga formkravet skulle kunna utgöra en typ av tydlighetskrav.¹²³ Enligt Lindskog bör det dessutom föreligga ett förhöjt evidenskrav med tanke på skiljeavtalets speciella funktion samt en tämligen hög avtalströskel med tanke på att skiljeavtalet är betungande.¹²⁴ Att för skiljeavtalet inte infoga ett skriftligt formkrav men däremot uppsätta ett

¹¹⁸ Westerlind (1971) s. 258.

¹¹⁹ Grauers (2016) s. 44 f.

¹²⁰ NJA 1998 s. 462.

¹²¹ Grauers (2016) s. 47.

¹²² Se NJA 1984 s. 482.

¹²³ Westberg (2020) s. 130 f.

¹²⁴ Lindskog (2020) p. 2.1.3.

krav på tydlighet och ett förhöjt evidenskrav kan vara ett sätt där rättssäkerheten gynnas och där handeln inte påverkas negativt.

5. Typ av dokumentation

5.1 Möjligheten till ett elektroniskt avtal

Ett giltigt prorogationsavtal måste upprättats i skrift i enlighet med 10 kap. 16 § RB. Hur begreppet skriftlighet ska definieras har medfört utmaningar i och med att den elektroniska utvecklingen har medfört nya tillvägagångssätt för att sluta avtal. Problematiken framkommer i förhållande till om det skriftliga formkravet innebär att prorogationsavtalet ska ha kommit till uttryck i ett skriftligt dokument eller om det skriftliga formkravet även kan anses vara uppfyllt när avtalet dokumenteras elektroniskt.

Till följd av att 10 kap. 16 § RB avfattades i en tid när möjligheten till elektronisk kommunikation inte var påtänkt har det inte förts några resonemang i förarbetena angående hur det skriftliga avtalet ska dokumenteras. Däremot har diskussionen förts helt nyligen i förhållande till andra bestämmelser inom processrätten, främst med hänsyn till hur olika typer av handlingar ska kunna lämnas in till domstolen. Både stämningsansökningar och rättegångsfullmakter som måste förekomma i skriftlig form kan numera lämnas in digitalt till domstolen.¹²⁵ Likaledes kan också överklaganden till allmän förvaltningsdomstol skickas in på elektronisk väg.¹²⁶ I förhållande till vissa regleringar har det inte längre ansetts krävas ett skriftligt formkrav i andra fall har kravet behållits men med den förändringen att det skriftliga formkravet ska ges en teknikneutral innebörd.¹²⁷ Övergången till att tillåta elektroniska handlingar har motiverats med att erbjuda en mer okomplicerad vardag för medborgarna, en mer öppen förvaltning med högre kvalitet och effektivitet i verksamheten.¹²⁸ De uppräknade anledningarna skiljer sig åt jämfört med varför ett elektroniskt ingånget prorogationsavtal skulle tillåtas som istället huvudsakligen bör grundas på att avtalsparter ska kunna ingå avtal på det sätt de föredrar. Men tillåtandet av elektroniska rutiner har också baserats på att handlingen blir beständig, entydig och lättkommunicerad.¹²⁹ Ett sådant syfte är även ändamålsenligt i förhållande till prorogationsavtal. I flera av utredningarna har framhållits att

¹²⁵ Prop. 2019/20:189 s. 24.

¹²⁶ Prop. 2012/13:45 s. 172.

¹²⁷ Prop. 2012/13: 45 s. 50.

¹²⁸ Prop. 2019/20:189 s. 24.

¹²⁹ Ds 2003:29 s. 66, s. 93.

utgångspunkten inom processrätten bör vara att kravet på skriftlighet inte ska utgöra ett hinder för att använda elektroniska rutiner.¹³⁰ Det finns dock undantag, till exempel när användningen av elektroniska rutiner har förbjudits i förarbeten.¹³¹ Uppfattningen i FORMEL-utredningen är dock att huvuddelen av alla skriftkrav har tillkommit utan att det funnits funderingar på hur man skulle ställt sig till giltigheten av en elektroniskt kommunicerad handling. Förslaget från utredningens sida är att giltigheten av elektroniska handlingar inte ska baseras på de ursprungliga avsikterna med de enskilda bestämmelserna. Snarare ska utgångspunkten vara vilka syften som ligger bakom de olika reglerna.¹³²

Resonemangen från de olika utredningarna baseras huvudsakligen på när olika typer av handlingar ska skickas in till en myndighet. Den här typen av dokumentation skiljer sig åt i förhållande till avtal om prorogation. Men att flera typer av viktiga handlingar numera kan skickas in elektroniskt visar på en tillåtande inställning i förhållande till elektroniska rutiner. Det kan tala för att även ett prorogationsavtal skulle kunna ingås genom elektronisk kommunikation. Syftet med prorogationsavtalet är att parter ska erbjudas möjligheten att avtala om behörig domstol.¹³³ Med avtalsfriheten som grund borde även elektroniskt ingångna avtal vara tillåtna om parterna föredrar ett sådant tillvägagångssätt. Syftet med att infoga det skriftliga formkravet bottnade i en vilja att undvika att en tvist uppstod i en pågående tvist.¹³⁴ Så till vida att det elektroniskt ingångna avtalet kan bevaras på ett säkert sätt så borde elektroniska prorogationsavtal uppfylla syftet i lika stor grad som ett prorogationsavtal i pappersform.

Förhållandet mellan ett skriftligt formkrav och möjligheten till att ett sådant avtal sluts med hjälp av elektroniska rutiner har varit föremål för diskussion vid fastighetsöverlåtelse. I FORMEL-utredningen framkom ett antal förbehåll mot att elektronisk kommunikation skulle kunna tillåtas.¹³⁵ I en utredning utförd av Lantmäteriet några år senare bedömdes betänkligheterna inte längre vara aktuella. Dels anses elektroniska underskrifter inte längre vara ett hinder, dels anses det numera finnas lösningar för att långtidsarkivera och bevara elektroniska dokument.¹³⁶ Syftet med det skriftliga formkravet i 4 kap. 1 § JB ansågs vidare

¹³⁰ Ds 2003:29 s. 66; Prop. 2019/20:189 s. 49.

¹³¹ Ds 2003:29 s.66 f.; Prop. 2012/13: 45 s. 50.

¹³² Ds 2003:29 s. 93 f.

¹³³ SOU 1926:33 s. 27.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ds 2003:29 s. 58.

¹³⁶ Lantmäteriet, Fastighetsöverlåtelse i en digital tid, s. 22 f.

kunna uppfyllas genom elektroniskt ingångna avtal då avtalsvillkoren kan befästas på ett beständigt sätt. Det skriftliga formkravets syfte i form av att främja ett moget övervägande före ett avtalsslut kan dock vara något mer problematiskt i förhållande till elektronisk kommunikation enligt Lantmäteriet. Det kan finnas en ökad risk för förhastade beslut med hänsyn till att överlåtelseprocessen förenklas. Lantmäteriet anser emellertid att det finns stora möjligheter att i en elektronisk tjänst infoga olika typer av kontroller och varningar.¹³⁷ En sådan möjlighet kan däremot vara svår att infoga i förhållande till ett prorogationsavtal som antagligen i huvudsak inte kommer att slutas genom specifika tjänster. Samtidigt är det mogna övervägandet inte ett uttalat syfte när det kommer till prorogationsavtalets skriftliga formkrav.

För att en fastighetsöverlåtelse ska kunna ske med hjälp av en elektronisk rutin föreslås en lagändring av 4 kap. 1 § JB genomföras där det framgår att avtalet kan ingås elektroniskt.¹³⁸ Handlingar inom processrätten anses dock inte behöva en lagändring. I stället anses det räcka med ett generellt stadgande om att ett skriftligt formkrav ska ha en teknikneutral innebörd.¹³⁹ Det kan antas att prorogationsavtalet för att vara tillåtet elektroniskt ska omfattas av åtminstone ett stadgande om att skriftliga formkrav har en teknikneutral innebörd. Det som även talar för att det kan krävas en lagändring av 10 kap. 16 § RB är att ett prorogationsavtal ingås innan en domstol anlitas till skillnad från vad som är fallet vid domstolsärenden och handläggningsfrågor. Vid fastighetsöverlåtelser är det av stor vikt att överlåtelsen återfinns i en form som kan användas till ansökan om lagfart vilket kan innebära ett större behov av att den elektroniska rutinen regleras i lag jämfört med regleringen av prorogationsavtal.

I Bryssel I- förordningen har genom art. 25 (2) införts en möjlighet att ingå prorogationsavtal elektroniskt inom ramen för det skriftliga formkravet. För att ett elektroniskt ingånget avtal ska uppfylla kravet fordras att avtalet kan dokumenteras i en varaktig form. I EU-domstolen har bestämmelsen dock tolkats som att det inte krävs att avtalet faktiskt måste bevaras utan att det endast behöver finnas en möjlighet att bevara ett avtal genom den elektroniska rutin som används.¹⁴⁰

I New York konventionen har å andra sidan inte möjligheten att ingå elektroniska avtal infogats. Däremot tillåts uttryckligen avtal som tillkommit genom en utväxling av telegram.

¹³⁷ Ibid., s. 47 f.

¹³⁸ Ibid., s. 89.

¹³⁹ Prop. 2019/20:189 s.51.

¹⁴⁰ Dom av den 21 maj 2015, EL Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334, p. 34.

När New York konventionen trädde i kraft 1958 förekom inga funderingar på huruvida ett skriftligt avtal skulle kunna uppfyllas genom elektroniska rutiner. I den uppdaterade versionen av modellagen från 2006 tillåts uttryckligen skiljeavtal som har tillkommit på elektronisk väg. UNCITRAL har rekommenderat att art. II (2) i New York konventionen inte ska tolkas som att möjligheten till brev-eller telegramutväxling är en uttömmande reglering.¹⁴¹ Den här uppfattningen förefaller även vara utbredd inom doktrinen.¹⁴² Wolff anser att en sådan tolkning är förenlig med New York konventionen. Den engelska versionen av art. II (2) inbegriper ordet "include" vilket kan påvisa att även andra tillvägagångssätt för att sluta avtal än de som uppräknas ska kunna vara tillåtna. Wolff menar vidare att även syftet bakom New York konventionen kan vara förenlig med en sådan tolkning eftersom ett ändamål med New York konventionen är att möta den internationella handelns behov.¹⁴³

Även i förhållande till de internationella regleringarna framkommer ett behov av att kunna ingå avtal elektroniskt. I Bryssel I-förordningen har lösningen varit att genom lagstiftning inkludera elektroniskt ingångna avtal inom ramen för det skriftliga formkravet. I New York konventionen har ingen ändring av konventionen genomförts och det råder därmed viss oklarhet hur elektroniskt ingångna avtal förhåller sig till konventionen. Elektroniskt ingångna avtal legitimeras i doktrin genom New York konventionens ordalydelse och syfte. Man kan sluta sig till att ett skriftligt formkrav inverkar som en bromskloss i förhållande till elektroniskt ingångna avtal. Någon typ av legitimering krävs för att det ska vara tillåtet, men tillvägagångssätten skiljer sig åt. Det är möjligt att desto vanligare elektroniska avtal blir, desto mindre krävs för att ett elektroniskt avtal ska anses uppfylla kraven för ett skriftligt formkrav.

5.2 Typ av elektronisk form

Den elektroniska utvecklingen ger inte endast upphov till frågan om elektronisk kommunikation ska anses uppfylla det skriftliga formkravet. Dessutom tillkommer en gränsdragningsproblematik gällande vilken typ av elektronisk kommunikation som ska vara tillåten. Adlercreutz är av åsikten att ett skriftligt formkrav innebär att rättshandlingen ska ha

¹⁴¹ Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its thirty-ninth session.

¹⁴² Se Wolff (2019) s. 107 f.; Holtzmann och Neuman (2016) s. 64 f.; Alvarez (1999) s. 62; Born (2021) s. 716.

¹⁴³ Wolff (2019) s. 107, s. 118.

upprättats i ett dokument.¹⁴⁴ Hans ståndpunkt avslöjar inte om det också kan vara tillåtet med elektroniskt upprättade dokument men definitionen kanske däremot utesluter att avtal grundas på till exempel e-postmeddelanden. Högsta domstolen har i ett rättsfall framfört att innebörden av ett skriftlighetskrav är att det ska vara fråga om ett meddelande som är läsbart och som kommer till uttryck i en form som enkelt kan bevaras. Kravet har ansågs inkludera både publikationer på hemsidor och information i e-postmeddelanden.¹⁴⁵ Rättsfallet har använts som argument till varför ärenden till domstol ska kunna inlämnas elektroniskt.¹⁴⁶ Det som berörs i domen är dock ett skriftlighetskrav och inte ett skriftligt formkrav. Det kan antagligen ställas högre krav på hur ett skriftligt formkrav ska dokumenteras.

Magnus anser att regleringen i Bryssel I-förordningen innebär att avtal som sluts genom kommunikation via e-mail uppfyller de krav som uppställs i art. 25 (2) om elektronisk kommunikation.¹⁴⁷ I ett rättsfall godtog EU-domstolen att avtal slutits genom att en av parterna på en webbplats hade godkänt de allmänna villkoren genom ett elektroniskt klick. Det fanns möjlighet till att lagra och skriva ut de allmänna villkoren och därmed ansågs kraven i art. 25 (2) vara uppfyllda.¹⁴⁸ EU-domstolens bedömning påvisar en långtgående tolkning av hur det skriftliga formkravet genom elektronisk kommunikation kan slutas. Eftersom avtalet kan bevaras kan det fortfarande användas i form av bevis. Men syftet att det skriftliga formkravet ska ge uttryck för den gemensamma partsviljan, som uttryckts av EU-domstolen i flera rättsfall, kan riskeras om det räcker med ett klick för att ingå ett avtal. Det är ett agerande som i högre grad riskerar att en prorogationsklausul passerar omedvetet än om parterna får en skriftlig handling i sina händer.

Även i New York konventionen finns det stöd för att avtal inom ramen för art. II (2) kan ingås i form av e-mail. Trots att kommunikationsmedlet inte kan kategoriseras som brev eller telegram, vilka uttryckligen uppräknas i art. II (2), kan e-mail inkluderas i New York konventionen genom att de essentiella egenskaperna överensstämmer med telegrams egenskaper.¹⁴⁹ Born menar att art. II (2) kan inkludera all typ av elektronisk kommunikation som kan verifieras och bevaras.¹⁵⁰ Ett problem enligt Wolff är att det kan bidra till minskad

¹⁴⁴ Adlercreutz (2016) s. 75.

¹⁴⁵ NJA 2011 s. 83. Rättsfallet behandlar en skriftlig underrättelse om beslut enligt fastighetsbildningslagen.

¹⁴⁶ Prop. 2019/20:189 s. 50.

¹⁴⁷ Magnus (2016) s. 637; Se också Garcimartin (2015) s. 290.

¹⁴⁸ Dom av den 21 maj 2015, EL Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334. p. 40.

¹⁴⁹ Wolff (2018) s. 171.

¹⁵⁰ Born (2021) s. 731.

förutsebarhet eftersom det råder osäkerhet huruvida en viss typ av elektronisk kommunikation skulle komma att godkännas i en rättslig prövning.¹⁵¹

Det kan vara svårt att dra en gräns för vilka former av elektronisk kommunikation som ska vara tillåtna. En lösning är att tydligt reglera vilken elektronisk rutin som krävs för att ett avtal ska uppfylla kravet. Lantmäteriet föreslår i sin utredning ett sådant krav för när en fastighetsöverlåtelse ska anses vara genomförd i elektronisk form. Förslaget innebär ett krav på att handlingen som täcker överlåtelsen ska upprättas i form av ett elektroniskt original, till exempel med anledning av att avtalet ska bli slutligen fixerat. Lantmäteriet skriver dock att det finns en möjlighet att en fastighetsöverlåtelse också kan komma att dokumenteras i andra former i framtiden, till exempel i videoformat.¹⁵²

Digitaliseringen har i hög grad påverkat det skriftliga formkravets betydelse genom att tänja på dess omfattning. I utredningen inför den nya skiljelagen 1999 var ett argument för att inte införa ett skriftligt formkrav baserat på att den elektroniska kommunikationen urholkar ett sådant krav.¹⁵³ När även ett klick på en webbsida kan uppfylla ett skriftligt formkrav kan det mycket riktigt framstå som ett uttunnat krav. Samtidigt så innebär ett skriftligt formkrav som är urholkat fortfarande högre krav på att avtalet ska vara bevarat i viss form än om ett sådant krav inte alls existerar. Men i och med den elektroniska kommunikations intåg kan det skriftliga formkravet få minskad betydelse i förhållande till avtal utan ett sådant krav. Dessutom kommer en sådan eventuell skillnad säkerligen öka framöver. Hur ska då det svenska prorogationsavtalet förhållas till de olika typerna av elektronisk form? Först och främst behövs ett klagörande över hur prorogationsavtalet förhåller sig till elektronisk kommunikation generellt. Med anledning av att harmonisera med det skriftliga formkravets syfte och även med tanke på att prorogationsavtalet är ett processuellt avtal bör ett sådant avtal upprättas i ett elektroniskt original. Samtidigt så uppställs inte ett sådant krav i förhållande till prorogationsavtal som regleras i Bryssel I-förordningen. Den tillåtande tillämpningen som EU-domstolen har gett uttryck för kan bottna i en vilja att inte hindra olika typer av handelsmönster. Om elektroniskt ingångna avtal även kommer att godkännas i den svenska regleringen är det inte omöjligt att man även här vill undvika att detaljreglera hur avtalsparter ska ingå sina avtal. Fastighetsöverlåtelser sker antagligen i högre grad i en kontext där avtalsparterna inte är vana vid att ingå den typen av avtal jämfört med parter som

¹⁵¹ Wolff (2019) s. 108.

¹⁵² Lantmäteriet, Fastighetsöverlåtelser i en digital tid s. 49 f.

¹⁵³ SOU 1994:81 s. 97.

avtalar om en prorogationsklausul. En sådan skillnad kan innebära ökade incitament för att begränsa hur fastighetsöverlåtelse kan genomföras på elektronisk väg.

6. Skriftliga formkravets underliggande krav

6.1 Avtalets ingående

Enligt AvtL så kommer ett avtal till stånd genom ett anbud som efterföljs av en accept.¹⁵⁴ Det skriftliga formkravet är dock undantaget från lagens tillämpningsområden i enlighet med 1 § 3 st. AvtL. Kan ett prorogationsavtal trots det skriftliga formkravet ingås i enlighet med anbud och acceptmodellen? Dennemark menar att de handelsmönster vari prorogationsavtal sluts baseras på att avtalet upprättas av en part och godkänns av den andra parten.¹⁵⁵ Högsta domstolen har också godkänt prorogationsklausuler som har upprättats av endast den ena parten.¹⁵⁶ Det kan alltså antas att en prorogationsklausul inte behöver upprättas gemensamt av parterna, utan kan erbjudas av en part och accepteras av den andra. Frågan är dock när bundenhet uppstår. Enligt 1 § AvtL är ett anbud bindande för den avgivande parten. Regleringen innebär att en part blir ensidigt bunden under en viss tid eller till dess att motparten har accepterat eller avslagit anbudet. Den här formen av bundenhet kallas löftesprincipen.¹⁵⁷ En annan princip för att avgöra när bundenhet uppkommer är kontraktsprincipen. Bundenhet uppstår därmed samtidigt för parterna. Enligt Ramberg gäller denna princip till exempel i förhållande till en fastighetsöverlåtelse.¹⁵⁸ Vid en fastighetsöverlåtelse är parterna gemensamt bundna först när avtalet är undertecknat. I internationell rätt används kontraktsprincipen ofta genom att ett anbud blir bindande först när en accept kommer till stånd.¹⁵⁹ När är då parterna att anse som bundna i förhållande till ett prorogationsavtal? Westberg skriver att bundenhet uppstår först genom ett upprättande och undertecknande av prorogationsavtalet.¹⁶⁰ Att bundenhet uppstår genom underskrift stämmer överens med hur bundenhet uppkommer vid fastighetsöverlåtelse. En skillnad är dock att det inte råder samma självklarhet huruvida en underskrift även krävs i förhållande till ett giltigt prorogationsavtal.¹⁶¹ Om ett prorogationsavtal inte kräver en underskrift är frågan när

¹⁵⁴ Ramberg (2019) s. 94; Adlercreutz (2016) s. 78.

¹⁵⁵ Dennemark (1961) s. 254.

¹⁵⁶ NJA 1969 s. 529.

¹⁵⁷ Ramberg (2019) s. 99; Adlercreutz (2016) s. 87.

¹⁵⁸ Ramberg (2019) s. 99.

¹⁵⁹ Se till exempel CISG part II art. 16 (1).

¹⁶⁰ Westberg (2020) s. 133.

¹⁶¹ Prorogationsavtalets skriftliga formkrav i förhållande till krav på underskrift behandlas i kap. 6.2.

bundenhet ska anses inträda. Westberg nämner att ett dokument ska ha upprättats för att bundenhet ska uppstå. Ett problem i praktiken kan dock bli att fastställa när ett dokument har upprättats eftersom en prorogationsklausul ofta upprättas av en part och accepteras av den andra. För att undvika ovisshet är det mest fördelaktigt att upprätta ett dokument som ska signeras av parterna. Hur bundenhet av ett skiljeavtal uppstår ska bestämmas i enlighet med allmänna avtalsrättsliga principer.¹⁶² Det innebär att till skillnad från prorogationsavtalet ingås ett giltigt skiljeavtal i enlighet med löftesprincipen.

En ytterligare frågeställning är hur ett avtal som ingås muntligen men som skrivs ned i skrift förhåller sig till det skriftliga formkravet. Av lydelsen i 10 kap. 16 § RB kan det argumenteras för att så till vida överenskommelsen finns dokumenterad i skrift är det ovidkommande hur avtalet dessförinnan har förhandlats. Westberg skriver att med hänsyn till hur syftet med det skriftliga formkravet uttrycks i förhållande till prorogationsavtalet behöver inte avtalet förhandlas fram skriftligen. Förhandlingen av prorogationsklausler kan ske i muntlig form. Det är dock inte fråga om ett bindande avtal förrän prorogationsklausulen är upprättad i skrift.¹⁶³ Syftet med det skriftliga formkravet är att undvika en tvist i en redan befintlig tvist. Det här syftet kan vara en anledning till att även inkludera hur avtalet har kommit till stånd genom att uppställa krav på skriftlig förhandling. En sådan tolkning skulle dock göra det skriftliga formkravet mycket omfattande och i hög grad komplicera och begränsa ingåendet av avtal.

I Bryssel I-förordningen art. 25 (1 a) görs en åtskillnad mellan att ingå ett prorogationsavtal skriftligen och att ingå ett prorogationsavtal muntligen som sedan skriftligen bekräftas. Båda tillvägagångssätten är tillåtna. I EU-domstolen har ett fall upptagits som behandlar ett prorogationsavtal som slutits muntligt. I rättsfallet hade en part som var hemmahörande i Frankrike och en part med hemvist i Tyskland slutit ett skriftligt avtal. Avtalet innehöll en prorogationsklausul som stadgade att domstolarna i Frankrike skulle vara behöriga att döma i en eventuell tvist. Dock kom parterna vid ett senare tillfälle överens om att det behöriga domstolslandet i stället skulle vara Tyskland. Den tyska avtalsparten skickade därefter ett skriftligt dokument till motparten innehållandes en redogörelse över vad som muntligen hade blivit överenskommet. Handlingen mottogs av fransmannen som dock inte besvarade eller på annat sätt agerade med anledning av dokumentet. EU-domstolen slog fast att ett giltigt

¹⁶² Heuman (1999) s. 51; Fitger (2020) kommentar till 10 kap. 16 §; Lindskog (2020) 2.1.1; Westberg (2020) s. 130 f.; NJA 2015 s. 991.

¹⁶³ Westberg (2020) s. 133.

prorogationsavtal hade ingåtts på den grunden att det ingåtts ett muntligt avtal mellan parterna som sedan skriftligen hade bekräftats. Eftersom motparten inte hade protesterat inom en skälig tidsram ansågs ett samtycke mellan parterna gällande prorogationsklausulens nya formulering föreligga.¹⁶⁴ I rättsfallet framkommer att andra krav uppställs på hur avtalet ska framkomma i skrift om det har föregåtts av en muntlig överenskommelse. Det krävs endast en skriftlig bekräftelse från en av parterna.¹⁶⁵ I ett ytterligare rättsfall från EU-domstolen framkommer att prorogationsklausulen endast är giltig om den uttryckligen har uppmärksammats i det muntliga avtalet.¹⁶⁶ Det har föreslagits att den skriftliga bekräftelsen måste inkomma inom skälig tid efter att det muntliga avtalet har ingåtts.¹⁶⁷

I EU-domstolen uppställs olika krav beroende på om det är ett skriftligt avtal eller en skriftlig bekräftelse. Att det svenska prorogationsavtalet kan förhandlas fram muntligen bör vara tillåtet men med begränsningen att det endast rör sig om förhandling och inte om ett muntligt avtal. Det bör inte heller medföra någon skillnad i vilka krav som ställs på hur avtalet ska komma till uttryck i skrift. Ett skriftligt formkrav kan inte likställas med en skriftlig bekräftelse.

6.2 Skriftliga formkravets samband med underskrift

I svensk rätt uppställs i 10 kap. 16 § RB ett krav på att prorogationsavtal ska ha kommit till uttryck i skrift. Det framgår dock inte huruvida det skrivna prorogationsavtalet också ska innefatta parternas underskrift. För att tillgodose det skriftliga formkravet krävs enligt Adlercreutz att den skriftliga handlingen har undertecknats åtminstone av den som genomför en överlåtelse eller en upplåtelse.¹⁶⁸ Adlercreutz sammanfogar därmed det skriftliga formkravet med ett krav på underskrift. Adlercreutz betoning på att åtminstone överlåtaren/upplåtaren ska skriva under avtalet kan tyda på att signaturen syftar till att bevisa partens vilja att ingå ett avtal med betungande avtalsvillkor. Utifrån Adlercreutz ståndpunkt borde därmed prorogationsavtalet skrivas under för att uppfylla kraven i 10 kap. 16 § RB. Det är dock inte fråga om en överlåtelse eller en upplåtelse men eftersom en prorogationsklausul påverkar parternas domstolsprövning kan det tänkas att åtminstone den part som ska bekräfta motpartens förslag ska skriva under.

¹⁶⁴ Dom av den 11 juli 1985, Berghoefer, C-221/84, EU:C:1985:337, p. 14.

¹⁶⁵ Magnus (2016) s. 641.

¹⁶⁶ Dom av den 27 september 1968, Tilly Russ, C- 71/83, EU:C:1984:217, p. 17.

¹⁶⁷ Magnus (2016) s. 642 f.

¹⁶⁸ Adlercreutz (2016) s. 75.

Ramberg menar däremot att ett krav på undertecknande kan men inte behöver vara kopplat till ett skriftligt formkrav. Huruvida det finns ett samband mellan det skriftliga formkravet och kravet på underskrift beror på det bakomliggande syftet i den specifika regleringen. Om ändamålet med ett skriftligt formkrav är att reducera situationer när parterna inte får viss information är det inte nödvändigt att dessutom kräva en signatur. Om syftet med det skriftliga formkravet däremot är att ett moget övervägande ska föregå ett avtalsslut är det vanligt att också uppställa ett krav på underskrift.¹⁶⁹ Utifrån Rambergs resonemang är det närmast till hands att prorogationsavtalets syfte, undvikande av tvister i tvisten, inte kräver en signatur. I FORMEL-utredningen berördes förekomsten av implicita formkrav. Ståndpunkten i utredningen är att det förekommer flera bestämmelser vari det inte uttryckligen uppställs ett formkrav men som i praktiken anses innefatta ett visst krav på form. Ett exempel är att det skriftliga formkravet i en del fall anses innebära ett krav på signatur trots att det inte uttryckligen framkommer i lagstiftningen.¹⁷⁰

Dennemark är av åsikten att det skriftliga formkravet för prorogationsavtalet inte medför att avtalet behöver vara gemensamt underskrivet. En annan uppfattning om saken skulle medföra ett uppenbart missgynnande av affärlivet. I praktiken ingås prorogationsavtal ofta genom att den ena parten accepterar en av den andra parten tryckt handling vilket enligt Dennemark hindrar att avtalet ska undertecknas av båda parter. Av Dennemarks resonemang framkommer dock inte om ett krav kan ställas på att parterna ska underteckna var sin handling även om det inte är samma dokument.¹⁷¹ Westberg intar en annan uppfattning om vilka krav som ska uppställas på ett giltigt prorogationsavtal. Westberg väljer att inte bygga sin argumentation på prorogationsavtalets bakomliggande handlingsmönster utan tar i stället utgångspunkt i det skriftliga formkravets syfte. Ändamålet bakom prorogationsavtalets skriftliga formkrav är att undvika tvister i en redan befintlig tvist. För att syftet ska uppfyllas menar Westberg att ett krav på att parterna har undertecknat avtalet ska föreligga. Parternas undertecknande av avtalet syftar till att ge uttryck för parternas gemensamma vilja.¹⁷² De två olika ståndpunkterna kan sägas ge uttryck för två olika värden, å ena sidan att gynna handeln, å andra sidan att gynna parternas rättssäkerhet. För att det skriftliga formkravet verkligen ska få effekt kan det antas vara en bra idé att kräva en underskrift. Därigenom framgår tydligt att parterna har godkänt avtalet. Men ett undvikande av processer i processen kan kanske

¹⁶⁹ Ramberg (2019) s. 129.

¹⁷⁰ Ds 2003:29 s. 61 f.

¹⁷¹ Dennemark (1961) s. 254 f.

¹⁷² Westberg (2020) s. 132.

kringgås redan genom ett upprättat dokument så till vida att det inte är tvistigt huruvida avtalet överhuvudtaget är gällande mellan parterna.

Det framkommer inte i 10 kap. 16 § RB huruvida en underskrift krävs för ett giltigt prorogationsavtal. Om ett krav på underskrift ändå ska anses föreligga kan det bidra till en situation där avtalsparterna tror att avtalet är giltigt men som i en domstolsprövning inte visar sig vara det. I flera andra situationer utskrivs uttryckligen när en underskrift är nödvändig, till exempel i 4 kap. 1 § JB. Vahlén skriver att förekomsten av formfel är oundvikligt vid alla typer av formföreskrifter. För att så långt som möjligt undvika den här problematiken är det enligt Vahlén av särskild betydelse att formföreskrifterna uttrycks klart och otvetydigt.¹⁷³ Därav kan det argumenteras för att det inte borde uppställas ett krav på att ett prorogationsavtal ska vara underskrivet eftersom det inte framkommer i lag eller av förarbeten.

I Bryssel I-förordningen art. 25 (1) uppställs inte heller ett uttryckligt krav på att det skriftliga prorogationsavtalet behöver en underskrift av parterna för att vara giltigt. Pålsson skriver att det skriftliga formkravet inte medför att prorogationsavtalet måste undertecknas av parterna. Om parternas vilja att ingå ett prorogationsavtal framkommer i en utväxling av brev eller telegram är det tillräckligt. Om det står klart varifrån den utväxlade dokumentationen härrör krävs inte att de var för sig är undertecknande.¹⁷⁴ Magnus och Garcimartin betonar att utgångspunkten ska vara att det krävs en underskrift för att det ska vara fråga om ett giltigt prorogationsavtal.¹⁷⁵ Magnus menar dock att vid telegram och telefax som inte tillåter en handskriven underskrift är det fortfarande fråga om ett giltigt prorogationsavtal förutsatt att personen bakom dokumenten kan identifieras. Däremot anser Magnus att det skriftliga formkravet inte är uppfyllt om endast en av parterna skriver under avtalet.¹⁷⁶ Utgångspunkten tycks vara att prorogationsavtalet ska vara undertecknat även om det inte är påkallat i alla situationer.

I New York konventionen däremot uppställs i art. II (2) ett uttryckligt krav på att det skriftliga avtalet innehållandes en skiljeklausul ska vara underskrivet av parterna. En fråga som har varit föremål för diskussion gällande New York konventionens krav på underskrift är huruvida möjligheten till att ingå ett skiljeavtal genom en utväxling av brev eller telegram

¹⁷³ Vahlén (1951) s. 49.

¹⁷⁴ Pålsson (2008) s. 216 f.

¹⁷⁵ Garcimartin (2015) s. 288.

¹⁷⁶ Magnus (2016) s. 636.

också ska kräva parternas underskrift. I doktrin är den dominerande åsikten att det framgår direkt av ordalydelsen att kravet på underskrift endast hänvisar till det skriftliga avtalet och inte till avtal som sluts genom en utväxling av brev eller telegram.¹⁷⁷ När parternas viljor överensstämmer får det betydelse som bevis på att avtalsinnehållet speglar parternas gemensamma vilja och därmed framstår en underskrift som överflödig.¹⁷⁸ I vissa nationella domstolar har dock ett krav på underskrift även ansetts föreligga vid en utväxling av brev eller telegram.¹⁷⁹ I de nationella domstolarna har även olika tolkningar gjorts vad gäller synen på det skriftliga formkravet i stort. Skiljeavtal som är ingångna under New York konventionen har bedömts vara tillåtna trots avsaknaden av en underskrift eftersom avtalets giltighet har baserats på olika legala doktriner. Ett sådant angreppssätt har varit att utgå ifrån parternas intentioner och principen om god tro.¹⁸⁰ En part kan då bli bunden genom att agera som att kontraktet är slutet eller genom ageranden som sker under avtalsförhandlingarna. Partens handlande ska antingen tydligt visa på partens vilja att ingå avtalet eller att den andra parten fått en berättigad uppfattning om att den andra parten ville bli bunden av kontraktet.¹⁸¹ Det skriftliga formkravet i New York konventionen påvisar att regleringen av ett krav på undertecknande kan tolkas på olika sätt. Här uppdragas också en problematik i form av möjligheten att utnyttja en avtalsrelation då alla formkrav inte är uppfyllda. För att inte underminera kravet på undertecknande skulle en lösning i förhållande till det svenska prorogationsavtalet vara att bedöma avtalet som ogiltigt men att det föreligger culpa in contrahendo.

För att en giltig fastighetsöverlåtelse ska komma till stånd krävs i enlighet med 4 kap. 1 § JB en underskrift av parterna. Det har dock inte alltid varit självklart att båda parterna ska signera avtalet. Kravet på parternas gemensamma underskrift infördes först genom 1970 års jordabalk, dessförinnan krävdes endast att säljaren skrev under köpebrevet.¹⁸² I 1912 års förslag till jordabalk ansågs köparens underskrift inte vara nödvändig. Köparen ska betala en viss summa vid ett fastighetsköp vilket principiellt sett inte ansågs skilja sig från förfarandet som finns vid lös egendom där det i huvudregel inte uppställs ett skriftligt formkrav.¹⁸³ I 1947 års förslag till ny jordabalk ansågs däremot även köparens underskrift vara påkallad.

¹⁷⁷ Berg van den (1981) s. 194; Gaillard och Berman (2017) s. 64; Born (2021) s. 722.

¹⁷⁸ Berg van den (1981) s. 194.

¹⁷⁹ Gaillard och Berman (2017) s. 64

¹⁸⁰ Schramm (2010) s. 65 f.; Gaillard och Berman (2017) s. 46; Holtzmann och Neuhaus (2015) s. 52.

¹⁸¹ Schramm (2010) s. 65 f.

¹⁸² Westerlind (1971) s. 247 f.

¹⁸³ SOU 1912:1 s. 156.

Anledningen till att utredningen ville införa ett krav på köparens underskrift bottnade i underskriftens betydelse som bevisunderlag. Utredningen ansåg att utan köparens underskrift fick köpets tillkomst styrkas utifrån samma principer som vid en muntlig överenskommelse. Köparens underskrift ansågs vidare påkallad eftersom det för köparen inte alltid är lätt att bedöma egendomens värde samt att köparen emellanåt tillställs långtgående förpliktelser gentemot säljaren.¹⁸⁴ Resonemanget om underskriftens viktiga roll för den skriftliga handlingens bevisvärde kan också appliceras i förhållande till prorogationsavtalet. Eftersom det skriftliga formkravet syftar till att undvika ovisshet kan det argumenteras för att det i största mån undviks genom att parterna signerar prorogationsavtalet. Parternas underskrift innebär ett bevis på att parterna faktiskt har ingått det aktuella avtalet. Huruvida ett krav faktiskt kan ställas på att prorogationsavtalet ska vara undertecknat får dock anses oklart.

6.3 En elektronisk underskrifts giltighet

Digitaliseringen i samhället har medfört nya tillvägagångssätt för att sluta avtal. Den här utvecklingen innebär att det behöver redas ut hur ett krav på underskrift ska hanteras i förhållande till avtal som ingås genom elektronisk kommunikation.

I 17 § i lag (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer erbjuds möjligheten att ersätta en handskreven namnteckning med en kvalificerad elektronisk signatur som identifieringsmedel.¹⁸⁵ Nyttjandet av en elektronisk signatur kan dels vara tillåten genom att det uttryckligen anges i en viss bestämmelse att en sådan signatur får användas, dels om det i rättstillämpningen har ansetts tillåtet att ersätta kravet på underskrift med en elektronisk signatur.¹⁸⁶ Utgångspunkten är dock att det inte är möjligt att ersätta en handskreven signatur med en elektronisk sådan. I stället behöver anpassningar genomföras för att en sådan underskrift ska vara tillåten.¹⁸⁷ Ett förslag på lösning från regeringens sida har varit att ansökningar som ska inlämnas till domstol genom en generell bestämmelse även får skrivas under elektroniskt.¹⁸⁸ FORMEL-utredningen anser att när det kommer till bestämmelser med implicita krav på underskrift så behöver ingen ändring genomföras för att elektroniska underskrifter ska kunna tillåtas.¹⁸⁹ Ett sådant angreppssätt innebära att om det föreligger ett

¹⁸⁴ SOU 1947:38 s. 153.

¹⁸⁵ Lagen är en offentlighetsreglering.

¹⁸⁶ Prop. 1999/2000:177 s. 78.

¹⁸⁷ Ds 2003:29 s. 90; Prop. 1999/2000:177 s. 78.

¹⁸⁸ Prop. 2019/20:189 s. 33 f.

¹⁸⁹ Ds 2003:29 s. 90.

krav på att prorogationsavtalet ska vara undertecknat så behöver det inte genomföras några ändringar eftersom ett krav på underskrift inte framkommer i lag. Däremot kanske det finns ett behov av att reglera vilka krav som ska uppställas för att en elektronisk signering ska vara tillåten, till exempel att den ska vara av avancerat slag.¹⁹⁰

En elektronisk underskrift anses inte vara tillåten vid fastighetsöverlåtelser i enlighet med 4 kap. 1 § JB. Uppfattningen är att det skriftliga formkravet måste anpassas för att underskrifter med hjälp av elektroniska rutiner ska vara möjliga.¹⁹¹ Syftet med kravet på underskrift har dock bedömts kunna uppfyllas även om elektronisk signering tillåts. En underskrift som tillkommit på elektronisk väg har på många sätt bedömts vara både säkrare och mer lämplig ur bevissynpunkt. Dels med hänsyn till möjligheten att kunna sammankoppla en viss person till en specifik rättshandling, dels genom att säkra bevisning om överlåtelserns tillkomst. Däremot kan möjligheten till att signera avtal elektroniskt medföra en ökad risk för att personer ingår avtal som i högre grad är oöverlagda eftersom den elektroniska rutinen förenklar processen. En sådan farhåga kan reduceras genom exempelvis upplysningsmeddelanden i den e-tjänst där avtalet för fastighetsöverlåtelser ska signeras.¹⁹²

Sedan New York Konventionen trädde i kraft 1958 har inga redaktionella ändringar genomförts. Konventionen kom till i en tid när möjligheten till en elektronisk underskrift inte var föremål för några resonemang. Wolff anser att innebörden i kravet på underskrift i New York konventionens art. II (2) kan ha blivit uppdaterad genom den definition av en signatur som framkommer i art. 9 (3) i ECC.¹⁹³ I bestämmelsen stadgas att elektronisk kommunikation är att likställas med en underskrift, förutsatt att parternas identitet och avsikt kan fastställas med en metod som är tillförlitlig. Enligt Wolff ligger svårigheten inte i att definiera vad som kan räknas som en elektronisk underskrift utan huruvida definitionen i ECC ska påverka tolkningen av New York konventionen, något som inte är klarlagt.¹⁹⁴

Viss oklarhet råder i förhållande till hur regleringar som tillkom innan den elektroniska kommunikationens intåg ska tolkas. Men eftersom det för prorogationsavtalet inte uttryckligen stadgas ett krav på underskrift är det också möjligt att det inte finns något hinder mot att avtalet signeras elektroniskt. Syftet med prorogationsavtalets skriftliga formkrav är att

¹⁹⁰ De krav som uppställs på elektroniska underskrifter behandlas inte vidare i uppsatsen.

¹⁹¹ Ds 2003:29 s. 87; Lantmäteriet, Fastighetsöverlåtelser i en digital tid, s. 56.

¹⁹² Lantmäteriet, Fastighetsöverlåtelser i en digital tid, s. 66 f.

¹⁹³ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts.

¹⁹⁴ Wolff (2019) s. 107 f.

minska förekomsten av tvister i tvisten. En elektronisk underskrift kan om den genomförs på rätt vara minst lika tillförlitlig som en underskrift på ett papper.

7. Klausulens synlighet

7.1 Referens till standardavtal

Idag är det mycket vanligt att använda sig av standardavtal. För att ett standardavtal ska införlivas i parternas huvudavtal är det i allmänhet tillräckligt att använda sig av en referensklausul. En klausul som syftar till att göra standardavtalet till avtalsinnehåll ska dels vara utformad på ett lättförståeligt sätt, dels placerad på en lättillgänglig plats i huvudavtalet.¹⁹⁵ Motparten ska ha fått kännedom om eventuella standardvillkor innan avtalets ingående. Det krävs att skäligen åtgärder har vidtagits för att uppmärksamma motparten på villkoren senast vid avtalsslutet.¹⁹⁶ Vad som i praktiken utgör skäligen åtgärder är oklart men det krävs mindre ansträngning om det är fråga om ett kommersiellt avtalsförhållande. Motparten behöver däremot inte ha tagit del av standardavtalet för att det ska bli införlivat med huvudavtalet.¹⁹⁷

Standardavtalen innefattar ofta klausuler som förordar om hur en eventuell framtida tvist mellan parterna ska regleras. Frågan är om prorogationsavtalets skriftliga formkrav påverkar hur ett standardavtal innehållandes en sådan klausul kan bli en del av avtalet. Det ges varken i förarbeten eller i 10 kap. 16 § RB någon indikation på att det ska krävas att prorogationsavtalet upprättas i ett särskilt dokument. I doktrinen är slutsatsen att det inte kan krävas ett sådant särskilt upprättande.¹⁹⁸ Ett sådant ställningstagande möjliggör användningen av standardavtal. Westberg ställer sig dock tveksam till om en allmänt hållen referensklausul som saknar en hänvisning till den prorogationsklausul som återfinns i standardavtalet är tillräckligt. Enligt Westberg bör det eventuellt krävas att det i referensklausulen framkommer vilken tvistlösningsreglering som uppställs i standardavtalet.¹⁹⁹

Det framgår inte av Westbergs resonemang varför ett sådant krav möjligen bör uppställas. En anledning kan vara att om prorogationsklausulen uttryckligen framkommer i huvudavtalet

¹⁹⁵ Ramberg (2019) s. 172.

¹⁹⁶ NJA 2011 s. 600.

¹⁹⁷ Bernitz (2018) s. 62 f.

¹⁹⁸ Dennemark (1961) s. 255; Westberg (2020) s. 133.

¹⁹⁹ Westberg (2020) s. 135.

genom referensklausulen kan det vara enklare att argumentera för att prorogationsklausulen slutits inom ramen för det skriftliga avtal som parterna skrivit under. Ett skärpt krav på referensklausulens lydelse kan också bero på den inverkan en prorogationsklausul kan ha på ett domstolsförfarande. Därav kan prorogationsklausulen framstå som en tyngande klausul. Det finns en huvudregel som innebär att vid särskilt tyngande standardvillkor ska motparten ha uppmärksammats särskilt.²⁰⁰ När det gäller skiljeavtal så har synen på den här typen av avtal som tyngande villkor förändrats. I ett rättsfall i Högsta domstolen hade en hänvisning till ett standardavtal innehållandes en skiljeklausul gjorts i en orderbekräftelse som motparten inte tog del av. Referensklausulen var allmänt hållen och det framkom därmed inte av klausulen att standardavtalet innehöll den aktuella tvistlösningsmetoden. Högsta domstolen ansåg att skiljeklausulen var gällande mellan parterna trots att motparten innan avtalsslutet inte var medveten om att standardavtalet hade infogats i avtalet. Utgången av domen baserades på att motparten var näringsidkare, inte befann sig i en underlägsen ställning samt lätt hade kunnat få tillgång till innehållet i standardavtalet. Dessutom ansågs en skiljeklausul inte vara betungande eller överraskande.²⁰¹ Den här domen förändrade rättsläget då det tidigare hade krävts att motparten var medveten om standardavtalet och dess skiljeklausul.²⁰² Förändringen av rättsläget kan bero på att skiljeklausulen som tvistlösningsmetod har blivit allt vanligare. I ett senare hovrättsfall har dock bedömningen nyanserats genom att en mindre sträng bedömning ska kunna göras i förhållande till näringsidkare som endast besitter en begränsad kunskap av skiljeklausuler och standardavtal.²⁰³

Eftersom en skiljeklausul inte anses vara betungande talar det för att inte heller en prorogationsklausul är betungande. Skiljeklausul som tvistlösningsmetod är mer ingripande i rätten till en domstolsprövning i förhållande till avtal innehållandes en prorogationsklausul. Dock skulle en prorogationsklausul som hänvisar till en utländsk domstol antagligen anses vara mer betungande än en hänvisning till en svensk domstol. En prorogationsklausul skulle möjligvis kunna framstå som mer överraskande eftersom skiljeavtalet är mer vanligt förekommande.

I det ovan angivna rättsfallet godkändes en referens till ett standardvillkor innehållandes en skiljeklausul trots att referensklausulen var allmänt hållen. Vilken typ av hänvisning som krävs när en prorogationsklausul inte framkommer i huvudavtalet fastställs inte i Bryssel I-

²⁰⁰ Bernitz (2018) s. 71.

²⁰¹ NJA 1980 s. 46.

²⁰² NJA 1949 s. 609; NJA 1969 s. 285.

²⁰³ RH 2012:8.

förordningen art. 25 (1). Den här omständigheten har dock varit föremål för prövning av EU-domstolen.²⁰⁴ I rättsfallet hade en prorogationsklausul intagits i de allmänna försäljningsvillkoren som återfanns i tryck på baksidan av parternas avtal. EU-domstolen fastslog att det skriftliga formkravet endast är uppfyllt om det i parternas avtal finns en uttrycklig hänvisning till de allmänna försäljningsvillkoren.²⁰⁵ Av rättsfallet framgår att det krävs en referens i huvudavtalet till de villkor där en prorogationsklausul är infogad. Däremot krävde EU-domstolen inte att referensklausulen specifikt skulle hänvisa till prorogationsklausulen. Magnus skriver att de krav som EU-domstolen uppställer syftar till att en normalt uppmärksam person inte ska missa att avtalet inkluderar en prorogationsklausul. Magnus räknar vidare upp ett antal situationer som utifrån EU-domstolens resonemang inte kan anses tillräckliga för att prorogationsklausulen ska ha blivit en del av avtalet. En prorogationsklausul bör inte bli en del av avtalet dels när det finns en referens i huvudavtalet till standardavtalet men där avtalet inte enkelt kan sökas upp av motparten, dels när standardvillkor som är skrivna på baksidan av en orderbekräftelse tillkommer efter att avtalet har ingåtts.²⁰⁶ EU-domstolens rättsfall har alltså tolkats som att prorogationsklausulen inte måste återfinnas på baksidan av huvudavtalet utan att det dessutom är tillräckligt att den figurerar i ett separat dokument.

I New York konventionen art. II framkommer inte heller huruvida en skiljeklausul som inte förekommer i huvudavtalet ändå kan bli en del av parternas avtal genom en hänvisning. ICCA anser att den bästa lösningen för att lösa oklarheten är att en bedömning görs från fall till fall. Desto mindre erfaren en part är, desto högre krav ska ställas på hur tydlig en hänvisning ska utformas. Ett huvudavtal som uttryckligen hänvisar till en skiljeklausul överensstämmer enligt ICCA i högre grad med New York konventionen jämfört med en klausul som är allmänt hållen.²⁰⁷ Enligt van den Berg kan standardvillkor innehållandes en skiljeklausul som återfinns på baksidan av ett huvudavtal uppfylla det skriftliga formkravet om det finns en referensklausul som i generella ordalag hänvisar till villkoren.²⁰⁸ Den här uppfattningen överensstämmer med den bedömningen som EU-domstolen gjorde angående en prorogationsklausul i ett standardvillkor på baksidan av ett avtal. När det däremot handlar om standardvillkor som förekommer i separata dokument beror dess införlivning i ett avtal i

²⁰⁴ Idag finns det fler tillvägagångssätt för att ingå ett prorogationsavtal genom Bryssel I-förordningen som skulle kunna innebära att ett annan bedömning gjorts idag.

²⁰⁵ Dom av den 14 december 1976, Salotti, C- 24-76, EU:C:1976:177, p. 10.

²⁰⁶ Magnus (2016) s. 638 f.; Se också Garcimartin (2015) s. 289.

²⁰⁷ ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention, s. 46 f.

²⁰⁸ Berg van den (1981) s. 215 f.

högre grad på referensklausulens utformning. Om det i referensklausulen uttryckligen framkommer att det finns en skiljeklausul i standardvillkoren anser van den Berg att syftet med art. II i New York konventionen är uppfyllt eftersom den andra parten därmed blir uppmärksam på förekomsten av skiljeklausulen. Även utifrån ordalydelsen i art. II (2) borde en specifik referens vara tillåten eftersom skiljeklausulen därmed framkommer i den del av avtalet som signeras av parterna anser van den Berg. Om referensklausulen däremot endast uttrycks i generella termer är det skriftliga formkravet inte uppfyllt, eftersom motparten inte är medveten om klausulen och inte heller har möjlighet eller förväntas undersöka referensen vidare.²⁰⁹ Det är dock omstritt huruvida allmänt hållna referenser ska anses vara tillåtna i förhållande till art. II i New York konventionen. Det finns till exempel en uppfattning om att den allmänt hållna referens är tillåten när parterna är väl förtrogna med vad de refererade villkoren innehåller.²¹⁰ Dessutom har kraven på hur en referens ska utformas varierat när de nationella domstolarna ska bedöma ett skiljeavtal utifrån New York konventionen. Somliga domstolar har uppställt ett krav på att skiljeklausulens existens ska framgå redan i referensklausulen medan andra domstolar endast har ställt upp ett krav på att det ska finnas en allmänt hållen referens till de villkor som inkluderar en skiljeklausul men med kravet att standardvillkoren ska vara lättillgängliga.²¹¹

Till skillnad från New York konventionen tillåter modellagen i art. 7 (6) uttryckligen skiljeklausuler som har inkorporerats i huvudavtalet genom en referens. Det här tillvägagångssättet var tillåtet redan i 1985 års version av modellagen. För att hänvisningen ska anses vara tillräcklig krävs enligt art. 7 (6) att referensen är avsedd att göra skiljeklausulen till en del av avtalet. Enligt Holtzmann och Neuhaus innebär det uppställda kravet antagligen att det dokumentet som referensklausulen hänvisar till ska ha varit avsett för att bli inkorporerat i kontraktet och inte endast ska ha tillförts med syftet att vara bakgrundsmaterial.²¹² Hur referensklausulen ska formuleras i förhållande till skiljeklausulen ska avgöras utifrån de kontraktsrättsliga regler som är tillämpbara i det enskilda fallet.²¹³ Redan i arbetet inför 1985 års version av modellagen uttalades i arbetsgruppen att det inte krävs att skiljeklausulen omnämns i referensklausulen.²¹⁴

²⁰⁹ Berg van den (1981) s. 215 f.

²¹⁰ Alvarez (1999) s. 76.

²¹¹ Holtzmann och Neuhaus (2015) s. 128 f.

²¹² Holtzmann och Neuhaus (2015) s. 44.

²¹³ Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, s. 5; A/CN.9/592, p. 71, p. 138.

²¹⁴ A/CN.9/246, p. 19.

Ett skriftligt formkrav verkar inte hindra förekomsten av tvistlösningsklausuler som framkommer i standardavtal förutsatt att en hänvisning gjorts. Om det skriftliga formkravet ska upprätthållas strikt kan det argumenteras för att prorogationsklausulen ska regleras genom det huvudavtal som parterna upprättar mellan sig och att det därmed inte räcker att prorogationsklausulen framkommer i ett standardavtal. Det kan jämföras med ett avtal om fastighetsöverlåtelse som måste innehålla uppgifter om fastigheten, köpeskilling och överlåtelseförklaring för att vara giltigt. Det räcker inte med en hänvisning till andra dokument utan informationen ska framgå i det underskrivna avtalet. Om standardavtalet som innehåller en prorogationsklausul är infogat på baksidan av parternas huvudavtal eller annars sitter ihop med huvudavtalet kan det tänkas vara mer förenligt med det skriftliga formkravet än om standardvillkoret är helt separat. I det förra fallet framkommer nämligen prorogationsavtalet i samband med huvudavtalet och kanske dessutom blir föremål för underskrift av parterna. Till skillnad från fastighetsöverlåtelser används dock standardavtal i hög grad för att införliva prorogationsklausuler i parternas huvudavtal. Om prorogationsklausulen förekommer i skrift och genom en hänvisning knyts till parternas huvudavtal kan det skriftliga formkravet anses vara uppfyllt. En sådan tolkning tar i högre grad hänsyn till hur prorogationsavtal kan komma att slutas i praktiken.

Den efterföljande frågan är dock vilken typ av hänvisning som ska krävas i förhållande till prorogationsavtalets skriftliga formkrav. En skiljeklausul kan införlivas i ett avtal genom en allmänt hållen referensklausul som hänvisar till ett separat dokument.²¹⁵ Införandet av det skriftliga formkravet för prorogationsavtal syftade till att undvika tvister i tvisten. Desto tydligare det framgår i parternas avtal att de har kommit överens om en prorogationsklausul, desto bättre kan syftet anses uppfyllt. Syftet med det skriftliga formkravet hindrar inte användningen av referensklausuler men det talar däremot kanske för att klausulen i tydligaste mån ska knytas till huvudavtalet för att därigenom undvika ovissheten om prorogationsklausulen har blivit en del av avtalet eller inte. En referensklausul som uttryckligen hänvisar till prorogationsklausulen uppfyller i högre grad det skriftliga formkravet genom att tvistlösningsklausulen framkommer i parternas huvudavtal. Huruvida en allmänt hållen referensklausul ska uppfylla ett skriftligt formkrav kan, vilket tydliggörs i förhållande till New York konventionen, tolkas på olika sätt. Utifrån det skriftliga formkravet för prorogationsavtal kan det tyckas att det någonstans i huvudavtalet ska återfinnas en uttrycklig hänvisning till prorogationsklausulen och att en allmänt hållen klausul därmed är att

²¹⁵ NJA 1980 s. 46.

tänja för mycket på ett sådant krav. Å andra sidan, om både huvudavtalet och standardavtalet är i skrift och införlivande med varandra så skulle en tolkning kunna göras att det skriftliga formkravet är uppfyllt. Det förutsätter dock att klausulen även innehållsmässigt uppfyller kraven för en giltig prorogation. Avgörande för vilken tolkning som utförs kan bero på vilka bakomliggande värden som tolkaren vill främja. Om utgångspunkten är att främja handeln skulle det vara nära till hands att även tillåta allmänt hållna referensklausuler. Om det däremot är värdet av rättssäkerheten som betonas är ett krav på specifika referensklausuler mer ändamålsenligt.

7.2 Betydelsen av klausulens placering

En prorogationsklausul ska uttryckas i skrift för att vara giltigt men frågan är hur ett sådant krav påverkar var i parternas kontrakt klausulen ska presenteras. Enligt Danmark kan en prorogationsklausul som inkluderas i allmänna avtalsvillkor som i sin tur återfinns i en orderbekräftelse vara giltig. Prorogationsklausulen behöver i en sådan situation inte ha accepterats särskilt.²¹⁶ I ett rättsfall från Högsta domstolen var en prorogationsklausul föremål för tvist. Klausulen återfanns som en sista punkt under rubriken leverans- och betalningsvillkor på baksidan av en orderbekräftelse. Högsta domstolen ansåg att prorogationsklausulen var gällande mellan parterna.²¹⁷ Westberg skriver att en prorogationsklausul är giltig mellan parterna om den är upptagen i deras affärskontrakt. Om kontraktet vari prorogationsklausulen återfinns är underskrivet uppstår sällan osäkerhet kring huruvida det skriftliga formkravet är uppfyllt.²¹⁸ Det framgår inte av de ovanstående resonemangen huruvida det ska uppställas några krav på hur synligt placerad en prorogationsklausul ska vara i parternas avtal. Det verkar snarare inte uppställas några särskilda krav på var en prorogationsklausul ska placeras. Danmark har dock dragit en gräns för när placeringen av prorogationsklausulen bör medföra att den inte har blivit en del av avtalet. En efterkommande faktura som innehåller en prorogationsklausul blir en del av parternas avtal endast om klausulen uttryckligen har godkänts av motparten. En faktura har inte till syfte att informera om avtalets innehåll och därav kan en däri infogad prorogationsklausul inte anses giltig enligt Danmark.²¹⁹ I ett mål från EU-domstolen

²¹⁶ Danmark (1961) s. 275.

²¹⁷ NJA 1969 s. 529.

²¹⁸ Westberg (2020) s. 133.

²¹⁹ Danmark (1961) s. 160.

behandlades bestämmelsen om prorogationsavtal i Bryssel I-förordningen art. 25. I rättsfallet fastslogs att prorogationsklausuler som framkommer i konossement kan vara giltiga.²²⁰

Det framkommer inga krav på hur tydligt en prorogationsklausul ska framkomma i ett avtal. Med tanke på att det är ett processuellt avtal som kan påverka parternas domstolsprövning framstår det inte som orimligt att det ska uppställas ett krav på att prorogationsklausuler inte får placeras undanskymt. En skiljeklausuls placering har i några rättsfall ansetts ha en undanskymd placering, främst i arbetsrättsliga förhållanden.²²¹ En skiljeklausul har också i övrigt genom sin undanskymda placering samt på grund utav andra förutsättningar ansetts ogiltig.²²² Det skriftliga formkravets befintlighet tycks inte medföra ett högre krav på hur en prorogationsklausul ska placeras i ett avtal jämfört med en skiljeklausul. Snarare än det skriftliga formkravet, kan det vara den effekt en viss klausul kan få för den enskilda parten som påverkar hur tydligt klausulen ska placeras i avtalet.

8. Slutsats

Den utförda undersökningen visar på att det skriftliga formkravet vid skilje- och prorogationsavtal ur ett internationellt perspektiv ofta är föremål för en kompromiss mellan å ena sida en vilja att främja handel och ekonomisk omsättning, å andra sidan en vilja att gynna de avtalande parternas rättssäkerhet. Det skriftliga formkravet vid prorogationsavtal lämnar öppet för viss tolkning av kravets omfattning och betydelse, vilket kan medföra olika resultat beroende på vilket av dessa värden man vill gynna. Att införa en mer strikt reglering av det skriftliga formkravet vid prorogationsavtal är antagligen inte ändamålsenligt eftersom det dels fortsatt skulle uppstå tolkningsfrågor, dels att en strikt tolkning kan medföra en begränsning av befintliga handlingsmönster och att typen av avtal i högre grad skulle ogiltigförklaras trots parternas vilja att ingå avtal.

Prorogationsavtalet måste enligt lag upprättas i skriftlig form medan ett skiljeavtal inte begränsas i vilken form det ska uttryckas. I praktiken sluts dock båda typerna av avtal i stort sett alltid i skriftlig form, något som även utifrån formuleringen i LSF tycks vara en utgångspunkt. Det skriftliga formkravet medför därmed i praktiken inte någon tydlig skillnad när det kommer till förekomsten av skriftliga prorogations- och skiljeavtal. Det skriftliga

²²⁰ Dom av den 27 september 1968, Tilly Russ, C- 71/83, EU:C:1984:217, p. 19.

²²¹ AD 1993 nr. 141; AD 2002 nr. 72.

²²² NJA 1979 s. 666.

formkravets existens medför dock inte endast att avtalet ska vara skriftligt. Kravet innebär också att det skriftliga avtalet måste ha ett visst innehåll. I en giltig prorogationsklausul ska viljan att ingå ett prorogationsavtal framgå, ett angivet rättsförhållande uttryckas samt ett utpekande av en viss domstol. För att en skiljeklausul ska vara giltig ska det framkomma att parternas vilja är att byta en domstolsprövning mot en prövning inför skiljenämnd samt att skiljeklausulen är knuten till ett visst rättsförhållande. Även om det endast är prorogationsavtalets innehåll som måste täckas av skrift så skiljer kraven på avtalens innehåll sig inte mycket åt. Det skriftliga formkravet kan dock ge upphov till andra skillnader. Existensen av ett skriftligt formkrav kan medföra en skillnad i vilka tolkningsdata som används vid en tolkning av avtalsinnehåll. Hur olika typer av tolkningsdata ska användas vid förekomsten av ett skriftligt formkrav har varit föremål för undersökning i förhållande till fastighetsöverlåtelse. Det råder viss oklarhet huruvida ordalydelsen har företräde framför den gemensamma partsviljan i en sådan situation. Det är möjligt att det fästs något större vikt vid ordalydelsen när det föreligger ett skriftligt formkrav även om det råder oklarhet i vilken mån.

Förekomsten av ett skriftligt formkrav kan dessutom påverka när avtalsbundenhet uppkommer. Utgångspunkten i svensk rätt är att en part blir bunden genom avgivande av anbud. I doktrin och praxis framkommer att allmänna avtalsrättsliga principer ska gälla i förhållande till skiljeavtal. Därmed bör bundenhet för ett skiljeavtal uppkomma i enlighet med huvudregeln i svensk rätt. När det gäller prorogationsavtal så ska avtalet upprättas och eventuellt skrivas under innan bundenhet uppkommer. En sådan ömsesidig bundenhet överensstämmer med när bundenhet inträder vid fastighetsöverlåtelse. Det skriftliga formkravet vid prorogationsavtal kan dessutom möjligen innebära något högre krav på hur en referensklausul ska formuleras. I Högsta domstolen har en allmän referensklausul i förhållande till en skiljeklausul godkänts. Ett skriftligt formkrav innebär möjligen att prorogationsklausulen måste framkomma i det skrivna avtalet genom att den omnämns i referensklausulen. Det är dock inte något som är klarlagt varken i doktrin eller i praxis.

I och med den tekniska utvecklingen har det blivit allt vanligare att sluta avtal på elektronisk väg. Det krävs troligen någon form av förtydligande, antingen i 10 kap. 16 § RB eller i en övergripande lagstiftning, för att ett prorogationsavtal ska kunna slutas genom elektronisk kommunikation. Det skriftliga formkravet medför därmed en skillnad eftersom regleringen av skiljeavtalet inte hindrar elektroniskt ingångna avtal. Att kunna ingå avtal elektroniskt kommer med största sannolikhet bli alltmer vanligt förekommande. Det är därmed en skillnad som kan komma att bli än mer markant mellan prorogations- och skiljeavtal.

På grund utav skiljeavtalets effekt i form av möjligheten att avtala bort rätten till domstolsprövning är ståndpunkten i doktrin såväl som i praxis att en skiljeklausul ska framkomma otvetydigt för att vara giltig. Trots att det inte uppställs ett skriftligt formkrav kan kravet på tydlighet få effekt som en typ av formkrav. Ett krav på tydlighet ökar rättssäkerhet för parterna eftersom det minskar risken att rätten till domstolsprövning avtalas bort mot parternas vetande. Samtidigt kan ett sådant krav innebära mindre belastning på handel och redan invanda handelsmönster jämfört med att införa ett skriftligt formkrav. Det kan dock sägas vara ännu tryggare för parterna om det finns ett krav på att avtalsinnehållet ska förekomma i skrift.

Det råder oenighet i doktrin huruvida ett giltigt prorogationsavtal ska vara underskrivet av parterna. I praktiken undertecknas ofta både prorogations- och skiljeavtal. Om det föreligger ett krav på underskrift så medför det därför inte någon större skillnad i praktiken. Det skriftliga formkravet verkar inte heller medföra ett ökat krav på var i avtalet prorogationsklausulen ska placeras för att vara giltig.

I undersökningen framkommer att det skriftliga formkravet medför vissa skillnader mellan prorogationsavtalet och skiljeavtalet. Ett argument för att båda typerna av avtal ska beläggas med ett skriftligt formkrav är att det i båda fall är fråga om processuella avtal. Dels kan ett skriftligt formkrav bidra med ökad rättssäkerhet för parterna, dels kan ett skriftligt formkrav minska de antal fall där en domstol måste genomföra en utredning om den överhuvudtaget är behörig. Att införa ett skriftligt formkrav för skiljeavtal skulle dessutom bidra med tydlighet och enhetlighet. Då skulle det nämligen uppställas ett skriftligt formkrav för de tre processuella avtal som uttryckligen tillåts i RB.²²³

En ytterligare anledning som talar för att prorogations- och skiljeavtal ska vara belagda med ett skriftligt formkrav är att ett avtalat skriftkrav inte inger samma skydd. Parterna måste aktivt komma överens om ett sådant krav, vilket kan vara svårt särskilt för svagare parter att ta initiativ till. Dessutom är det möjligt att avtalade skriftkrav kan ersättas med muntliga överenskommelser eftersom Högsta domstolen i ett rättsfall har godkänt det. En sådan slutsats hade inte varit tillåten om det förelegat ett skriftligt formkrav. Det skriftliga formkravet uppställs i lag och ger ett mer förutsebart skydd.

Om prorogations- och skiljeavtalet ska beläggas med ett skriftligt formkrav bör då en underskrift vara obligatorisk? En underskrift kan bidra med bevis i form av att avtalet

²²³ Överklagandeförbud kan avtals muntligen om det görs inför domstol.

verkligen ger uttryck för parternas gemensamma vilja. Ett krav på underskrift kan också minska risken för att parterna påstår att avtalet ännu inte är slutligen upprättat. Om ett sådant krav ska uppställas kan det dock med fördel uttryckas i lagtext. På så sätt undviks att avtalen förklaras ogiltiga på grund utav formbrist. Uppställandet av ett underskriftskrav kan dock möjligen försvåra vissa befintliga handlingsmönster.

Det finns omständigheter som talar för att ett skriftligt formkrav inte är en nödvändig reglering för vare sig prorogations- eller skiljeavtal. Skiljeavtalet kan anses vara ett mer ingripande avtal än vad prorogationsavtalet är eftersom rätten till en domstolsprövning helt avtalas bort. Om lagstiftaren anser att det inte behöver uppställas ett skriftligt formkrav för skiljeavtal kan även regleringen av prorogationsavtalet uppdateras. Dessutom grundas både möjligheten till prorogations- och skiljeavtal på rätten till avtalsfrihet. Utifrån ett sådant syfte kan det argumenteras för att parterna också ska få bestämma fritt hur de vill ingå sina avtal. För både prorogations- och skiljeavtal finns det handelsmönster som skulle gynnas av att båda typerna av avtal kan ingås skriftlöst. Det skulle dessutom förenkla om båda typerna av avtal kan slutas på samma sätt. Med elektronikens intåg blir det svårare att avgöra vad som ska anses uppfylla kravet på skrift och inte, ett skriftligt formkrav kan därmed bli alltmer urholkat framöver.

Det finns både fördelar och nackdelar med att införa ett skriftligt formkrav såväl som att bort ett sådant krav. Frågan är vad som kommer att väga tyngst framöver. I studien av de internationella regleringarna såsom Bryssel I-förordningen och modellagen påvisas att fler och fler olika tillvägagångssätt för att sluta ett avtal har tillåtits inom ramen för ett skriftligt formkrav. Dessutom har det tillkommit fler möjligheter att ingå ett prorogations- eller skiljeavtal på andra sätt än genom skrift. Utvidgningen har ofta motiverats med att den internationella handeln och dess avtalsmönster inte ska påverkas negativt. Det skriftliga formkravets plats i framtiden kommer också bero på hur det ska förhållas till möjligheten att sluta avtal genom elektronisk kommunikation. Ett tillvägagångssätt är att sätta tydliga gränser för vilken typ av elektronisk kommunikation som kommer att vara tillåten. Ett annat sätt är att tillåta i stort sett all typ av elektronisk kommunikation för att sluta avtal. En konsekvens är dock att det skriftliga formkravet då kommer att bli väldigt uttunnat. Samtidigt krävs antagligen en anpassning för att det skriftliga formkravet ska kunna legitimeras i framtiden. Trots att utveckling pekar på att det skriftliga formkravet kommer att ha en mindre roll framöver så är det fortfarande fråga om processuella avtal där det skriftliga formkravet även i framtiden kan bidra med undvikande av tvister i en redan befintlig tvist.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Nya lagberedningens förslag 1893.

Ds 2003:29

SOU 1912:1.

SOU 1926:33.

SOU 1938:44.

SOU 1947:38.

SOU 1994:81.

SOU 1995:65.

Prop. 1970:20 del B.

Prop. 1981/82: 169.

Prop. 1998/99: 35.

Prop. 1999/2000:177.

Prop. 2012/13:45.

Prop. 2019/20:189.

FN

Konventioner

Konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar New York, den 10 juni 1958 (New York konventionen).

United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts.

EU

Förordningar

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel"), EGT L 178, 17.7.2000, s. 1–16.

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, EUT L 351, 20.12.2012, s. 1–32 (Bryssel I-förordningen).

Konventioner

Konvention om Konungariket Spaniens och Portugisiska republikens tillträde till konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, samt till protokollet om domstolens tolkning av denna konvention om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungarikets Storbritannien och Nordirland tillträde och genom konventionen om Hellenska republikens tillträde, EGT L 285, 3.10.1989, s. 1–98.

Konvention om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, EUT L 147, 10.6.2009, s. 5–43 (Luganokonventionen).

England och Wales

The Departmental Advisory Committee on Arbitration Report on Arbitration Bill 1996.

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars & Lindell-Frantz, Eva, *Avtalsrätt 1*, 14:e uppl., Juristförlaget, Lund, 2016.

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt 2*, 6: e., [rev.] uppl., Juristförlaget, Lund, 2010.

Ask, John, *De allmänna underrätternas inbördes behörighet i tvistemål*, Gleerup, Lund, 1896.

Berg, Albert Jan van den, *The New York arbitration convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, Kluwer law and taxation, Deventer, 1981.

Alvarez, Guillermo Aguilar, Article II (2) of the New York Convention and the Courts. I Berg, Albert Jan van den, (red.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, Kluwer Law International, 1999.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2018.

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 9:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.

Bogdan, Michael, *Concise introduction to comparative law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.

Bogdan, Michael & Hellner, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 9:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2020.

Born, Gary, *International commercial arbitration* 3:e uppl., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, [Elektronisk resurs] 2021.

Dennemark, Sigurd, *Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål*, Norstedt, Stockholm, 1961.

Garcimartin, Francisco, Prorogation of Jurisdiction. I Dickinson, Andrew, Lein, Eva & James, Andrew (red.), *The Brussels I Regulation recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Dillén, Nils, *Bidrag till läran om skiljeavtalet*, Gust. Larssons bokhand:s förl., Stockholm, 1933.

Fitger, Peter och Sörbom Monica mfl., *Rättegångsbalken m.m*, version 89 på Juno, Norstedts juridik, 2020. <https://juno-nj-se.ludwig.lub.lu.se/b/documents/3468825> (hämtad: 2021-02-19).

Gaillard, Emanuel och Bermann, George A., (red.), *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Brill, Leiden, [Elektronisk resurs] 2017.

Grauers, Folke, *Fastighetsköp*, 21: e., [rev.] uppl., Juristförlaget, Lund, 2016.

Hartley, Trevor C., *Civil jurisdiction and judgments in Europe the Brussels I regulation, the Lugano convention, and the Hague choice of court convention*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2: a., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.
- Heuman, Lars, *Skiljemannarätt*, Norstedts juridik, Stockholm, 1999.
- Heuman, Lars, ”Har det skett en omsvängning eller omläggning av praxis från restriktiv till extensiv tillämpning av skiljeavtal?” *Svensk Juristtidning*, 2019 s. 534.
- Holtzmann, Howard. M och Neuhaus Joseph. E., mfl., *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law*, [Elektronisk resurs] 2015.
- Svensson, Ola, Partsinriktad avtalstolkning. I Gorton, Lars, Heuman, Lars, Persson, Annina H. & Sjöberg, Gustaf (red.), *Festskrift till Göran Millqvist*, Jure förlag AB, Stockholm, 2019.
- Schramm, Dorothee, Geisinger, Elliot och Pinsolle Philippe, Article II. I Kronke, Herbert, mfl., (red.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010.
- Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, 9:e uppl., Iusté, Uppsala, 2020.
- Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 3:e uppl., Iusté, Uppsala, 2020.
- Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande*, Juno, Norstedts juridik, 2020. https://juno-nj-se.ludwig.lub.lu.se/b/documents/3310683?t=book_info. Hämtad (2020-02-19)
- Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2: a uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018.
- Madsen, Finn, *Skiljeförfarande i Sverige: en kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms handelskammars skiljedomsinstitut*, 2. uppl., Jure, Stockholm, 2009.
- Magnus, Ulrich, Section 7: Prorogation of jurisdiction, Magnus, Ulrich och Mankowski, Peter (red.), *Brussels Ibis Regulation 2016 commentary*, [Elektronisk resurs] Otto Schmidt, Köln, 2016.
- Maunsbach, Lotta, *Avtal om rätten till domstolsprövning: processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*, Norstedts Juridik, Diss. Lund: Lunds universitet, Stockholm, 2015.
- Nerep, Erik, Skiljeavtalets särställning i svensk avtalsrätt. I *Festskrift till Sveriges advokatsamfund: 1887–1987: rättsvetenskapliga studier*, Norstedt, Stockholm, 1987.

Pålsson, Lennart, *Bryssel I-förordningen jämte Bryssel- och Luganokonventionerna: domstols behörighet samt erkännande och verkställighet av domar i privaträttsliga tvister inom EU/EFTA-området*, Norstedt juridik, Stockholm, 2008.

Pålsson, Lennart, "Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna" *Svensk juristtidning*, 1998, s. 552.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 11:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2019.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 4:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.

Schöldström, Patrik, "Har Belgor förändrat prövningen av en skiljenämnds behörighet och handläggningsfel?" *Juridisk Tidskrift*, Nr 1 2019/20 s. 243.

Vahlén, Lennart, *Formkravet vid fastighetsköp: särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel*, Diss. Stockholm: Högsk., Stockholm, 1951.

Westberg, Peter, *Konflikt och kontrakt*, Jure, Stockholm, 2020.

Westerlind, Peter, *Kommentar till Jordabalken. Kap. 1–5*, Norstedt, Stockholm, 1971.

Wolff, Reimar, E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards. I Piers, Maud & Aschauer, Christian (red.), *Arbitration in the digital age: the brave new world of arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, [Elektronisk resurs] 2018.

Wolff, Reimar, Chapter 7: The UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An Overlooked Remedy for Outdated Form Provisions under the New York Convention? I Fach Gomez, Katia och Lopez-Rodriguez, Ana. M., (red.), *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, [Elektronisk resurs] 2019.

Övrigt

EU

Europeiska unionens officiella tidning, Report by Mr P. Jenard, 5 mars 1979, OJ 1979 C 59 s. 1.

Europeiska unionens officiella tidning, Report by Professor Dr Peter Schlosser, 5 mars 1979, OJ 1979 C 59 s. 71.

Europeiska unionens officiella tidning, Report by Mr P. Jenard and Mr G. Moller, 28 juli 1990, OJ 1990 C 189/07 s. 57.

FN

United Nations Conference on International Commercial Arbitration, summary record of the ninth meeting, 12 september 1958, UN DOC E/CONF.26/SR.9.

United nations conference on international commercial arbitration, summary record of the twenty-second meeting, 12 september 1958, UN DOC E/CONF.26/SR.22.

United Nations Conference on International Commercial Arbitration, working party, no 2, 5 juni 1958, UN DOC E/CONF. 26/L.52.

Note by the Secretariat: further work in respect of international commercial arbitration, 11 maj, 1979, A/CN.9/169.

Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-second session, 20- 31 mars 2000, A/CN.9/468.

Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session, 19 juni- 7 juli 2006, A/61/17:146.

Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-fourth session, 27 februari 2006, A/CN.9/592.

United Nations Commission on International Trade law, Seventeenth session, 25 juni- 13 juli 1984, A/CN.9/246.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

UNCITRAL, Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, 2008,

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (hämtad 2021-03-23).

UNCITRAL, Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, adopted by the United Nations

Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its thirty-ninth session, 2006, A/6/17, <https://www.newyorkconvention.org/uncitral/recommendations> (hämtad 2021-04-02).

Lantmäteriet

Lantmäteriet, Fastighetsöverlåtelse i en digital tid, 2018, <https://www.lantmateriet.se/contentassets/50c7b8feec4744e5a0fa2ffaf0ea07ec/fastighetsoverlatelse-i-en-digital-tid.pdf> (hämtad 2021-04-10).

ICCA

International Council for Commercial Arbitration, ICCA`s guide to the interpretation of the 1958 New York convention: A handbook for judges; 2011, https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/judges_guide_nyc_english_2018_reprint.pdf (hämtad 2021-03-03).

Rättsfallsförteckning

Sverige

NJA 1949 s. 609.

NJA 1968 s. 525.

NJA 1969 s. 285.

NJA 1969 s. 529.

NJA 1974 s. 573.

NJA 1979 s. 666.

NJA 1980 s. 46.

NJA 1984 s. 482.

NJA 1998 s. 462.

NJA 2000 s. 741.

NJA 2010 s. 734.

NJA 2011 s. 83.

NJA 2011 s. 600.

NJA 2015 s. 186.

NJA 2015 s. 991.

NJA 2016 s. 689.

NJA 2017 s. 266.

NJA 2019 s. 171.

NJA 2020 s. 723.

AD 1993 nr. 141

AD 2002 nr. 72.

RH 48:80.

RH 1997:100.

RH 2012:8.

EU-domstolen

Dom av den 15 juli 1964, Costa mot E.N.E.L, C-6/64, EU:C:1964:66.

Dom av den 27 september 1968, Tilly Russ, C- 71/83, EU:C:1984:217.

Dom av den 14 december 1976, Segoura, C- 25-76, EU:C:1976:178.

Dom av den 14 december 1976, Salotti, C- 24-76, EU:C:1976:177.

Dom av den 9 november 1978, Nikolaus mot Glacetal, C-23/78, EU:C:1978:198.

Dom av den 11 Juli 1985, Berghoefer, C-221/84 ECLI:EU:C:1985:337.

Dom av den 11 november 1986, Iveco Fiat, C-313/85, EU:C1986:423.

Dom av den 10 mars 1992, Powell Duffryn, C-214/89, EU:C:1992:115.

Dom av den 20 Februari 1997, MSG, C-106/95, EU:C:1997:70.

Dom av den 9 november 2000, Coreck, C-387/98, EU:C:2000:606.

Dom av den 21 maj 2015, EL Majdoub, C-322/14; EU:C:2015:334.

Europa-domstolen

Neumeister mot Österrike, dom av den 7 maj 1974.

Suovaniemi m.fl. mot Finland, beslut den 23 februari 1999.

Transado-Transportes Fluviais do Sado mot Portugal, dom den 16 december 2003.