

Valet av tvistlösnings- metod

- fällor att beakta

Vid avtalsförhandlingar får vissa frågor ofta mer fokus än andra. Frågan om tvistlösningsmetod hamnar dock många gånger i skymundan. I denna artikel belyser Dan Engström och Elin Nilsson fem frågor att ta i beaktande vid valet av tvistlösningsmetod. Frågorna rör civilrättsliga tvister mellan kommersiella parter.

Text: **Dan Engström & Elin Nilsson**



EN FRÅGA SOM ofta skyn-
das förbi och inte sär-
skilt övervägs är frågan
om tvistlösningsmetod,
i realiteten valet mel-
lan allmän domstol och
skiljeförfarande. I det
senare fallet finns även
valet mellan institutio-
nellt förfarande (som vid

Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut)
eller det som brukar kallas ad hoc-förfarande, det
vill säga – i Sverige – skiljeförfarande med tillämp-
ning av bestämmelserna i lagen om skiljeförfarande
("LSF").

Andra frågor i ett avtal, som till exempel garanti-
kataloger eller vitesklausuler, ses ofta som viktigare
än tvistlösningsklausulen. Kommersiella parter ten-
derar att mer eller mindre helt låta anlita advokat/
jurist råda och bestämma i fråga om tvistlösnings-
klausulens utformning. Men om man (varvid ordet
"man" även syftar på involverad advokat/jurist) inte
tänkt igenom tvistlösningsmetoden mycket noga,
kan garantikataloger och vitesklausuler bli rent illu-
soriska. Involverad advokat/jurist är möjligen syn-
nerligen väl lämpad att sköta avtalsförhandlingar,
men det är inte säkert att kompetensen täcker alla de
frågor som kan sättas i eller ur spel beroende på vilka
val man gör i utformningen av tvistlösningsklausu-
len.

Det är därför viktigt, som köpare av juridiska
tjänster, att säkerställa att man som klient har rätt
rådgivning i just den här delen, där den mer övergri-
pande frågeställningen är: Är skiljeförfarande eller
allmän domstol att föredra?

För att, hoppas vi, underlätta det valet, kommer vi
att i denna artikel, åtminstone översiktligt, belysa
vad som är direkta risker och direkta fel med det ena
eller andra valet i olika situationer. Denna artikel
belyser fem frågor (av väldigt många fler) att ta i be-
aktande och rör endast civilrättsliga tvister mellan
kommersiella parter.

Fråga nr 1: Hur verkställbar är en kom- mande dom?

Den part som tar initiativ till en process, önskar i
typfallet erhålla pengar av motparten, inte bara en
dom på pengar, utan just pengar. Vi bortser i detta
sammanhang ifrån processer som tar sikte på ett
förbud och liknande. En förutsättning för det (det vill
säga att faktiskt få reda pengar), är att den dom som
meddelas är verkställbar i det land i vilket motpar-
ten har sina tillgångar. Den faktiska verkställbarhe-
ten är den första och kanske viktigaste frågan att ta
ställning till vid valet av tvistlösningsmetod. Låt oss
översiktligt belysa just den frågan först.

En nationell domstols dom är som huvudregel
endast verkställbar i det landet den meddelats i. I
och med Sveriges medlemskap i EU, är emellertid
en dom från en domstol i ett annat EU-land som ut-
gångspunkt även verkställbar i Sverige. MEN, om det
förhåller sig så, att ena parten kommer från ett land
utanför EU, så kommer en svensk domstols dom i
regel inte att vara verkställbar i det landet, såvida
inte Sverige och det landet har ingått en separat över-
enskommelse därom. En sådan överenskommelse
har ingåtts mellan EU-länderna och Schweiz, Norge
och Island i form av Luganokonventionen, vilket gör
att en svensk domstols dom även är verkställbar i
Schweiz, Norge och Island. Någon liknande överens-
kommelse finns dock *inte* mellan exempelvis Sverige
och USA.¹

Alltså, om kontraktspartnern är amerikansk
och har sina tillgångar i en delstat i USA som inte
verkställer utländska domar, så kommer en svensk
domstols dom, oavsett om det är en tingsrättsdom, en
hovrättsdom eller till och med en dom från svenska
Högsta domstolen, således inte att vara till mycket
nytt, eftersom den *inte går att verkställa* i den ak-
tuella delstaten i USA (på motsvarande sätt kan en
dom från en amerikansk allmän domstol ej verk-
ställas i Sverige). Genom New York-konventionen
från 1958 är däremot en *skiljedom* från en konven-
tionsstat som utgångspunkt även verkställbar i öv-
riga konventionsstater. 168 stater är för närvarande
konventionsstater till New York-konventionen.² Vid

”En dom som gått i ens favör men som inte går att verkställa, är typexemplet på en så kallad Pyrrhus-seger.”

internationella partsförhållanden med åtminstone en part utanför EU och utanför statliga överenskommelser om domstolsdomar, men däremot i en konventionsstat till New York-konventionen, är därför det självklara valet för den som vill ha en verkställbar dom att välja skiljeförfarande framför en tvistlösningsklausul som anvisar allmän domstol. En dom som gått i ens favör men som inte går att verkställa, är typexemplet på en så kallad Pyrrhus-seger.

Räcker det då med att konstatera att parterna kommer från EU-länder eller från ett land med en överenskommelse med Sverige avseende domstolsdomar för att avgöra frågan om verkställbarheten? Nej, riktigt så enkelt är det inte. En av frågorna man också bör vara uppmärksam på i samma kontext, är om det finns möjlighet till *partsbyte* i själva avtalet före det att tvist mellan parterna uppkommer. Med andra ord, ger avtalet möjlighet för ena parten att ensidigt överlåta avtalet till ny part (exempelvis annat bolag inom samma företagssfär), som då kanske inte alls kommer från ett EU-land eller från ett land med en överenskommelse med Sverige avseende domstolsdomar? Då kan den trygghet man trodde sig ha vid avtalets tecknande, raskt bytas ut mot en situation man inte ville ha.

En annan fråga som kan vara värd att ta i beaktande mot bakgrund av den verklighet som numer råder, är om det land som motparten kommer från kan *antas* fortsätta att vara medlem inom EU, eller om landet är näst på tur efter Storbritannien och dess Brexit att gå ur EU. Sådana diskussioner förekommer kanske politiskt i det land motparten kommer ifrån. Har du som klient eller din rådgivare koll på de frågorna (också)?

Fråga nr 2: Vilken möjlighet finns att välja domare i en kommande tvist?

En annan viktig fråga för den som genomgår en tvistprocess, är att det avgörande som meddelas är korrekt materiellt. För att det ska vara det, får det anses vara ett minimikrav att de som dömer är omvittnat kunniga inom relevant rättsområde.

Ju mer komplex en tvist är – exempelvis med flera parter från olika jurisdiktioner och kulturer och med

ett stort antal rättsfrågor och bevisfrågor att bedöma – desto högre krav måste man ställa på den/de som ska döma i parternas tvist. Hur kan man säkerställa det redan när avtalet förhandlas och undertecknas, det vill säga långt före en tvist mellan parterna ens ter sig som tänkbar?

Ett skiljeförfarande erbjuder, beroende på hur parterna väljer att utforma sin tvistlösningsklausul, i princip en obegränsad möjlighet för parterna att påverka och tillse att de som dömer – skiljedomarna – har rätt kompetens. Parterna i ett skiljeförfarande utser i regel varsin³ skiljedomare och kan även, återigen om tvistlösningsklausulen är rätt utformad, påverka valet av skiljenämndens ordförande. Redan i skiljeklausulen kan till exempel krav på en kommande skiljedomare specificeras. I ett tekniskt komplext mål, skulle exempelvis en ingenjör kunna utses till skiljedomare i stället för en jurist. Med andra ord, parterna har i ett skiljeförfarande, som regel, obegränsade möjligheter att tillskapa en domarpanel som har exakt den expertis och erfarenhet som parterna önskar.

Om parterna i stället hade valt att låta tvisten slitas i allmän domstol, finns det överhuvudtaget ingen möjlighet för parterna att välja sammansättningen av den domarpanel som ska döma i målet. I stället styrs valet vid allmän domstol av (i) lottningsregler, (ii) tilldelningsregler, (iii) överlämnande av målet till annan rotel vid sjukdom/barnledighet/omfördelning av resurser inom domstolen eller domsagan och andra hänsyn som berörda parter varken har insyn i eller påverkan på.

I Sverige finns specialdomstolar inom vissa områden, exempelvis patent- och marknadsdomstolen, vilka har exklusiv behörighet att pröva tvister inom de områdena, vilket möjliggör mer specialiserade domare. I vissa andra typer av mål, exempelvis arbetsrättsliga mål, sker tilldelning till en särskild avdelning (vid Stockholms tingsrätt för närvarande avdelning 3) i stället för lottning, men i huvudsak är det lotten som avgör vilken/vilka domare som ska döma i målet. Visst kan det hända att parterna också på detta sätt får den kompetens de hade önskat, men

”Sammanfattningsvis bör du således välja skiljeförfarande framför allmän domstol om du som part vill ha möjlighet att kunna välja dina domare.”

parterna har varken insyn i den frågan eller möjlighet att påverka den.

Detta och annat leder till och har lett till, också historiskt, att kommersiella parter i högre utsträckning väljer skiljeförfarande framför allmän domstol. Detta får naturligtvis som effekt att domare i allmänna domstolar (med undantag av specialdomstolarna) i liten utsträckning får avgöra kommersiella tvister och därmed inte heller kan sägas ha särskild erfarenhet att avgöra kommersiella tvister (vi bortser i detta sammanhang från till exempel vissa entreprenadtvister och försäkringstvister som i viss utsträckning ändå går till allmän domstol).

Sammanfattningsvis bör du således välja skiljeförfarande framför allmän domstol om du som part vill ha möjlighet att kunna välja dina domare.

Fråga nr 3: Vilket förfarande går snabbast och är mest lyhört för partssynpunkter på själva förfarandet?

En vanligt framhållen fördel med skiljeförfarande är dess snabbhet. När man ska mäta om ett förfarande är snabbt eller inte, måste man ta hänsyn till hur lång tid det går från det att man anhängiggör en talan och intill dess det föreligger ett *lagkraftvunnet* avgörande. Som bekant är ett skiljeförfarande ett eninstansförfarande, och möjlighet att överpröva skiljedomen materiellt finns inte. Det finns begränsade möjligheter att klandra en skiljedom på grund av formella fel i förfarandet, men ett sådant förfarande stoppar i regel inte verkställigheten av skiljedomen. För den som får en skiljedom emot sig, kan det upplevas som en nackdel att skiljedomen inte går att överklaga, medan det bidrar till att skiljeförfarandet i regel är snabbare än ett domstolsförfarande.

Hos Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (”SCC”) är huvudregeln för ordinära förfaranden att skiljedom ska meddelas senast sex månader från det att målet hänsköts till skiljenämnden, och för förenklade förfaranden⁴ senast tre månader. Enligt SCC:s statistik för 2019⁵ meddelades 27 procent av skiljedomarna i ordinära förfaranden inom sex månader, 50 procent efter sex månader men inom tolv månader och 15 procent efter tolv månader men inom 18 månader. I förenklade förfaranden meddelades 52

procent inom tre månader och 45 procent efter tre månader men inom sex månader. Detta kan jämföras med allmänna domstolar, där det inte är ovanligt att ett tingsrättsförfarande tar 12 till 18 månader. I en mer komplex tvist där materialet är omfattande, är det vanligt att part även kan få, om inte annat, prövningstillstånd i hovrätten enligt bestämmelserna om granskningsdispens. I mer komplexa kommersiella tvister har man därför att ta i beaktande att det många gånger blir fråga om i vart fall en prövning i två instanser och där kan man räkna med att förfarandet i hovrätten kan ta ett år till, beroende på tvist.

Eftersom ett skiljeförfarande är ett eninstansförfarande och en skiljedom är omedelbart verkställbar, så är det alltså nästan alltid så (men inte alltid) att ett skiljeförfarande är snabbare än ett domstolsförfarande.

Vad angår den andra frågan om parternas möjlighet att påverka själva förfarandet, så har en skiljenämnd en direkt skyldighet att beakta parternas synpunkter på hur ett skiljeförfarande ska gå till. Exempel på detta kan vara hur många processkrifter som ska tillåtas per part, om huvudförhör ska tas upp muntligen vid en muntlig förhandling eller som skriftliga vittnesattester, när yttranden ska ges in, när skriftväxlingen ska anses avslutad och när skiljedom ska meddelas. Den typen av flexibilitet går inte att finna inom ramen för rättegångsbalkens regelverk. I skiljeförfaranden brukar det heta att parterna styr förfarandet.

Krav på snabbhet och flexibilitet talar alltså för att välja skiljeförfarande framför allmän domstol. Men hur stor flexibilitet blir det egentligen fråga om, när skiljeklausulen anger ett institutionellt förfarande såsom vid *International Chamber of Commerce* eller SCC?

Vid institutionella skiljeförfaranden, har skiljedomsinstitutionen förvisso färdigskrivna regler för förfarandet (som kan ha ett annorlunda innehåll vid tvisten än de hade när avtalet undertecknades), men parterna kan *tillsammans* välja att frånga de flesta av dessa.

Skiljedomsinstitutionen har därtill ofta olika sorters förfaranden, som parterna redan i skiljeklausulen kan välja bland. SCC har exempelvis ett förenklat

förfarande, där det bara är en skiljedomare som ska avgöra tvisten och där reglerna föreskriver att parterna som huvudregel endast får ge in två skrifter var. Skiljedom ska som huvudregel meddelas senast tre månader från det att målet hänsköts till skiljedomaren. Detta förfarande kan vara bra för enklare tvister, då man får ett snabbt och relativt billigt⁶ avgörande, men passar sig av naturliga skäl mindre bra för omfattande, mer komplexa tvister.

Även det ordinära förfarandet hos SCC har valmöjligheter, där parterna i sin skiljeklausul kan välja om det ska vara en eller tre skiljedomare. Det är även relativt vanligt att i skiljeklausulen göra en uppdelning utifrån den potentiella tvistens värde, där exempelvis för en mindre tvist kan väljas ett förenklat förfarande och för en större tvist kan väljas ett fullskaligt förfarande. Det kan också vara så, att tvistlösningsklausulen bör innehålla en så kallad *carve out* vad gäller vissa frågor som ena parten vill kunna ta till allmän domstol oavsett om tvister som huvudregel ska avgöras av skiljeförfarande enligt samma klausul.

Både i så kallade ad hoc-förfaranden och institutionella förfaranden har alltså parterna möjlighet att, åtminstone om de är ense, i stor utsträckning välja hur förfarandet ska gå till och flexibiliteten finns således i båda förfaranden. Ett sätt att undvika "en tvist i tvisten" (det kan vara svårt att enas om förfaranderegler när det redan finns stora låsningar mellan parterna) är att vara utförlig redan när tvistlösningsklausulen utformas. Då är nämligen parterna mycket godvilligt inställda till varandra inför träffandet av det gemensamma avtalet.

Fråga nr 4: Är det lämpligt eller olämpligt att tvisten är offentlig?

Nästa fråga att ta ställning till är hur viktigt det är för parten/klienten att hålla förfarandet hemligt för utomstående. Huvudregeln i allmän domstol är offentlighet, vilket gör att utomstående som huvudregel har rätt att få ut handlingarna i målet och även sitta med som åhörare under förhandlingar. Viss möjlighet finns att hålla vissa delar av handlingar och vissa delar av förhandlingar hemliga enligt bestämmelserna i lagen om offentlighet och sekretess. Så är exempelvis fallet när det rör sig om företags-hemligheter. Det är dock domstolen som avgör om det finns anledning att göra avsteg från huvudregeln om offentlighet och i så fall i vilken omfattning. Som klient eller ombud kan du argumentera för din uppfattning, men avgörandet ligger i en domares händer.

Ytterligare en faktor att väga in i bedömningen, är att även om domstolen lyssnar på din advokats argument om vad som ska hållas hemligt, så finns det i allmän domstol ingen möjlighet att hemlighålla att det pågår en tvist mellan parterna.

Skiljeförfarande å andra sidan sker utanför det allmänna och handhas av privata aktörer, vilket gör att det inte finns någon rätt för *utomstående* att ta del av handlingar eller delta i förhandlingar. Vill man att sekretess ska gälla för (i) parterna, (ii) parternas ombud och/eller (iii) skiljenämndens ledamöter, så kan parterna enas om sådana bestämmelser redan i skiljeklausulen eller efter det att tvist uppkommit. Är det mycket väsentligt att upprätthålla sekretessen, kan parterna förena en sekretessbestämmelse med vite.

För den part som kanske intar en underlägsen ställning, kan det finnas anledning att vilja att tvisten ska komma till utomståendes och kanske medias kännedom, för att på det sättet skapa en press på motparten att förlikas. För den andra parten däremot, är det tvärtom troligen så att man vill hålla tvisten utanför allmänhetens kännedom. Det kan också vara så att en part rent generellt inte vill att utomstående ska veta om alla tvister som parten har och få en insyn i verksamheten.

Fråga nr 5: Vilket förfarande är billigast?

En fråga som de flesta parter/klienter är intresserade av är kostnaderna för förfarandet.

I allmän domstol betalar part ingen särskild ersättning till domarna eller för att man nyttjar lokaler för förfarandet. Ansökningsavgiften⁷ till domstolen är den enda kostnaden för förfarandet i sig. I ett skiljeförfarande betalar parterna däremot skiljedomarnas arvoden och utlägg (till exempel hyra av lokal).

Det är alltså en väsentlig kostnadsskillnad för själva förfarandet, till fördel för allmän domstol. Kostnadsskillnaden rör sig om ett flertal hundratusen kronor och upp till ett flertal miljoner kronor beroende på antal skiljedomare och komplexiteten i målet.

Ska detta leda till slutsatsen, som ju ter sig uppenbar, att skiljeförfarande är dyrare än ett domstolsförfarande? Nja, vi påstår att det är för tidigt att dra den slutsatsen. Den kan vara så, men behöver inte alltid vara så.

När vi jämför kostnader, kan vi inte stanna med en jämförelse bara i berört hänseende. Vi måste jämföra totalkostnaden, det vill säga inklusive ombudskostnaderna. Men blir det då någon skillnad för ombud i det ena och det andra förfarandet? Svaret är i många fall ja. Skiljeförfarande är ett eninstansförfarande som många gånger kan effektiviseras bättre än ett domstolsförfarande, till exempel genom att tidsförbrukande förhör till stor del kan ersättas av vittnesattester och att sakframställan under slutförhandling kan utgå och ersättas av skrifterna. Ombudskostnaderna för ett sådant slags förfarande ska jämföras med ombudskostnaden för, potentiellt i alla fall, ett tvåinstansförfarande i allmän domstol.

Först med en sådan jämförelse blir jämförelsen rättvisande. Till sist ska prissättas tid. Parter prissätter tid olika, men det är inte orimligt att som utgångspunkt utgå ifrån att ett snabbt förfarande värdesätts högre av part än ett förfarande som drar ut på tiden i årtal. Den längre tid som parten behöver lägga på ett utdraget förfarande har med största sannolikhet ett värde för parten och på det sättet kostar det utdragna förfarandet mer för parten. Exakt hur den tidsskillnaden ska prissättas, är dock naturligtvis ett individuellt ställningstagande för part. Tid är pengar, sägs det, men så är det kanske inte alltid.

Det ska tilläggas, som tidigare nämnts, att det i institutionella skiljeförfaranden finns så kallade förenklade förfaranden⁸ där det är en skiljedomare i stället för tre som ska avgöra målet. Redan på grund av detta förhållande, blir kostnaden väsentligen lägre än vid ett skiljeförfarande med tre eller fler domare. Det förenklade skiljeförfarandet utmärks vidare av att antalet processinlagor per part är begränsat till antal samt att tiden för meddelande av skiljedom är snävt satt. Också därigenom begränsas kostnaderna både för skiljedomaren och för parternas ombud. I ett förenklat förfarande vid SCC i ett skiljemål om 50 000 euro, är den uppskattade mediankostnaden för skiljedomaren och SCC cirka 11 100 euro. Att ett sådant förfarande skulle vara dyrare än att driva samma process i tingsrätt och kanske även hovrätt, är långt ifrån givet.

En kommersiell part som har begränsade medel att driva en skiljeprocess, kan uppleva att skiljeklausulen försvårar eller till och med förhindrar rätten att få sin sak prövad. Även det är en anledning till att tänka igenom tvistlösningsklausulen i samband med avtalets träffande. När väl tvist uppstår, får man spela bollen där den ligger. Med rätt rådgivning så kan emellertid också den part som saknar medel att driva en skiljeprocess få sin sak prövad, antingen i skiljeförfarandet eller i allmän domstol, beroende på hur man spelar korten.

Avslutningsvis gäller som huvudregel enligt svensk rätt såväl i svensk allmän domstol som i svenskt skiljeförfarande, att det är den (huvudsakligen) förlorande parten som har att slutligt ersätta (i) sina egna ombudskostnader, (ii) motpartens ombudskostnader och partskostnader, (iii) skiljenämndens arvoden och kostnader (vid skiljeförfarande), samt (i förekommande fall) (iv) skiljedomsinstitutets avgifter. Men är det också vad som följer av de (kanske inte helt bekanta) institutionella regler i ett främmande land som motpartens advokat just föreslog under avtalsförhandlingarnas sista skälvande minuter?

Avslutande slutsatser

Denna redogörelse gör inte anspråk på att vara heltäckande, långt ifrån, men vi hoppas att den i alla fall

i någon mån har bidragit till insikten av att det är viktigt att tänka efter före när det gäller valet av tvistlösningsmetod i vanliga civilrättsliga tvister mellan kommersiella parter. När tvisten väl har uppstått, är det tyvärr i regel för sent att börja fundera på vad som hade varit mest fördelaktigt. För att de rättigheter och skyldigheter som man varit noggrann med att förhandla fram i avtalet ska ha ett reellt värde, gäller det att även tvistlösningsmetoden är noga övervägd. Det går inte att ge ett generellt svar på vilken tvistlösningsmetod som är bättre än den andra, utan det gäller att göra en bedömning i varje enskilt fall utifrån de specifika förutsättningar som föreligger där. Den här artikeln har gett vissa fingervisningar och ibland kan valet tyckas enkelt, men det är helheten som ska bedömas, inte en enskild fråga.



DAN ENGSTRÖM

Partner, SALC Advokatbyrå.

ELIN NILSSON

Senior Associate/Advokat, SALC Advokatbyrå.

Fotnoter

- 1) Vissa delstater i USA har dock antagit en lag som gör att en svensk dom rörande en betalningsförpliktelse ändå kan verkställas i dessa delstater under vissa omständigheter. Delstatslagstiftningen uppställer bl.a. stränga krav på *due process*.
- 2) https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.
- 3) Vid en tresitsig nämnd, vi kommer att återkomma till ensitsiga nämnder och de förenklade skiljeförfarandena senare.
- 4) Se närmare om förenklade förfaranden nedan.
- 5) <https://sccinstitute.se/statistik/>.
- 6) Vi kommer att återkomma till kostnaderna senare.
- 7) För närvarande 2 800 kronor för ett tvistemål överstigande 23 800 kronor.
- 8) Ett förenklat skiljeförfarande går även att uppnå utanför skiljedomsinstitutet, exv. genom reglering i skiljeklausulen.